

II FORO CONCURSAL DEL TAP

BILBAO, 17 y 18 de DICIEMBRE

REFLEXIONES SOBRE LAS PRINCIPALES REFORMAS DE LA LEY CONCURSAL Y JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO (·)

EDMUNDO RODRIGUEZ ACHÚTEGUI. Magistrado Audiencia Provincial Álava, especialista en asuntos de lo Mercantil.

SUMARIO:

1.- LOS FINES DE LA REFORMA. 2.- CONTENIDO Y APROBACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO. 2.1.- PROPOSICIONES ALTERNATIVAS O ADICIONALES: 2.1.1.- Mutación del crédito concursal. 2.1.2.- Enajenación de bienes o derechos y unidades productivas del concursado. 2.1.3.- Cesión en pago. 2.2.- EXCEPCIÓN SUBJETIVA: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 2.3.- MAYORÍAS PARA APROBAR EL CONVENIO. 3.- EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO. 3.1.- LA TRADICIONAL EXCLUSIÓN DEL CRÉDITO PRIVILEGIADO DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO. 3.2.- LA NUEVA POSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DEL CONVENIO A LOS ACREEDORES PRIVILEGIADOS. 3.2.1.- Clases de acreedores. 3.2.2.- Reglas para conformar las mayorías. 3.2.2.1.- Mayoría en cada clase. 3.2.2.2.- Cómputo del porcentaje. 3.2.2.3.- Porcentaje exigible. 3.2.3.- Exclusión de la vinculación de los acreedores públicos y laborales de los préstamos participativos como medio de pago. 4.- MODIFICACIÓN DEL CONVENIO INCUMPLIDO. 4.1.- LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO: 4.1.1.- Requisito objetivo: incumplimiento; 4.1.2.- Requisito temporal: plazo de dos años; 4.1.3.- Legitimados; 4.1.4.- Requisitos de la solicitud; 4.1.5.- Efectos de la petición de modificación del convenio. 4.2.- TRAMITACIÓN DE LA MODIFICACIÓN: 4.2.1.- La suspensión del trámite; 4.2.2.- Cómputo para la modificación; 4.2.3.- Las nuevas reglas de cálculo para el arrastre; 4.2.4.- La aprobación o desaprobación de la modificación. 4.3.- LA EXCLUSIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. 5.- INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. 6.- LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESCISIÓN A OPERACIONES SOCIETARIAS. 7.- LOS CAMBIOS EN FASE DE LIQUIDACIÓN. 7.1.- ENAJENACIÓN UNIDADES PRODUCTIVAS: 7.1.1.- Ámbito de la transmisión. 7.1.2.- Contratos administrativos. 7.1.4.- Sucesión de empresa en materia laboral y de Seguridad Social. 7.2.- LAS REGLAS LEGALES: 7.2.1.- Cesión de bienes o derechos en pago o para pago. 7.2.2.- Previsiones supletorias del art. 149 LC. 7.2.3.- Bienes afectos a créditos con privilegio. 7.2.4.- Procedimiento para la enajenación de empresa o unidades productivas. 8.- CALIFICACIÓN. 9.- CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

1.- LOS FINES DE LA REFORMA

· Adaptación del capítulo 9 “LAS PARTICULARIDADES DE LA FASE DE CONVENIO. LA EXTENSION SUBJETIVA”, del Libro “Administraciones Públicas y Concurso”, pendiente de publicación por Edit. Aranzadi.

EDMUNDO RODRIGUEZ ACHÚTEGUI. Magistrado Audiencia Provincial Álava, especialista en asuntos de lo Mercantil.

El RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, y luego la ley a que da lugar tras su tramitación parlamentaria, Ley 9/2015, de 25 de mayo, del mismo nombre han modificado aspectos sustanciales del procedimiento concursal. Entre una y otra norma también se han producido modificaciones con la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y el RDL 1/2015, de 27 de febrero, y su consecutiva Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Después de la Ley 9/2015, se añaden nuevos cambios por la reforma que introduce la DF 5ª de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en materia de legitimación para solicitar concurso, regulación de la cuenta de garantía arancelaria para el cobro de las retribuciones de la Administración Concursal (que se encomienda al Ministerio de Justicia), y el privilegio especial respecto a prendas garantizadas en documento público. También se ha aprobado la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), de la que destaca la atribución a los Juzgados de 1ª Instancia en su nuevo apartado 6 del art. 85 LOPJ, de la competencia para conocer de los concursos de personas físicas.

Como se aprecia, la reforma de la normativa concursal parece inacabable. No se pretende aquí abarcar todos estos cambios, por lo que me centraré en abordar las modificaciones en materia de convenio y liquidación que introduce la Ley 9/2015, cuyo preámbulo señala en su apartado I que se persiguen tres objetivos:

1.- Mantener, en la medida es que es beneficioso para las empresas, la economía general y el empleo, la continuidad de las empresas económicamente viables.

2.- Acomodar el privilegio jurídico a la realidad económica subyacente evitando que su existencia se constituya en “el obstáculo principal de los acuerdos preconcursales”.

3.- Respetar la naturaleza jurídica de las garantías reales pero tomando en cuenta su verdadero valor económico.

Añade el apartado II del preámbulo de la Ley 9/2015 que se pretende también flexibilizar la transmisión del negocio el concursado, o al menos algunas ramas de su actividad, removiendo las trabas que están dificultando la venta de empresas o unidades productivas.

La reforma afronta, para ello, cambios en materia de acuerdos de refinanciación, convenio, liquidación y calificación. Así, en sede de convenio reduce la limitación de sus efectos que derivaba de la redacción original de los arts. 123.2 y 3 y 124 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), en la actualidad arts. 123.1 y 134.2 LC, pues hasta entonces el convenio afectaba a acreedores ordinarios y subordinados, excluyendo a los privilegiados salvo que hubieran votado a favor de la propuesta de convenio o se hubieran adherido posteriormente al aprobado. A partir de la reforma citada, los acreedores privilegiados, salvo expresa exclusión legal, podrán verse vinculados forzosamente por las previsiones del convenio si se alcanzan las mayorías que dispone para cada supuesto el art. 134.3 LC, o desde el punto de vista opuesto,

también puede propiciar con su voto que otros acreedores privilegiados que hasta ahora podían eludir el convenio, se vean obligados por el mismo.

En materia de liquidación se disciplina específicamente la transmisión de empresa o unidades productivas, con regulación a la que se remiten fase de convenio y liquidación. Se introduce una posibilidad abierta por la práctica judicial, la subrogación *ipso iure* del adquirente en los contratos administrativos del transmitente, y se disponen mecanismos de exención de las obligaciones previas salvaguardando los créditos laborales y de Seguridad Social. También se establecen mecanismos para la cesión en pago o para pago, se aclaran las reglas comunes a toda la liquidación y las supletorias y se disciplina el modo de pago con el resultado de realizar bienes afectos a acreedores con privilegio especial.

En materia de calificación se da coherencia a la nueva regulación de las clases de acreedores que dispone el art. 94.2 LC, lo que ocasiona la reforma del art. 167 LC, aclarando así el concepto de clase que había sido interpretado muy extensamente por la práctica judicial.

Finalmente en lo que atañe a la refinanciación, el apartado VI del preámbulo reconoce que se pretenden solventar dudas que habían surgido de la aplicación de la anterior regulación, de modo que se atribuye al juez del concurso la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado, régimen de votación en el seno de acuerdos sindicados, y el límite del valor razonable de los bienes dados en garantía.

Además durante el año 2015 se han producido algunas interesantes aportaciones jurisprudenciales que es interesante recordar, con el objeto de estar actualizados en las tendencias interpretativas sobre la Ley Concursal.

2.- CONTENIDO Y APROBACIÓN DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO

Las propuestas de convenio que van someterse a la junta, a tramitación escrita o como propuesta anticipada, han de atender las previsiones que sobre esta materia señala el art. 100 LC. La constatación de que tras una década de aplicación de la Ley Concursal ha sido escaso el número de convenios aprobados, pese a ser la solución de la insolvencia preferida por el legislador, y de que son muchos los aprobados que fracasan, explica que en la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se hayan reformado numerosos apartados, pretendiendo facilitar tanto fórmulas de solución convenidas como su fructífera aplicación. Dice el apartado II del preámbulo que *“las modificaciones que se introducen en esta materia tienen en última instancia la misma finalidad que las relativas al convenio concursal: facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”*.

Las exigencias formales del art. 99 LC obligan a presentar la propuesta por escrito, firmada por el deudor, acreedores proponentes o terceros que hayan

comprometido pagos, garantías o financiación, o cualquier otra clase de obligación, o sus representantes, todas ellas legitimadas. Al margen de éstas, en cuanto al contenido la propuesta puede abarcar una o varias alternativas, se amplían las posibilidades de enajenación de la empresa o de unidades productivas, y se facilita la cesión en pago.

En cualquier caso, como señala GONZAGA SERRANO DE TOLEDO (pág. 14, apartado 4.1), la propuesta de convenio debe contener forzosamente proposiciones de quita o espera, o acumular ambas, y conforme al art. 100.2 LC, puede contener, además, proposiciones alternativas o adicionales. Es decir, existe un contenido obligatorio o preceptivo, quita y/o espera, y otro añadido que puede incorporarse o no. Sin el primero, sin embargo, no caben proposiciones alternativas o adicionales.

En cuanto a la quita y espera, se modifican los anteriores límites. Ahora cabe aprobar quitas superiores al 50 % y esperas por encima de cinco años, como recogen las distintas opciones del art. 124 LC que trata esta cuestión cuando dispone las mayorías precisas para adoptar el convenio en cada caso.

2.1.- PROPOSICIONES ALTERNATIVAS O ADICIONALES

Originalmente el art. 100 LC permitía que la propuesta de convenio consistiera en proposiciones de quita, espera, de ambas o la conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. La reforma de la Ley 9/2015, como ya hizo el RDL 11/2014 del que procede, extiende las posibilidades y autoriza que en las proposiciones alternativas o adicionales se ofrezca una posibilidad novedosa. Se trata de proponer la conversión de los créditos concursales en obligaciones diversas, de no inmediata exigibilidad, de proposiciones de enajenación de bienes y derechos o unidades productivas del deudor concursado, o de cesión en pago de algunos bienes y derechos concretos.

2.1.1.- Mutación del crédito concursal

El reformado art. 100.2 LC mantiene la posibilidad de convertir el crédito concursal en acciones, participaciones o cuotas sociales, y créditos participativos, pero amplía el elenco a su transformación en obligaciones convertibles, créditos subordinados, préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Las posibilidades que ahora se contemplan son mucho más amplias que las previstas anteriormente, y se caracterizan porque novan la primitiva obligación, que ha contribuido a provocar la insolvencia, transformándose en obligaciones futuras que no comprometen de modo inmediato la viabilidad de la empresa, o que alteran su composición social.

En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones la reforma aborda una cuestión que originalmente no se trataba, pues obliga a adoptar acuerdo de aumento de capital conforme a las previsiones del art. 198 y 201.1 del RDL 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC). A estos efectos y lo previsto en el art. 301.1 LSC dispone la norma que se entenderá que los pasivos líquidos, vencidos y exigibles.

Como primera garantía para estos acreedores se aclara cuando se reforma el art. 93.2.2º LC en materia de personas especialmente relacionadas con el concursado,

que no tendrán esta consideración los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en convenio, previsión que también beneficia a los acuerdos de refinanciación y los extrajudiciales de pago. De este modo, estos créditos no podrán subordinarse por dicha razón si se incumple el convenio o si el deudor solicita, ante la imposibilidad de llevarlo a cabo, la apertura de la fase de liquidación.

El beneficio se extiende también a que si estos acreedores se incorporaron al órgano de administración social de la empresa concursada, porque no podrán ser considerados administradores de hecho en fase de calificación, evitando las responsabilidades que dicha consideración acarrea.

Una segunda garantía se prevé en el art. 140.4 LC al disciplinar el incumplimiento del convenio. En este caso si tal incumplimiento afecta a acreedores privilegiados que hubieran sido *arrastrados* a someterse a la eficacia del convenio, o incluso en caso de adhesión voluntaria al convenio, recuperan la posibilidad de ejecución separada a partir de la declaración de incumplimiento, aunque se inicie la fase de liquidación. Si la ejercita, una vez percibida la parte que corresponde al privilegio de su crédito, debe restituir el resto a la masa para abonar por su orden a los acreedores que proceda.

2.1.2.- Enajenación de bienes o derechos y unidades productivas

Otra posibilidad que abre el nuevo art. 100.2 LC es la venta es que la propuesta de convenio contenga proposiciones de enajenación bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, o de determinadas unidades productivas. En cuanto a las unidades productivas, el art. 100.2 LC remite al nuevo art. 146 bis, por lo que esta materia se analizará en el apartado 7.1.

2.1.3.- Cesión en pago

Finalmente en materia de contenido de la propuesta de convenio, a partir de la reforma de la Ley 9/2015, continuando lo previsto en el RDL 11/2014, se permite que pueda proponerse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores, superando parcialmente los anteriores recelos legales que habían llevado a YÁÑEZ VIVERO (pp. 422 y 423) a sugerir convenios extrajudiciales previos al concurso para facilitar esta forma de satisfacción de los acreedores. El apartado III del preámbulo de la citada ley dice sobre este particular que *“Además se facilita la cesión en pago de bienes con determinadas cautelas destinadas a evitar comportamientos fraudulentos”*.

Se rompe así uno de los límites que se autoimpuso la reforma concursal de 2004, cuando al modernizar nuestro derecho de insolvencias se prohibió la cesión en pago de bienes o derechos ⁽¹⁾. El único límite es que se mantiene, como anteriormente, la imposibilidad de que la propuesta de convenio consista en la

¹ Recordemos que la redacción originaria del art. 100.3 LC disponía *“En ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier otra forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión o escisión de la persona jurídica concursada...”*

liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, la alteración de la clasificación de créditos en el modo que disciplina la ley, o la cuantía de los créditos sin perjuicio de las quitas o de modificaciones estructurales.

Cabe la cesión en pago de bienes o derechos, según el art. 100.3 LC, si éstos no resultan necesarios para continuación de la actividad profesional o empresarial. No lo serán si tal actividad no se mantiene, pues no puede ser necesario lo que no se usa.

Es preciso, además, que su valor razonable calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94 LC, sea igual o inferior al crédito que se extingue mediante esta forma de pago. Dice la norma que si el valor del bien fuera superior, la diferencia debe integrarse en la masa activa, lo que supondría que el acreedor vería desaparecido su crédito, obtendría el bien o derecho en pago, pero habría de entregar a la masa la diferencia, incrementando de ese modo la liquidez del concurso lo que, indudablemente, favorece a otros acreedores.

Cuando el bien que se cede en pago está afecto al abono de créditos con privilegio especial hay que estar a lo previsto en el art. 155.4 LC, lo que supone que el cesionario deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

2.2.- EXCEPCIÓN SUBJETIVA: ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las nuevas posibilidades de contenido del convenio no son oponibles a todos los acreedores. La reforma ha introducido una excepción subjetiva que afecta a las Administraciones públicas. El art. 100.2 LC establece que no cabe que las proposiciones alternativas o adicionales para todos o alguno de los acreedores, contengan la previsión de que afecten a los acreedores públicos. A continuación explica la norma en su párrafo primero cual es contenido de esas proposiciones, de modo que el precepto impide que se plantee una propuesta de convenio que pueda disponer un trato singular, favorable o desfavorable, a los acreedores públicos. Deudor o acreedores proponentes pueden idear para la propuesta de convenio que todos los acreedores puedan optar por varias alternativas, o que alguna clase de ellas tenga un trato singular, pero nunca podrán pretender que esta vía pueda acarrear un trato especial para las administraciones públicas.

En particular la norma insiste en que no quepa tal participación de las Administraciones públicas en los acuerdos que consisten en transformar los créditos concursales en préstamos participativos, obligaciones convertibles, préstamos capitalizables o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Además de la previsión del art. 100.2, la Ley Concursal cita en su art. 124.1 a) y b) semejante limitación para los préstamos participativos, cuando disciplina las mayorías que posibilitan las propuestas de convenio. El art. 124.1.a) LC excluye que los acreedores públicos (y los laborales, no mencionados en el art. 100.2 LC), puedan participar en la conformación de las

mayorías precisas para acordar la conversión de deuda en préstamos participativos, cuando se trata de quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito o esperas no superiores a cinco años. El art. 124.1. b) LC dispone lo propio, también para idéntica clase de acreedores, si se pretende tal conversión en esperas de más de cinco y hasta diez años, y quitas de más de la mitad del importe de los créditos.

En definitiva son dos las prohibiciones para las administraciones públicas. La primera, quedar sometidas a propuestas alternativas. La segunda, que su crédito pueda convertirse en préstamo participativo, arriesgando que pueda llegar a subordinarse.

En el caso de la cesión en pago también se produce exclusión expresa de la Administración Pública. El art. 100.3 LC en su último párrafo prevé: “*En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos*”. No cabe excepción, al ser rotunda la expresión “*en ningún caso*”, de modo que la mayoría del pasivo ordinario, o incluso de los acreedores privilegiados en los casos que autoriza el art. 134.3 LC, que voten favorablemente una propuesta de convenio que recoja este contenido, no pueden conseguir *imponer*, según expresión legal, la cesión en pago a los acreedores públicos.

La utilización del verbo imponer, que en la primera de las acepciones del diccionario de la RAE significa “*poner una carga, una obligación u otra cosa*”, denota la voluntad del legislador de evitar que la posición minoritaria de un crédito público pueda perjudicarlo. La prohibición legal opera para los acreedores que debaten sobre la propuesta de convenio, para el deudor que la presenta, o los acreedores que la avalan.

Pero el art. 103.4 LC se refiere al convenio adoptado en el seno del procedimiento concursal. Ese convenio *general*, en tanto afecta por igual a los acreedores conforme a las previsiones que contenga, no puede ser suscrito por las distintas administraciones públicas. No obstante, éstas tienen la facultad de adoptar convenios singulares o condiciones singulares de pago respecto de los créditos privilegiados conforme a los arts. 24 del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 10.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP), con el límite de no disponer condiciones más favorables al deudor que las recogidas en el convenio general. En esos convenios singulares no se produce la imposición de la cesión en pago a que alude el art. 100.3 LC, puesto que se produce una negociación singular entre deudor y acreedores públicos. Como explica ORTÍZ MÁRQUEZ (pág. 57), la Administración pública puede incorporarse voluntariamente a los efectos del convenio si se adhiere a la propuesta anticipada o vota a favor en la junta, ya que entonces no habría *imposición*. La objeción legal podría superarse, por tanto, en los convenios singulares.

Sobre la relación entre el convenio concursal y el singular se ha defendido por ALMOGUERA (pág. 10), que cabe vincular el acuerdo singular con los acreedores públicos al convenio concursal con los demás acreedores cuando ambos son esenciales para superar la situación de insolvencia, vinculación que no puede suponer que la

eficacia del convenio concursal se condicione a la conclusión o eficacia del singular por impedirlo el art. 101 LC, aunque lo contrario sería factible según dicho autor.

Al quedar excluida esta forma de pago para los acreedores públicos, éstos podrán exigir el abono de su crédito concursal en el modo que disponga el convenio para ellos, sin perjuicio de que la cesión pueda operar para los demás acreedores que no se ven afectados por la prohibición legal.

2.3.- MAYORÍAS PARA APROBAR EL CONVENIO

La reforma cambia las previsiones del art. 124 LC respecto a las mayorías precisas para aprobar el convenio. Se mantiene, como desde la aprobación de la ley, que basta mayoría simple, es decir, un pasivo ordinario superior al pasivo, cuando el contenido del convenio consiste en el pago íntegro en plazo no superior a tres años o pago inmediato con quita inferior al veinte por ciento. También es semejante la mayoría del 50 % del pasivo ordinario en caso de quitas no superiores al 50 % o esperas que no sobrepasen cinco años. Esta misma mayoría es exigible según el art. 124.1.) LC cuando la propuesta de convenio consiste en la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo por acreedores distintos de los públicos o laborales.

En cambio el art. 124.1.b) LC incrementa la mayoría del pasivo ordinario al 65 % en las nuevas posibilidades que abre la reforma, es decir, quitas superiores al 50 % o esperas de más de cinco y hasta diez años. Esta misma exigencia opera, para acreedores distintos de los públicos o los laborales, en el caso de conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y para las demás medidas previstas en el artículo 100 que ya se han expuesto.

En cualquiera de los casos, como sucedía desde la aprobación de la Ley Concursal, se computará en el pasivo ordinario el crédito del acreedor privilegiado que vote a favor de la propuesta de convenio (art. 124.3 LC).

3.- EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL CONVENIO

Frente al principio de relatividad contractual que conforme al art. 1257 CCiv caracteriza los contratos, que sólo surten efectos entre las partes y sus herederos, el convenio extiende su eficacia a todos los acreedores concursales, hayan comparecido o no al proceso de aprobación, hayan votado o no favorablemente, e incluso si no han comunicado el crédito en las ocasiones que se disponen con tal finalidad ⁽²⁾. El especialísimo contrato que supone el convenio se perfecciona, por tanto, entre el deudor y la comunidad de los acreedores, aunque ésta última aglutine a intereses de lo más diverso, y en muchas ocasiones, contradictorios.

Los sucesivos cambios que ha sufrido la Ley Concursal afectan también a una de las tradicionales previsiones que traía consigo la aprobación del convenio, la extensión

² AAP Barcelona, Secc. 16ª, 17 julio 2009, JUR 2010/75990, SAP Badajoz, Secc. 2ª, 10 octubre 2013, JUR 2013\335406.

subjetiva, que GARRIDO (pág. 4) sugiere es más bien objetiva porque no se deriva de la titularidad del crédito sino de su naturaleza. En efecto, en realidad la eficacia del convenio no se extiende a todos los acreedores, sino que deja fuera a los posteriores a la declaración de concurso, y a los anteriores que alcanzan la calificación de su crédito como privilegiado.

La reforma concursal que supuso la Ley 22/2003, de 9 de julio, decidió continuar con la secular consideración de que el convenio afectaba al crédito concursal ordinario, pero no extiende sus efectos al privilegiado. Aunque el privilegio procesal llamado de “ejecución separada” sufrió con la actualización de nuestro derecho concursal múltiples limitaciones, se mantuvo que el convenio no afectara al crédito privilegiado. Éste se mantenía íntegro, pese a las quitas, y podía ejecutarse por separado, una vez alcanzado el convenio o los demás hitos temporales a que alude el art. 56 LC, no obstante las esperas que hubieran podido incluirse en el convenio. Pero la situación cambia a partir del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, luego ratificado, con modificaciones, por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que altera la “extensión subjetiva” de los efectos del convenios mediante la disciplina que introduce el nuevo apartado 3 del art. 134 LC.

3.1.- LA TRADICIONAL EXCLUSIÓN DEL CRÉDITO PRIVILEGIADO DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO

Como se decía, ha sido tradicional en nuestro derecho concursal excluir de los efectos del convenio al crédito privilegiado. El art. 124.3 LC, reformado también por Ley 9/2015, mantiene el criterio previo que disponía que la aprobación del convenio implica la extensión de sus efectos a los acreedores ordinarios y subordinados, incluso si no hubieran votado a favor. La nueva redacción aclara, si es que había duda, que el convenio no obliga sólo a quienes propician su aprobación, sino a todo el crédito concursal sin privilegio. Además el art. 134.1 LC precisa que la extensión subjetiva de los efectos del convenio abarca, también, a los créditos que fueran anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubieran sido reconocidos. Créditos contra la masa y créditos privilegiados no se someten a la disciplina del convenio, salvo que el acreedor titular del crédito con privilegio vote a favor de su aprobación (art. 123.1 y 134.2 LC), o se adhiera al convenio después de su aprobación (art. 134.2 LC).

Desde la regulación inicial de la Ley Concursal las administraciones públicas quedan afectadas por el convenio del mismo modo que cualquier acreedor. Sin embargo, al otorgar privilegio general en el art. 91.1.4º LC de forma relevante a parte de su crédito, el acreedor público se coloca en proporción sustancial al margen de la eficacia del convenio, en tanto que éste no afecta a los acreedores privilegiados, salvo que voten a favor del convenio o se adhieran después de aprobado.

Los beneficios que el deudor concursado logra por la vía de quitas y esperas, préstamos participativos y las nuevas previsiones que tras el RDL 11/2014 y la consecutiva Ley 9/2015 se introducen en el art. 100 LC, no se extienden al crédito de los acreedores privilegiados. Éstos quedan *protegidos* en parte, al limitarse los efectos del convenio al crédito concursal y subordinado.

La evolución legislativa matizó por primera vez ese principio en la Ley 17/2014, que cambia la disciplina de la homologación de los acuerdos de refinanciación en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, previendo en su apartado 4 la extensión de sus efectos a los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de refinanciación, o que hubieran mostrado su disconformidad. Después se ha llegado a la actual regulación.

3.2.- LA NUEVA POSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DEL CONVENIO A LOS ACREEDORES PRIVILEGIADOS

En esta materia la Ley 9/2015 reforma las previsiones que para la extensión subjetiva del convenio contenía el art. 134 LC, acercándolas de manera declarada ⁽³⁾ al régimen de los acuerdos preconcursales. La nueva regulación legal supone que los acreedores privilegiados podrán verse afectados por las previsiones del convenio si se alcanzan las mayorías que para cada supuesto dispone el nuevo apartado 3 de tal precepto. O dicho desde otra perspectiva, el art. 134.3 LC facilita que, con su voto, la mayoría de acreedores privilegiados puedan provocar que las previsiones del convenio se extiendan a otros de la misma calificación, compartiendo sacrificios que, sin tales disposiciones, no tendrían que padecer. Explica al respecto el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015 que *“La decisión adoptada por las mayorías cualificadas exigidas puede verse como un sacrificio del acreedor que se ve arrastrado, lo cual es cierto, pero también desde un punto de vista positivo como un menor sacrificio del resto de los acreedores que acuerdan el arrastre”*.

En efecto, estos cambios buscan facilitar el triunfo de la solución convenida, tan perseguida por el legislador y tan excepcional en la práctica. Es posible que una parte importante de los acreedores privilegiados estimen que cabría arriesgar un sacrificio importante para posibilitar la superación de la insolvencia en las condiciones que previene el convenio, con la expectativa de una satisfacción real del crédito que resta tras la quita, espera o las demás posibilidades que permite la Ley Concursal. La regulación precedente, que posibilitaba al acreedor privilegiado ejecutar su crédito por separado y en perjuicio de otros de su misma clase, impedía que se aprobaran algunos convenios y la efectividad del sacrificio de otros créditos privilegiados de acreedores dispuestos a facilitar esta vía de solución. Con la nueva regulación si cada clase de acreedores se implica en conseguir un reparto equitativo de pérdidas, será posible que, en determinadas circunstancias, pueda sobreponerse el deudor concursado a su comprometida situación, propiciando el cumplimiento de las previsiones del convenio y una mayor satisfacción de los acreedores. Como dice en su apartado III el preámbulo tantas veces citado, *“piénsese además que si el 60 o 75 por ciento de los acreedores, según los casos, acuerdan para sus créditos privilegiados determinados sacrificios que parezcan imprescindibles para la viabilidad de la empresa y para recobrar la mayor*

³ El segundo párrafo del apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015 dice: *“Respecto al convenio concursal, se introducen, en primer lugar, previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal...”*. En el noveno párrafo se indica *“En tercer lugar se introducen determinadas previsiones adicionales respecto a los efectos del convenio en el artículo 110. Al igual que se hace en la disposición adicional cuarta...”*. En el párrafo decimotercero se añade *“Al igual que en el apartado 11 de la disposición adicional cuarta...”*.

parte posible del crédito pendiente, dichas medidas habrán de ser tanto más duras si el 40 o 25 por ciento restante de los acreedores, no resultan vinculados por el acuerdo mayoritario”.

La modificación del art. 134 LC, incluyendo lo que el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015 denomina *“previsión novedosa”*, incorpora un hasta entonces inexistente apartado 3. Al tiempo se reforma también el art. 124.3 LC, que ahora cita expresamente el art. 134.3 como excepción a la limitación de la eficacia subjetiva del convenio a los acreedores con créditos ordinarios y subordinados. De este modo, dice el preámbulo, se propicia *“la capacidad de arrastre de los acreedores disidentes en determinadas circunstancias”*.

El nuevo precepto permite la posibilidad de que pueda *arrastrarse* a los acreedores privilegiados a cumplir lo previsto en el convenio, vinculándolos por primera vez de manera forzosa. Hasta ahora estos cambios era posible la vinculación voluntaria, porque el acreedor privilegiado sólo se veía afectado por el convenio si así lo decidía. Esta clase de acreedor tenía la facultad de votar a favor de la propuesta de convenio quedando así obligado por sus previsiones, como disponía inicialmente el art. 123.2 LC, en la actualidad art. 123.1 LC, o incluso de adherirse al mismo después de haber sido aprobado, conforme al art. 134.2 LC. A partir de ahora el convenio podrá ser impuesto a los acreedores privilegiados de modo forzoso, no sólo voluntario, cumpliendo ciertos requisitos que se van a analizar seguidamente.

3.2.1.- Clases de acreedores

Para que los efectos del convenio se extiendan a acreedores privilegiados es preciso que se alcancen las mayorías que señala el art. 134.3 LC. La norma exige que tal mayoría se forme por *“acreedores de su misma clase, según definición del art. 94.2”*. Han de ser, por tanto, acreedores cuyo crédito se haya calificado de privilegiado, y que además sean de la misma clase, que por remisión a la nueva redacción del art. 94.2 LC son laborales, públicos, financieros y restantes.

Cuando la Ley Concursal regula la estructura y contenido de la lista de acreedores hace tal distinción, incorporada con las reformas que derivan del RDL 11/2014 y su consecutiva Ley 9/2015, en el art. 94.2 LC, que por tanto especifica dentro de los acreedores, los distintos grupos o *“clases”* que pueden concurrir en el concurso. Como la distinción de aquéllos se contiene en la regulación de la estructura y contenido de la lista de acreedores, será la Administración Concursal, encargada de confeccionarla, quien tendrá que determinar a qué clase pertenece cada acreedor con privilegio general o especial. La Administración Concursal, de este modo, queda obligada no sólo a decidir sobre el reconocimiento y calificación del crédito como privilegiado general o especial, sino también sobre la consideración que corresponde a cada acreedor a efectos de clase.

El art. 94.2.1º LC explica que son acreedores con privilegio general o especial laborales *“los acreedores de derecho laboral”*, excluyendo de tal consideración el personal de alta dirección, pero incluyendo expresamente los trabajadores autónomos

económicamente dependientes (⁴), en cuantía que no exceda de la prevista en el art. 91.1º LC. Acreedores de derecho laboral pueden ser, por tanto, trabajadores, y conforme a los arts. 85.4 y 184.1 LC y 33 ET, el Fogasa que se subroga en la posición de éstos.

Son públicos, según el art. 94.2.2º LC, *“los acreedores de derecho público”*, de modo que por tales habrá que entender, como señala el art. 118.4 LC, las Administraciones públicas, los organismos públicos a que alude el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, los Órganos Constitucionales, y las empresas públicas que tengan cualidad de acreedores, aunque respecto de estas últimas sólo si ejercitan alguna potestad administrativa, pues sometidas al derecho privado no hay razón para ser incluidos en esta clase. Dentro de la expresión Administraciones públicas se entienden incluidos todos los niveles del Estado, es decir, Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, cabildos insulares y municipios y otros entes municipales, cuando actúan en ejercicio de potestades administrativas, aunque hay que subrayar la imprecisión de la Ley Concursal que utiliza expresiones dispares según los casos (arts. 27, 94.2, 148.5...). GONZAGA SERRANO DE TOLEDO (pág. 6, apartado 3.1.) considera que el concepto “acreedores públicos” debe ser interpretado de forma “objetiva” esto es, como referido a los acreedores por créditos de derecho público y únicamente en lo relativo a estos créditos.

El tercer grupo son los acreedores financieros con privilegio general o especial, mencionados por el art. 94.2.3º LC. La ley los define como los *“titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera”*. Finalmente el último grupo, mencionado en el art. 94.2.4º LC es el de *“resto de los acreedores”* con privilegio que no puedan subsumirse en los tres grupos anteriores, aunque se menciona especialmente a los acreedores por operaciones comerciales.

3.2.2.- Reglas para conformar las mayorías

Para obligar a pasar por las previsiones del convenio a las administraciones públicas titulares de créditos privilegiados, igual que a cualquiera de las otras tres clases de acreedores, en primer lugar se ha de aprobar la propuesta de convenio por los acreedores ordinarios, y en su caso los privilegiados que renuncien a tal condición y voten favorablemente, conforme al art. 124 LC.

Dice el art. 134.3 LC que *“sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior”*, los acreedores privilegiados pueden quedar también vinculados en los casos que establece, exigiendo ciertas mayorías por las clases de acreedores que se han indicado, y de privilegio, general o especial. Al ser *sin perjuicio* de lo dispuesto en el art. 134.2

⁴ El art. 11.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los define así: *“Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*.

LC, de no alcanzarse las mayorías para que se produzca el arrastre de los privilegiados, el convenio surtirá efecto, pero no se extenderá su eficacia a los privilegiados, salvo los dos casos mencionados de votación favorable al mismo o adhesión al ya aprobado.

También puede producirse la situación contraria. Si se alcanzan las mayorías necesarias para el arrastre sin obtener las precisas para aprobar el convenio, será irrelevante la votación favorable de los privilegiados, porque no hay efectos que extender a esta clase de acreedores – y a ninguna otra –, cuando el convenio no se aprueba. Sin convenio no hay extensión subjetiva.

Finalmente es posible que se apruebe el convenio, que conforme a los arts. 124 y 134.2 pueda algún acreedor privilegiado votar a favor del mismo, y *sin perjuicio* de ello, que se extiendan también sus efectos a los acreedores de cada clase y por cada tipo de privilegio que voten a favor en el modo que dispone el art. 134.3 LC. Esas mayorías son del 60 y 75 %, respectivamente, de acreedores de su misma clase, según se trate de convenios más o menos gravosos, es decir, hasta cinco años o más de cinco de espera, hasta el 50 % o más de quita, y contenidos alternativos y conversión de créditos.

Pero para determinar su concurrencia, se suscitan algunas cuestiones sobre cómo se determinan estas mayorías.

3.2.2.1.- Mayoría en cada clase

En primer lugar debe establecerse si son necesarios los porcentajes que indica la ley en todas las clases de acreedores de modo concurrente, o en cada una de ellas por separado. La redacción del art. 134.3 LC exige que *“concurran las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase”*. Concurrir supone, según la RAE, *“juntarse en un mismo lugar o tiempo”* o *“coincidir en alguien o en algo”*, lo que apuntaría a una mayoría de todas las clases.

Pero dice el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015, alertando frente a los abusos que puedan derivar de la imposición del convenio a alguna clase de acreedores privilegiados, que *“Esta imposibilidad de lesión se ve reforzada por el establecimiento de las cuatro clases de acreedores antes citadas de manera que en ningún caso podrán imaginarse concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o los públicos que, por su naturaleza, merecen una especial tutela”*. El preámbulo advierte contra prácticas lesivas por parte de acreedores privilegiados de una clase frente a los de otras, y entiende conjurado tal riesgo por el establecimiento de clases distintas, que sería innecesario distinguir si sólo se precisara la mayoría de todos los acreedores de esta clase.

En el texto articulado hay que acudir también al argumento literal. El art. 134.3 LC dice, al respecto, que han de ser *“las siguientes mayorías de acreedores de su misma clase”*, es decir, dentro de cada una de ellas, por separado. No se trata de que todas las clases de acreedores privilegiados tengan que aprobar con las mayorías allí previstas la propuesta de convenio, de modo que si alguna una de las cuatro no la alcanza no se entendería lograda la aprobación. Tienen que ser de *su misma* clase, no de todas.

Finalmente si se considerara que el art. 134.3 LC ha querido disponer la necesidad de cuatro mayorías distintas concurrentes, la exigencia reforzada que se establece para cada una de las clases, del 60 y 75 por ciento sería innecesaria, pues bastaría con haber dispuesto superar el cincuenta por ciento en cada grupo, al resultar la distinción por clases, por sí sola, una dificultad añadida.

En la doctrina GUTIÉRREZ GILSANZ (pág. 13) entiende que el art. 134.3 LC considera vinculados a todos los acreedores privilegiados de una determinada clase si consienten determinadas mayorías dentro de la clase considerada, e incluso a quien expresamente se opuso *“si consienten mayoritariamente los acreedores de la clase a la que pertenezca, requiriéndose diferentes mayorías según el contenido del convenio”*. En el mismo sentido CABANAS TREJO (pág. 12) considera que *“los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurran mayorías adicionales por cada tipo de privilegio (general o especial) a contar dentro de cada clase, según definición del art. 94.2 LC. Ha de entenderse que sólo para ese respectivo privilegio y dentro de esa clase, de ahí que unos puedan quedar afectados, y los otros no”*.

Además de tales argumentos literales y de autoridad, la reforma ha declarado que pretende facilitar la aprobación de convenios, implicando incluso a los acreedores privilegiados. Esa finalidad, los argumentos señalados y la inutilidad de distinguir por clases si cada una de ellas no puede decidir por separado, justifican entender que el art. 134.3 LC no requiere la concurrencia de mayoría de cada clase, y dentro de cada una de ellas, de privilegios general y especial, sino mayorías de cada una de esas clases distinguiendo, además, esas dos clases de privilegio.

Cabría imaginar, entonces, resultados muy diversos. A título de simple ejemplo sería posible, con el presupuesto de que el convenio se apruebe por los acreedores ordinarios -que pueden ver engrosado el resultado con el voto favorable de acreedores privilegiados que así lo decidan-, pueden quedar obligados con las previsiones del art. 134.3 LC acreedores laborales con privilegio general, pero no alcanzarse la mayoría precisa para que los laborales con privilegio especial se vean arrastrados a someterse a su eficacia; que los acreedores públicos no sumen mayoría suficiente para verse afectados por el convenio tanto que su privilegio especial y general; que los acreedores financieros acepten que sus créditos con privilegio especial queden sometidos al convenio, pero no se alcance mayoría para que los privilegios generales tengan ese trato; y que los restantes acreedores privilegiados, decidan someterse al convenio tanto por el privilegio general como por el especial. Todo ello en el mismo convenio y, de haber junta presencial, con hasta nueve cómputos en la votación según sean créditos ordinarios (una), y con privilegio general (cuatro) o especial (cuatro) de cada una de las clases referidas.

3.2.2.2.- Cómputo del porcentaje

El porcentaje del 60 y 75% dentro de cada clase se distingue en el art. 134.3 LC según se trate de acreedores con créditos con privilegio especial o general, de modo semejante a lo previsto en el art. 94.2 LC. En el caso del privilegio general, el cálculo se hace en función de la proporción de las «garantías aceptantes» sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. De esta forma se habrá de computar

todo el pasivo privilegiado de una clase, excluyendo el privilegio general de otras clases, para luego sumar los créditos favorables a la vinculación forzosa hasta que su importe alcance la mayoría. En el caso del privilegio especial el cómputo se realiza en función de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas en el modo que dispone el art. 94.5 LC.

Es discutible si los acreedores con crédito ordinario, privilegio especial y general, pueden votar en sentido diverso según cada clase de crédito. Lo razonable será que el sentido del voto sea semejante en todos los casos pues del art. 121.4 LC parece deducirse que el sentido del voto es único. Además resulta inimaginable que el acreedor con crédito ordinario vote a favor y con su crédito privilegiado, que entonces perdería dicha consideración, lo hiciera en contra. El modo que tiene un privilegiado de tratar de no verse arrastrado al convenio es no votar a favor, y aguardar al resultado de la votación para constatar si se alcanzan las mayorías precisas de acreedores de su mismo privilegio, general o especial, y de su misma clase.

Habrà que tener en cuenta para calcular el porcentaje del 60 y 75% dentro de cada clase el importe de los créditos privilegiados. Los demás de que sea titular el acreedor de la misma clase, pero no privilegiados, no podrán computarse para «arrastrar» a los restantes acreedores privilegiados de la misma clase disidentes de la voluntad de incorporarse al convenio. Acreedores de la misma clase pueden ser titulares de créditos distintos, privilegios de diferente cualidad y otros ordinarios e incluso subordinados. Sería incomprensible que acreedores de una misma clase, pero sin crédito privilegiado, o con una proporción no relevante, pudieran obligar a acreedores cuyo crédito es íntegramente privilegiado o son titulares de créditos privilegiados en muy alta medida.

El nuevo art. 134.3 LC garantiza que si va a obligarse al acreedor privilegiado de la misma clase a pasar por las previsiones del convenio, pese a la regla general que dispone lo contrario, sólo pueda acordarse porque lo deciden acreedores que también tienen privilegio semejante, general o especial, de modo que el sacrificio sea común y distribuido de forma semejante. Si pudiera influir en tal decisión el crédito no privilegiado, ordinario o subordinado, se dejaría en manos de acreedores de la misma clase pero con crédito no privilegiado decidir sobre el importe y término de abono del crédito privilegiado de otros. Es decir, se propiciaría el abuso y fraude contra el que previene el preámbulo de la Ley 9/2105, porque al afectarse el crédito privilegiado de tercero se sitúa en mejor posición el crédito no privilegiado propio, aunque sea de la misma clase de acreedores.

3.2.2.3.- Porcentaje exigible

Respecto al porcentaje exigible para “arrastrar” a los acreedores de la misma clase, el apartado a) del art. 134.3 LC incrementa en un 10 % la necesaria para aprobar las medidas contempladas en el art. 124.1.a) LC. Si en aquél precepto se exige mayoría del 50 % del pasivo ordinario para adoptar quita igual o inferior a la mitad del importe del crédito, espera no superior a cinco años, o conversión de la deuda en préstamos participativos (que no se puede imponer al crédito público ni al laboral), en el caso de los acreedores privilegiados se eleva hasta el 60 %, reforzando la mayoría precisa respecto de la previsión general.

Otro tanto, y en idéntica proporción, sucede con el art. 134.3.b) LC, que para el caso de esperas entre cinco y diez años, quitas superiores a la mitad del importe del crédito y conversión de deuda en préstamos participativos (que no caben respecto de los acreedores públicos y laborales), exige en lugar del 65 % que dispone el art. 124.1.b) LC, un 10 % más, 75 %.

Explica el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015 que *“lo amplio de las mayorías cualificadas exigidas implica necesariamente que se trate de acuerdos fundamentados y acordes con la realidad del concursado y sus acreedores”*. La norma parece que considera que una amplia mayoría asegura tales finalidades, lo que efectivamente puede suceder, aunque también puede no lograrse. El preámbulo lo reitera poco después, al expresar: *“Parece que lo cualificado de las mayorías y el hecho de que cada uno acordará para sí mismo el menor de los sacrificios posibles es garantía suficiente de que los acuerdos no se adoptarán con la finalidad de lesionar los intereses de estos acreedores”*. A tal consideración suma que el establecimiento de cuatro clases distintas de acreedores, que en cada una se dividen según el privilegio sea general o especial, impide imaginar concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase, especialmente los laborales o públicos que son señalados como los más dignos de protección.

Si finalmente se produce la vinculación forzosa de los acreedores privilegiados a los efectos del convenio, surge al mismo tiempo la posibilidad de oponerse al mismo conforme al art. 128.1 LC. La norma está ideada, lógicamente, para los acreedores cuya legitimación señala el segundo párrafo, esto es, los no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido privados ilegítimamente del voto, y los que hubieran votado en contra o no se hubieran adherido durante la tramitación escrita o a una propuesta anticipada de convenio. Pero la reforma de 2015 obliga a entenderlo en términos más amplios, incluyendo al acreedor privilegiado a quien se ha “arrastrado” a la vinculación forzosa al convenio.

3.2.3.- Exclusión de la vinculación de los acreedores públicos y laborales de los préstamos participativos como medio de pago

Respecto al contenido que puede vincular a los acreedores privilegiados que se sumen, dentro de cada clase y con las mayorías precisas, a verse afectados por el convenio, el art. 134.3 remite al art. 124.1 LC. No hay en el primero de los preceptos una declaración expresa que impida la conversión de la deuda garantizada con privilegio en préstamos participativos, pero se contiene de modo tajante en el art. 124.1 LC para los acreedores públicos y laborales.

En el caso de convenios menos gravosos previstos en el art. 124.1.a LC, caben quitas y/o esperas, y la conversión de deuda en préstamos participativos en el mismo plazo con excepción, para esto último, de los acreedores públicos y laborales. En cuanto a las propuestas más gravosas, el art. 124.1.b LC permite esperas a partir de cinco y no más de diez años, quitas superiores al 50 %, la conversión en créditos participativos y las demás medidas del art. 100 (ofertas de conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, créditos participativos, préstamos con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas

que la deuda original), aunque en estos dos últimos casos no se autoriza para acreedores públicos y laborales.

El distinto régimen supone que no siendo el convenio muy gravoso, acreedores públicos y labores podrán votar a favor de convenios que contengan ofertas de conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, créditos participativos, préstamos con intereses capitalizables o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas que la deuda original.

En el caso de los acreedores laborales se quiere, de este modo, tutelar su situación, protegiendo sus intereses. En el del crédito público el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015 justifica que estos créditos, *“por su naturaleza, merecen una especial tutela”*.

4.- MODIFICACIÓN DEL CONVENIO INCUMPLIDO

Las reformas que se introducen por el RDL 11/2014 y la consecutiva Ley 9/2015, de 25 de mayo, ampliando las posibilidades de convenio a contenidos distintos de los inicialmente admitidos, operan a partir de la entrada en vigor de estas normas. El legislador, no obstante, ha pretendido facilitar un instrumento para que los convenios aprobados anteriormente, en trance de cumplirse, o los procedimientos concursales en trámite, en los que aún no se ha adoptado, puedan beneficiarse de estas previsiones favorables al convenio, lo que VÁZQUEZ CUETO llama «segunda oportunidad» (pág. 2), «renovación» (pág. 10), o «novación» (pág. 4) del convenio, novación que entiende impropia y no extintiva (pág. 14).

Para ello la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 9/2015 facilita lo que denomina “modificación del convenio”, propiciando que convenios ya aprobados, y los concursos en trámite al entrar en vigor ambas reformas, incorporen esos cambios mediante esta regulación, que faculta alterar previsiones de un convenio aprobado y en trance de cumplirse, o de los procedimientos concursales en tramitación al aprobarse la reforma.

4.1.- LA MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

La redacción de la DT 3ª de la ley 9/2015, modificando el RDL 11/2014, comienza indicando en su apartado primero que *“Los convenios concursales aprobados en aplicación de la normativa que deroga esta Ley deberán cumplirse íntegramente”*. La mutación legislativa no altera la eficacia de los convenios aprobados conforme a legislación derogada, pues al adoptarse se acomodó a aquella y ahora se habilitan normas para su adaptación, si se estima precisa.

A continuación establece el apartado segundo los presupuestos objetivo (incumplimiento) y temporal (dos años) para que se pueda modificar el convenio. Dice la DT 3ª.2 de la Ley 9/2015 que *“En caso de incumplimiento en los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, el deudor o los acreedores que representen al menos el 30 por ciento del pasivo total existente al tiempo del incumplimiento, calculado*

conforme al texto definitivo del informe de la administración concursal, podrán solicitar la modificación del convenio con aplicación de las medidas introducidas por esta Ley”.

De esta norma se extrae un requisito objetivo, la apreciación del incumplimiento del convenio, y otro temporal, un término de dos años. Además recoge quien dispone de legitimación para plantear una propuesta de modificación del convenio.

4.1.1.- Requisito objetivo: incumplimiento

Para proponer la modificación del convenio la DT 3ª.2 de la Ley 9/2015 parte de que se esté *“en caso de incumplimiento...”*. No nos encontramos, sin embargo, ante un incumplimiento del convenio declarado judicialmente, situación que sería difícilmente reversible. Se trata de que deudor o acreedores perciban que el convenio no se atiende. Sucede cuando el art. 140.1 LC indica que cualquier acreedor *“que estime incumplido el convenio en lo que le afecte”*, solicita la declaración de incumplimiento. Una cosa es que el acreedor considere incumplido el convenio, momento a partir del cual puede instarse una declaración judicial en tal sentido, y otra la decisión judicial que lo recoja. Otro tanto acontece cuando es el deudor quien conoce *“la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad”* a la aprobación del convenio, como dispone el art. 142.2 LC, momento en que solicita la liquidación.

La previsión de imposibilidad de cumplir el convenio, o la estimación de que se ha incumplido, está recogida en la Ley Concursal antes de la declaración judicial de incumplimiento. Así ocurre también con la DT 3ª de la Ley 9/2015, cuyas referencias al incumplimiento deben ser interpretadas como conocimiento por deudor o acreedores de la imposibilidad de cumplir, propiciando la aplicación efectiva de la nueva previsión legislativa.

4.1.2.- Requisito temporal: plazo de dos años

La posibilidad de modificación del convenio se limita a los dos años siguientes a la entrada en vigor de la Ley 9/2015, lo que supone su posible aplicación hasta el 27 de mayo de 2017 inclusive ⁽⁵⁾. No obstante GUTIÉRREZ GILSANZ (pág. 17) ha defendido, que la letra de la ley no impide su aplicación a convenios aprobados tras la reforma, pero incumplidos en los dos años siguientes a su entrada en vigor. Ciertamente si sólo se atiende al apartado 2 de la DT 3ª de la Ley 9/2015, nada permite apartar a los convenios que se aprueben tras la reforma incumplidos hasta el 27 de mayo de 2017.

Sin embargo la previsión transitoria tiene por fin facilitar a convenios anteriores, o a procedimientos concursales en trámite, beneficiarse de la ampliación del objeto del convenio que habilita la reforma de 2014/15, en la que además de las

⁵ Disposición Final Undécima de la Ley 9/2015, que establece su entrada en vigor al día siguiente de su publicación el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 26 de mayo de 2015 (BOE nº 125). De este modo se amplía temporalmente idéntica previsión contenida en la DT 3ª del RDL11/2014, de 5 de septiembre, publicado en BOE de 6 de septiembre de 2014 y que por lo tanto afectaba a incumplimientos hasta el 7 de septiembre de 2016.

quitas y esperas, cuya precedente limitación desaparece, caben todas las del art. 100.2 LC, es decir, proposiciones alternativas o adicionales, conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, créditos participativos, préstamos con interés capitalizables o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Si estas posibilidades existen cuando se presenta la propuesta de convenio y se avalan por los acreedores por cualquiera de los procedimientos previstos en la Ley Concursal, parece incoherente aceptar una eventual modificación del mismo, pues desde el inicio pudieron proponerse.

4.1.3.- Legitimados

En este plazo de dos años tanto el deudor como acreedores que representen el 30 % del pasivo existente al tiempo del incumplimiento tienen la facultad de solicitar la modificación del convenio, proponiendo las nuevas medidas que han introducido las reformas citadas. VÁZQUEZ CUETO (pág. 24) considera que también es posible una solicitud de deudor y acreedores, incluso que representen pasivo suficiente para tener por aprobada la propuesta de modificación.

Si el deudor plantea la modificación los problemas son menores que si lo hacen acreedores que representen el 30 % total existente al tiempo del incumplimiento. Seguramente sólo el primero está en condiciones de conocer qué créditos siguen subsistentes en el momento en que se produce el incumplimiento. Los acreedores, salvo que actúen impulsados por el deudor, tendrán dificultades para conocer cuánto crédito pendiente de incumplimiento precisan para atender la exigencia legal.

Estamos en situación de convenio, y por tanto, conforme al art. 133.2 y 3 LC, la administración concursal ha cesado. La DT 3ª.3 de la Ley 9/2015 da a entender que tal administración concursal será repuesta para realizar un informe que indique “*la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes*”, pero lamentablemente la redacción de esta previsión en el párrafo segundo del apartado 3 da por hecho lo que no dice antes, esto es, que se ha repuesto a la administración concursal.

4.1.4.- Requisitos de la solicitud

Sea quien fuere el promotor de la modificación del convenio, la DT 3ª.2 de la Ley 9/2015 dispone que “*La solicitud deberá acompañarse de una propuesta de modificación, así como de un plan de viabilidad*”. La propuesta precisa los apartados del convenio cuya modificación se pretende, ampliando quitas o esperas, y expresa la redacción que, si se aprueba, constituirá el contenido del convenio. También puede incluir previsiones distintas a las que se contenían inicialmente, en la forma que ahora facilita el art. 100.2 LC. El plan de viabilidad es la garantía de que los promotores de la modificación al menos se han representado la forma en que se aplicarán los recursos para cumplir el convenio que se obtienen con nuevos aplazamientos o mayores quitas, aunque no ha exigido la norma que ese plan cumpla requisitos añadidos que le

otorguen alguna objetividad, como que su redacción o aval de expertos independientes.

La DT 3ª.2 sólo exige que se presente la solicitud por escrito. No dispone especiales requisitos de postulación, aunque son de aplicación las previsiones del art. 184 LC que no excluyen esta pretensión de modificación del convenio de las exigencias generales de actuar representado por medio de Procurador y asistido de letrado.

4.1.5.- Efectos de la petición de modificación del convenio

El párrafo segundo de la DT 3ª.2 de la Ley 9/2015 establece que *“Mientras se encuentre en trámite una modificación del convenio, conforme a esta disposición, ningún acreedor podrá instar la declaración de incumplimiento, en los términos de los artículos 140 y 142 de la Ley Concursal. Asimismo, iniciado este procedimiento de modificación, quedarían en suspensión las declaraciones de incumplimiento previamente solicitadas”*. Con esta previsión se cierra la puerta a la posibilidad de que se inicie un incidente de declaración de incumplimiento por algún acreedor insatisfecho, y además se suspenden las que pudieran haberse planteado, otorgando al deudor un instrumento de defensa del convenio al que es probable se recurra a menudo.

En efecto, el deudor no está obligado a anticiparse, en caso de que prevea el incumplimiento, a una eventual reclamación de acreedores que planteen el incidente de incumplimiento del convenio. De plantearse, el deudor en trance de cumplir el convenio, amenazado con esa petición, puede lograr que se suspenda solicitando la modificación del convenio. Cierto es que habrá de realizar el correspondiente esfuerzo de convencimiento a los acreedores que aún resten por ser satisfechos para que voten la reforma. Pero mientras que lo logra o no, paraliza la tramitación del incidente de incumplimiento.

Otro tanto ocurre si hay acreedores que perciben peligrar el abono de sus créditos con la petición de declaración de incumplimiento de otro que haya visto insatisfecho su crédito. Dichos acreedores, si alcanzan el 30 % del pasivo del convenio pendiente de cumplimiento, pueden propiciar la suspensión de esa solicitud presentando a su vez una propuesta de modificación del convenio.

4.2.- TRAMITACIÓN DE LA MODIFICACIÓN

Los apartados 3 y 4 de la DT 3ª de la Ley 9/2015 disponen el modo en que procede para la modificación. Presentada la solicitud con la propuesta de modificación y el plan de viabilidad, en el plazo previsto y por quien está legitimado, se da traslado al deudor y los demás acreedores si se presentó por quienes representen cuando menos el 30 % del pasivo pendiente, o a todos los acreedores, de formularse por el deudor. En diez días todos ellos habrán de expresar *“... si aceptan o se oponen a la modificación propuesta”*.

A diferencia de la posterior previsión de solicitud de suspensión del trámite, no establece este apartado de la transitoria el modo en que se evacua esa aceptación, por lo que cabrá que se verifique por un simple escrito, incluso sin necesidad de postulación especial, o a través de una comparecencia en la oficina judicial donde se exprese la aceptación u oposición.

En efecto, ante la falta de previsión ha de acudirse a la previsión general que contiene el art. 184 LC, cuyo apartado 3 permite a los acreedores asistir e intervenir en la junta de acreedores. Atendiendo a esa excepción, parece admisible que la manifestación de aceptación u oposición a la modificación del convenio pueda realizarse sin la asistencia de abogado y procurador.

4.2.1.- La suspensión del trámite

El deudor, acreedores proponentes y los demás, dentro de los cinco primeros días del plazo de diez para pronunciarse, pueden presentar al Juzgado escrito de oposición a la valoración contenida *“en el texto definitivo del informe de la administración concursal indicando la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y solicitando la suspensión del plazo para manifestar su aceptación u oposición a la modificación propuesta”*. Como se aprecia, sin haberse expresado que la Administración Concursal debe ser repuesta, se afirma ahora que ha de haber actuado. En cualquier caso el incidente se circunscribe a la valoración, y al mismo se acompañan los documentos justificativos de la pretensión de su promotor, incluidos, en el caso de garantías reales, los previstos en el artículo 94.5 LC.

Si son varios los escritos de oposición, se pueden acumular para su tramitación conjunta. Presentados, el juez suspende el plazo para pronunciarse sobre la aceptación u oposición, suspensión que parece razonable entender opera para todos los acreedores y no sólo para quien la plantea. En efecto, según sea la valoración final, los acreedores pueden decantar el sentido de su voto, y para ello es útil conocer qué se ha resuelto en esas peticiones, por lo que parece no debiera suspenderse sólo el plazo de quien la plantea.

Todo el trámite de suspensión se somete a las previsiones del incidente concursal, que termina en sentencia no recurrible. La sentencia, cualquiera que sea su sentido, alzará la suspensión del plazo para que se manifieste la aceptación u oposición a la modificación de convenio propuesta.

4.2.2.- Cómputo para la modificación

Sólo cabe la opción de aceptar u oponerse a la modificación. Guardar silencio, en cuanto supone no incorporarse a la propuesta de modificación, produce efecto semejante a la oposición expresa. Las mayorías precisas se calculan atendiendo a la *“lista definitiva de acreedores modificada”*, es decir, a la que se disponía al tiempo de aprobarse el convenio excluyendo los acreedores satisfechos y disminuyendo los importes de quienes hayan sido abonados en parte.

Si son acreedores ordinarios, son precisas mayorías superiores a las que permitieron la aprobación del convenio, del 60 % para adoptar las medidas previstas en el art. 124.1.a LC, es decir, quitas no superiores al 50 %, esperas que no superen 5 años o conversión de deuda en préstamos participativos. En cambio se necesita el 75 % de créditos favorables a las medidas del art. 124.1.b LC, esto es, quitas superiores al 50 %, esperas entre cinco y diez años, y conversión del crédito en préstamos participativos y las demás del art. 100.2 LC.

Si se trata de acreedores privilegiados la mayoría de créditos es del 65 u 80 % del *“pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2”*, según se apruebe las medidas del art. 124.1 a) o b) LC. Y añade: *“El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134”*. De alcanzarse, se dicta sentencia aprobando la modificación del convenio, para dar semejante rango que su aprobación.

4.2.3.- Las nuevas reglas de cálculo para el arrastre

Remite la DT 3ª.3 de la Ley 9/2015 a las reglas de cálculo del art. 134.3 LC, introducidas en esta reforma y comentadas con anterioridad. Pero no es sencillo trasladar lo dispuesto para aprobar el convenio y vincular a los acreedores privilegiados, a la regulación de la modificación del convenio en la transitoria citada. La redacción de la DT 3ª.3 lo dificulta sobremanera.

Dice la DT 3ª.3 que para entender aceptada la modificación es preciso que concurra, en el caso de los acreedores privilegiados, las siguientes mayorías: *“Para entenderse aceptada la modificación, deberán adherirse los acreedores que representen las siguientes mayorías de pasivo calculadas con arreglo a la lista definitiva de acreedores modificada, en su caso, conforme a lo dispuesto en este apartado: 1º El 65 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2 para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 1º anterior. 2º El 80 por ciento del pasivo de cada clase prevista por el artículo 94.2, para la modificación de las medidas previstas en la letra a) 2º anterior”*.

Al decir que es preciso ese porcentaje *“de cada clase”*, se utiliza un canon diverso del art. 134.3 LC, que habla de *“acreedores de su misma clase”*. Parece que es necesaria la participación de la totalidad de las clases con una mayoría del 65 u 80 % según sea más o menos gravosa la modificación de convenio pretendida. Así lo interpreta la SAP Cantabria 19 junio 2015, JUR 2015, 161609, aunque en aquel caso analiza la redacción que había dado a esa transitoria el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, luego alterada por la consecutiva Ley 9/2015. Acude esta sentencia, en primer lugar, al argumento literal, porque el precepto se refiere a ambas mayorías como necesarias. En segundo lugar sostiene que la remisión de la DT 3ª.3 de la Ley 9/2015 al 134.3 LC lo es sólo a efectos de cómputo.

Considera esta resolución que los regímenes de la DT 3ª Ley 9/2015 y el art. 134.3 LC son diferentes, de modo que para la modificación del convenio efectivamente serían requisitos cumulativos, es decir, que sería preciso alcanzar los porcentajes del 60 y 75 por ciento, o del 65 y 80 por ciento, según sean créditos ordinarios o privilegiados y del tipo de quita, espera o demás contenidos a aplicar, y además que eso ocurra en cada clase. En el régimen del art. 134.3 LC entiende esta sentencia que es factible que los efectos del convenio puedan extenderse sólo a una de dichas clases, como consecuencia de que el voto a favor o adhesión al convenio no es necesario para aceptarlo, sino que basta la mayoría de los ordinarios, de modo que sólo es relevante el apoyo de los privilegiados para extender sus efectos a los de su clase.

Reconociendo la solidez del argumento literal, no puede olvidarse que la transitoria persigue facilitar que los convenios anteriores puedan sumarse a las nuevas previsiones que permite la reforma del RDL 11/2014 y Ley 9/2015. Si se acepta que esa

es la finalidad de la DT 3ª de la Ley 9/2015, sería incoherente exigir mayorías concurrentes de acreedores privilegiados de todas las clases para la modificación del convenio. Tratando igual ambas previsiones, para la modificación del convenio no sería precisa dicha concurrencia, sino sólo el 65 u 80 % en cada clase de acreedores privilegiados, y en cada clase de crédito, general o especial.

Esa idea se fortalece por la expresa remisión que hace la DT 3ª de la Ley 9/2015 al art. 134.3 LC. Recordemos que la transitoria dice que *“El cómputo de las anteriores mayorías se calculará de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 134”*, por lo que habría que utilizar semejante forma de determinar las mayorías, y distinguir ocho mayorías distintas, del 65 u 80 %, para acreedores laborales con privilegio general, laborales con privilegio especial, acreedores públicos con privilegio especial, y acreedores públicos con privilegio general, acreedores financieros con privilegio general y acreedores financieros con privilegio especial, y restantes acreedores privilegiados especiales y con privilegio general.

En definitiva, admitiendo las dificultades que provoca la redacción de la DT 3ª.3, una interpretación teleológica y la expresa remisión a que se computen las mayorías del modo que dispone el art. 134.3 LC, apoyan que se entienda que la modificación del convenio permite incorporar o arrastrar a los acreedores privilegiados si los de su misma clase (laborales, públicos, financieros y restante) y condición (privilegio general y especial), lo acuerdan con las mayorías que dispone la transitoria, aunque los de otras clases o condición no lo aprueben.

4.2.4.- La aprobación o desaprobación de la modificación

Tras pronunciarse los acreedores aún insatisfechos sobre la propuesta de modificación y resueltos los incidentes de valoración, en su caso, corresponde al juez computar si concurren las mayorías que exige la DT 3ª de la Ley 9/2015. Si no la hay, la modificación será rechazada, incluso si se aceptara por alguna clase de acreedores privilegiados, porque como antes se insistió, para que opere es presupuesto que el contenido exigible a cualquier convenio, quita y/o espera, debe ser apoyado por la mayoría reforzada de acreedores. Consecuencia de dicho rechazo es, conforme al párrafo segundo de la DT 3ª.4 de la Ley 9/2015 que se *“... declarará el incumplimiento del convenio con los efectos del artículo 140 de la Ley Concursal”*.

Si se alcanzan esas mayorías la DT 3ª.4 de la Ley 9/2015 establece que *“El Juez dictará sentencia aprobando o denegando la modificación del convenio en el plazo de diez días. Solo podrá aprobar la modificación cuando las medidas propuestas garanticen la viabilidad del concursado”*. En realidad no hay materia litigiosa que exija que la forma de aprobación sea sentencia, pero parece razonable disponerlo así para que se verifique con el mismo rango que la aprobación del convenio que dispone el art. 133.1 LC.

Para que sea procedente la aprobación no basta que concurren las mayorías precisas. Es necesario que el juez aprecie que la modificación propuesta es viable. Recordemos que la solicitud de deudor o acreedores debe venir acompañada, según el apartado segundo de la transitoria, de un plan de viabilidad. Su contenido será examinado antes de resolver, y si no resulta convincente, el juzgado puede rechazar la

propuesta de modificación pese a ser admitida por la mayoría de acreedores que precisa la norma.

Sea cual fuera la decisión judicial, aprobatoria o desaprobatoria, la sentencia que la adopte no es susceptible de recurso.

4.3.- LA EXCLUSIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La DT 3ª.5 LC establece que *“Lo previsto en esta disposición no será aplicable a los acreedores públicos, que quedarán excluidos del cómputo y de las mayorías previstas en este precepto”*. Para el cómputo de los porcentajes precisos para aceptar la modificación del convenio no se tendrá en cuenta, en consecuencia, el crédito público, se haya abonado o no. No distingue la excepción del apartado quinto de la DT 3ª entre crédito ordinario o privilegiado, por lo que para determinar cuál sea el 60 o 75 % del crédito ordinario, o el 65 u 80 % del crédito privilegiado subsistente insatisfecho, habrá que excluir todo el crédito del que sean titulares las Administraciones públicas.

Si la modificación se aprueba, se produce también la extensión subjetiva a quienes, siendo acreedores ordinarios o privilegiados, no hayan apoyado la modificación, y en cualquier caso, a los créditos subordinados. No se extenderá, sin embargo, a los acreedores públicos, porque la DT 3ª.5 LC los excluye de *“lo previsto en esta disposición”*. Esto acarrea que el crédito de la Administración pública se mantiene en idéntica situación de la que existiera antes de la modificación del convenio. Los cambios que la nueva sentencia aprobando tal modificación haya propiciado, no le serán aplicables. El crédito concursal ordinario de titularidad pública habrá de abonarse en la cuantía y plazos que se hubiera establecido en el convenio, aunque para el resto de acreedores se aplase de nuevo, sufra nuevas quitas o se altere de cualquiera de los modos que la reforma facilita.

Otro tanto acontece con el crédito subordinado del que sea titular la administración pública, aunque lógicamente se generará alguna disfunción. El art. 134.1 LC dispone en su segundo párrafo que el plazo para el abono de los créditos de los acreedores subordinados se computa a partir del íntegro cumplimiento del convenio por los ordinarios, como ratifica la STS 10 mayo 2012, RJ 2012\6344. Si el convenio se modifica, será complejo acomodar esa previsión con la no afectación de los créditos subordinados de titularidad pública por la modificación del convenio. En una situación de normalidad el crédito público subordinado no se percibiría hasta *“el íntegro cumplimiento del convenio”* respecto de los ordinarios. Pero con la modificación, si ésta no le afecta, habrá que optar por entender bien que la exclusión de efectos DT 3ª de la Ley 9/2015 no opera para los subordinados pese a ser de titularidad pública, aguardando al abono de todos los ordinarios en el modo que se haya establecido por la modificación del convenio aprobada, bien que tal modificación no afecta, y abonar el crédito público subordinado una vez satisfecho todo el ordinario de la misma clase aunque se haya aplazado el restante, generando la paradójica situación de abono de créditos subordinados con anterioridad a los ordinarios.

Finalmente el crédito público privilegiado no tendría que verse alterado por los cambios que introduzca la modificación del convenio, salvo que sea arrastrado por haber previsión en tal sentido en la propuesta de modificación. La posibilidad de

vincular esta clase de créditos a los efectos del convenio opera a partir de la reforma, y salvo que se entienda, como antes de apuntó se defiende por algunos, que en el plazo de dos años desde la aprobación de la Ley 9/2015 convenios aprobados durante su vigencia conforme a la nueva regulación pueden modificarse, no debiera presentarse la tesis de que haya créditos públicos de carácter privilegiado sometidos a tales cambios.

Cabe concluir, por lo tanto, que tras la DT 3ª.5 de la Ley 9/2015, la administración pública se mantiene, merced a este blindaje frente a la modificación del convenio, en una situación favorable si no quiere someterse a sus efectos, aunque habría de ponderar si realmente el legislador no le está invitando, al abrirle ahora esa posibilidad, a facilitar la viabilidad de algunos deudores cuyo proyecto lo merezca mediante la aceptación del sacrificio de algún privilegio en común con los de su misma clase.

5.- INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO

En materia de incumplimiento del convenio hay que citar la STS 4 septiembre 2014, rec. 3327/2012, por la doctrina que dispone. Se trata de una sociedad que no atiende pagos en fase de cumplimiento del convenio. Frustrados tres acreedores por no recibir el 20 % comprometido, instan el incidente de incumplimiento del art. 140 LC, pero durante su tramitación se abonan algunos créditos.

El deudor concursado intenta que se reconozca que no ha habido incumplimiento, sino retraso en el pago, lo que desestiman Juzgado y Audiencia. Al llegar el asunto al Tribunal Supremo éste sostiene que basta un impago para que el convenio se considere incumplido. Reconoce, no obstante, que el incumplimiento debe persistir al tiempo de ejercitarse la acción por el acreedor, pues lo contrario supondría mero retraso.

Pero si no se produce el abono del crédito debido según el convenio, al tiempo de plantearse el incidente de incumplimiento, ya no cabe “enervación” posterior, ni el pago posterior, durante la tramitación del incidente, convierte dicho impago en simple retraso.

6.- LA EXTENSIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESCISIÓN A OPERACIONES SOCIETARIAS

En los últimos tiempos el Tribunal Supremo ha avanzado en una interpretación extensa del concepto perjuicio en materia de rescisión. Primero la STS 24 julio 2014, rec. 2912/2012, y luego la STS 1 noviembre 2014, rec. 491/2013, rescinden los acuerdos de reparto de dividendos adoptados en Junta General. En la segunda de ellas se analiza la situación de una empresa que entre 2005 y 2008 ha sufrido pérdidas, pero decide, tras activar un crédito fiscal, repartir dividendos en ese último ejercicio. Luego cae el concurso, y la Administración Concursal reclama la rescisión del acuerdo de la junta general de repartir dividendos, reclamando además la restitución a los socios que los percibieron.

Al analizar la cuestión el Tribunal Supremo entiende que lo exigido por el art. 71.1 LC es un “sacrificio patrimonial injustificado”. En el caso de una sociedad, carece de justificación el acuerdo que vulnera las normas de protección del patrimonio social,

pues el reparto de dividendos dejó a la sociedad con un patrimonio neto por debajo del capital social. La disciplina del capital social constituye un régimen que persigue estricta vinculación jurídica de fondos propios para tutela de los acreedores y el tráfico jurídico. Dicha regulación busca garantizar el conocimiento por los terceros de cuál es el patrimonio vinculado, su correcta formación inicial y su mantenimiento o conservación efectiva a lo largo de la vida social, de modo que guarde una proporción o correspondencia mínima con el capital social.

De este modo considera el Tribunal Supremo al acuerdo de reparto de dividendos como un acto de disposición patrimonial, a favor de los socios, que conlleva un sacrificio patrimonial pues disminuye su masa activa. Es susceptible de rescisión en el periodo sospechoso si se constata su falta de justificación desde la perspectiva de los acreedores.

7.- LOS CAMBIOS EN FASE DE LIQUIDACIÓN

La Ley 9/2015 ha reformado profundamente la fase de liquidación del procedimiento concursal. A pesar de ser ésta la más frecuente, su parca regulación ha provocado numerosos conflictos sobre el modo de proceder e incluso la propia eficacia de las normas que se dispusieron como supletorias. La dialéctica entre el plan de liquidación, con previsiones individualizadas para el concreto concurso para el que se proponía y aprobaba, y las reglas generales de liquidación contenidas en la norma, ha sido difícil y contradictoria.

La reforma aborda una cuestión esencial, la transmisión de empresa o unidades productivas, disponiendo previsiones que de algún modo superan la tradicional finalidad primordial del concurso, que es la satisfacción de los acreedores. Aunque ya se expresaban algunos matices en la regulación originaria, ahora se acentúan las previsiones que ponen en valor otros intereses, como la continuidad de la actividad empresarial o el empleo. En esta materia se incluye, como se apuntó inicialmente, una práctica judicial que apuntaba a la subrogación forzosa de ciertos contratos, de modo que el adquirente pudiera mantener la actividad productiva sin solución de continuidad. También se perfilan cambios en las previsiones de exención de obligaciones laborales y de Seguridad Social previas, corrigiendo la doctrina judicial mayoritaria sobre la materia.

Finalmente se modifica la consideración legal de las normas de liquidación, distinguiendo las que tienen carácter supletorio de las que son forzosamente aplicables a cualquier clase de liquidación.

7.1.- ENAJENACIÓN UNIDADES PRODUCTIVAS

El apartado II del preámbulo de la Ley 9/2015 recoge que *“... se adoptan una serie de medidas para flexibilizar la transmisión del negocio del concursado o de alguna de sus ramas de actividad, ya que en la actualidad existen algunas trabas, que, bien durante la tramitación del proceso concursal, bien cuando la liquidación del concurso sea inevitable, están dificultando su venta”*. La finalidad, continúa el preámbulo, refiriéndose tanto al convenio como a esta regulación de la transmisión de empresa en

todo o por unidades productivas, es *“facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no sólo en beneficio de la propia empresa, sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general”*.

El art. 44.2 del RDL 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), facilita un concepto de legal de unidad productiva, aunque lo haga a efectos de sucesión de empresa, explicando que se presenta en caso de *“entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”*.

La transmisión de empresa o de unidades productivas, que deben entenderse siempre en funcionamiento pues lo contrario no sería más que enajenación de bienes y derechos, se contempla en fase común, convenio y liquidación. La técnica utilizada consiste en regular en el nuevo art. 146 bis LC, en fase de liquidación, la forma en que puede verificarse. A dicho precepto se remite, en fase común, el art. 43.3 LC, y en fase de convenio, el art. 100.2 LC.

GUTIÉRREZ GILSANZ (pág. 7) califica esa regulación como *“régimen uniforme para la especialidades de la transmisión de unidades productivas”*. El Auto de la Audiencia Provincial Álava, Secc. 1ª, 26 marzo 2015, JUR 2015\137551, considera a esta disciplina *“un régimen sustantivo unitario para la transmisión de unidades productivas de deudoras concursadas”*, circunstancia que también destaca, refiriéndose al art. 146 bis LC, la STSJ Cantabria 17 diciembre 2014, AS 2015/132.

En convenio el tercer párrafo del art. 100.2 LC contempla proposiciones de enajenación bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional, es decir, la propia empresa en funcionamiento, bien de concretas unidades productivas de la concursada a favor de una persona, natural o jurídica, que ya venga determinada en la propuesta de convenio. En fase común, según el art. 43.3 LC (reformado por el art. 1.2 de la Ley 9/2015 en el apartado relativo a la liquidación), la reforma se limita a remitirse en este precepto relativo a la conservación y administración de la masa activa, a los arts. 146 bis y 149 LC. Finalmente en sede de liquidación se contiene extensamente la regulación de la transmisión de empresa en el art. 146 bis LC.

La finalidad de todos ellos es la transmisión de la empresa o unidades productivas en términos que favorezcan al adquirente y al concurso. La adquisición es atractiva si la compra de la empresa se hace en conjunto, y como alguna resolución sugiere, en funcionamiento ⁽⁶⁾, subrogándose el adquirente en los contratos vigentes, sin posibilidad de que se deriven responsabilidades por deudas anteriores. Lo explica el apartado III del preámbulo de la Ley 9/2015, como antes hizo el RDL 11/2014, al señalar *“También se efectúa una remisión al régimen general de transmisión de unidades productivas a lo dispuesto en el artículo 146 bis y 149, lo que implica, con*

⁶ Auto Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo 5 diciembre 2014, JUR 2015\12207.

determinadas excepciones, su adquisición libre de obligaciones preexistentes impagadas”.

A las ventajas que la transmisión de empresa o unidades productivas en funcionamiento presenta para el concurso por la incorporación de los recursos que provienen de la venta, y para el comprador por adquirir en favorables condiciones la empresa concursada o alguna unidad productiva, se unen las que logra la economía general. Dice al respecto el apartado IV del preámbulo de la Ley 9/2015 que *“Se trata, como se ha expuesto previamente, de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, facilitando, fundamentalmente, la venta del conjunto de los establecimientos y explotaciones del concursado o de cualesquiera otras unidades productivas”.*

7.1.1.- Ámbito de la transmisión

En caso de convenio, el párrafo final del reformado art. 100.2 LC mantiene desde la aprobación de la ley, que la proposición incluirá necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial de las unidades productivas a que afecte, debiendo ser oídos los representantes de los trabajadores. Para hacer posible la transmisión que se postula en la propuesta de convenio, la remisión del art. 100.2 LC al art. 146 bis 1 LC supone que, de aprobarse, se cedería al adquirente los *“derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la continuidad”.*

En fase común, convenio o liquidación, tal subrogación se contrae a los contratos que vinculan a la empresa, siempre que no se haya solicitado su resolución. Recordemos que el art. 61.2 LC dispone que cabe reclamar la resolución en interés del concurso en contratos con obligaciones recíprocas pendientes al declararse el concurso, por lo que basta la presentación de la solicitud en tal sentido para que ya no sea posible la subrogación del *accipiens*.

La subrogación opera sin consentimiento de la otra parte contractual. La especialidad concursal es que al operar la transmisión de empresa o unidad productiva como un todo, no se deja opción a la otra parte contractual, que en el régimen general del Código Civil, la Ley de Arrendamientos Urbanos o el Estatuto de los Trabajadores, tendría que otorgar su consentimiento a dicha subrogación.

7.1.2.- Contratos administrativos

En el caso de la Administración pública está prevista, por remisión del art. 100.2 LC al art. 146 bis.1, la cesión de contratos administrativos. El precepto dirige al art. 226 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ⁽⁷⁾. Luego el art. 146 bis.2 LC, también por remisión del

⁷ Dice el art. 226 LCSP: “1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato. 2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros

art. 100.2 LC, dispone en sede de liquidación, aplicable a cualquier transmisión de empresa o unidades productivas durante el concurso, que la transmisión supone la cesión de licencias o autorizaciones administrativas afectas a la continuidad de la actividad empresarial o profesional que estén incluidas como parte de la unidad productiva, siempre que el adquirente continuase la actividad en las instalaciones.

Son varios, por tanto, los requisitos para la cesión de licencias o autorizaciones administrativas, destacando que sólo podrán exigirse la cesión si el adquirente continúa la actividad en las mismas instalaciones, de modo que si finalmente no lo hace, o no lo verifica en el mismo lugar donde se mantenía la actividad empresarial o profesional transmitida, no podrá exigirse la transmisión de la posición del cedente frente a la Administración pública licenciataria o autorizante. Destaca RUBIO VICENTE (pp. 11 y 12) que puesto que las licencias o autorizaciones administrativas se han concedido en atención al ejercicio de la actividad profesional o empresarial en unas específicas y determinadas circunstancias, se entiende que para poder subrogarse en ellas es preciso mantener la identidad de esas circunstancias y condiciones que motivaron su concesión.

Aunque la norma no lo disponga, para que esto sea posible será necesario que el cedente, cesionario o Administración Concursal, o todos ellos, comuniquen a la administración pública concernida la voluntad de subrogarse en tales licencias o autorizaciones administrativas. A las administraciones públicas afecta de forma directa esta nueva posibilidad para las propuestas de convenio, en tanto que la eventual transmisión de empresa o unidad productiva puede suponer la desaparición de créditos tanto concursales como contra la masa. La remisión en bloque el art. 100.2 al 146 bis LC origina que haya de entenderse, de aprobarse el convenio, que el adquirente no se hace cargo de los créditos que se ostentaban contra el concursado antes de la transmisión. Esto supone que el crédito sólo subsiste contra el concursado, pero no podrá pretenderse frente al adquirente de empresa o unidad productiva.

7.1.3.- La exoneración parcial de obligaciones previas

La regla del apartado 4 del art. 146 bis LC establece que *“La transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, salvo que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2”*.

En el mencionado AAP Álava, Secc. 1ª, 26 marzo 2015, JUR 2015\137551, se interpreta dicha norma indicando *“Regla es, por tanto, que el adquirente no asume las*

deberán cumplirse los siguientes requisitos: a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación. c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública. 3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”.

obligaciones del cedente, sean concursales o contra la masa. Excepción, que se asuma expresamente por cesionario, o que exista disposición legal en contrario. Se añade al final la expresión <<... sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2>>, unida por una copulativa al resto de la regla/excepción, lo que genera alguna duda interpretativa... La excepción puede establecerse puesto que así lo autoriza para las legislaciones nacionales el art. 5.1 de la Directiva 2001/23/CEE sobre aproximación de las legislaciones relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o centros de actividad, que comienza expresando <<Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros...>>, como acaba de recordar la STJUE 28 enero 2015 (asunto C 688/13), al resolver la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona a propósito del art. 149.2 LC."

Partiendo de la regla, es decir, que los créditos debidos por el *tradens* como deudor concursado no se transmiten al *accipiens* que adquiere la unidad productiva, no debieran producirse derivaciones de responsabilidad por las deudas concursales. Pero las excepciones voluntarias y legales lo permiten en parte. La voluntaria dimana de la aceptación del propio adquirente. Como consecuencia, si éste abona el crédito concursal, la masa pasiva del concurso disminuye en idéntica proporción.

La segunda excepción es más interesante, porque la norma habla de que *"existiese disposición legal en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.2"*. No podrá esgrimirse, en consecuencia, el art. 42.1 c) *in fine* de la Ley 8/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que excluye la responsabilidad solidaria de deudas tributarias de *"... los adquirentes de explotaciones o actividades económicas pertenecientes a un deudor concursado cuando la adquisición tenga lugar en un procedimiento concursal"*. En cambio cabe citar cualquier norma de rango legal, lo que excluye reglamentos y órdenes. También, como ya ha ocurrido en el asunto que resuelve el citado AAP Álava, Secc. 1ª, 26 marzo 2015, JUR 2015\137551, los arts. 15, 104 y 127 LGSS, o los arts. 12 y 14 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 1415/2004, aunque en aquella ocasión la resolución mencionada no aceptó constituyeran la excepción prevista en la norma concursal.

La expresión de cierre del art. 146 bis 4 LC, al que remite el art. 100.2 LC en materia de convenio, dispone que la exoneración de pago al adquirente de las obligaciones previas del concursado, concursales o contra la masa, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.2 LC. Tras la reforma del RDL 11/2014 y Ley 9/2015, el precepto indica que de enajenarse unidades productivas o empresas en funcionamiento, manteniendo su identidad, *"se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa"*. La exoneración al cesionario es, por ello, relativa. Efectivamente no asume los créditos debidos por el concursado a los acreedores contra la masa o concursales, pero tampoco puede zafarse de las consecuencias que supone la consideración de tal adquisición como sucesión de empresa.

En cualquier caso la regla final del art. 146 bis.4 LC impide que opere la exclusión de la responsabilidad de pago de créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, cuando los adquirentes de las unidades productivas son personas especialmente relacionadas con el concursado.

7.1.4.- Sucesión de empresa en materia laboral y de Seguridad Social

Con la regulación anterior hubo resoluciones judiciales, incluso del ámbito laboral, que consideraron que podía acreditarse la falta de sucesión de empresa (STSJ Cantabria 28 de noviembre de 2014, JUR 2015, 13622, y 17 diciembre 2014, AS 2015/132). Aunque había pronunciamientos en contra (AAP Pontevedra, Secc. 1ª, 30 enero 2014, JUR 2014\112045), una buena parte de Audiencias Provinciales consideraba que el art. 149.2 facultaba que en el plan de liquidación se introdujera una previsión que exonere de las deudas de Seguridad Social para el adquirente, afirmando que su aplicación es supletoria. Es decir, que habiendo plan de liquidación que exoneraba del pago de las deudas de Seguridad Social, el art. 149.2 LC no operaba (AAP Barcelona, Secc. 15ª, 16 diciembre 2009, rec. 323/2009, AAP La Rioja, Secc. 1ª, 8 marzo 2012, AC 2012\378, AAP Toledo, Secc. 1ª, 4 diciembre 2013, JUR 2013\9733, AAP Badajoz, Secc. 2ª, 27 febrero 2013, AC 2013\1052, AAP Sevilla, Secc. 5ª, 29 mayo 2013, rec. 2545/2013, AAP Álava, Secc. 1ª, 28 enero 2015, rec. 428/2014, entre otras).

Los lógicos recelos que la disciplina de la sucesión de empresa evidencia, por el abuso fraudulento que se ha constatado en muchos casos, debieran quedar desterrados ante la intervención de la Administración Concursal, órgano ajeno a la deudora, y del Juez del concurso, garantías externas que debieran atajar las sospechas de fraude.

Pero la reforma del RDL 11/2014 primero y de la Ley 9/2015 después arrumba esa interpretación judicial. Como dice el citado AAP Álava, Secc. 1ª, 26 marzo 2015, JUR 2015\137551, la reforma supone *“una verdadera rectificación de la doctrina judicial mayoritaria que admitía la posibilidad de que, al aprobarse el plan de liquidación se exonerara al adquirente de la empresa o unidades productivas de tener que afrontar las deudas de Seguridad Social generadas antes del concurso o durante su tramitación”*.

El preámbulo de la Ley 9/2015 lo establece con toda claridad en su apartado IV cuando expresa *“... se arbitran los mecanismos de exención de responsabilidad por deudas previas, salvo en determinados casos especiales que por su singularidad siguen mereciendo una especial tutela, como es el caso de las deudas frente a la Seguridad Social o los trabajadores”*. En el texto articulado el art. 149.4 LC dispone que la enajenación de unidad productiva (aunque la norma la describe como entidad económica que mantenga su identidad) *“se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa”*.

Si hay tal sucesión seguirán siendo de aplicación los convenios colectivos que pudieran estar disciplinando la relación laboral de los trabajadores que se ven afectados por la transmisión (LOPEZ CUMBRE I.3, pág. 2).

7.2.- LAS REGLAS LEGALES

Como expresa el apartado IV del preámbulo de la Ley 1/2015, se reforma el art. 149 LC cuya rúbrica pasa de “reglas legales supletorias” a “reglas legales de liquidación”, aclarando qué reglas del mismo tienen carácter supletorio (sólo las del apartado primero) y cuáles se aplican a toda liquidación, haya o no plan de liquidación.

Entre estas últimas destacan las llamadas “reglas de purga” o subsistencia de las garantías reales que afecten a todos o alguno de los bienes incluidos en unidades productivas, y las reglas sobre sucesión de empresa que se han expuesto anteriormente.

Además se reforma el art. 148 LC permitiendo, por primera vez, que en lugar de reducir a numerario los bienes y derechos de la masa activa, éstos puedan ser directamente entregados en pago o para pago a los acreedores, previsión que se habilita a introducir en el plan de liquidación.

7.2.1.- Cesión de bienes o derechos en pago o para pago

Entre las novedades de la reforma se introduce un nuevo apartado, el 5, en el art. 148 LC. Este precepto permite, con excepción de los acreedores públicos, que el plan de liquidación contenga la previsión de cesión en pago o para pago de bienes o derechos del concursado. Recuértese que en convenio el art. 100.3 LC tras la reforma de la Ley 9/2015 autoriza, por primera vez, que la propuesta de convenio pueda disponer la cesión en pago de bienes no necesarios para continuar la actividad empresarial.

En coherencia se introduce esta previsión en fase de liquidación, aunque es más amplia pues cabe no sólo la cesión en pago sino para pago. Se dispone no obstante la limitación, en el caso de bienes afectos a una garantía, que señala el art. 155.4 LC también afectado por la reforma. Es decir, cabe si se garantiza completamente con dicha cesión el pago del crédito con privilegio especial.

7.2.2.- Previsiones supletorias del art. 149 LC

En el art. 149.1 LC encontramos las reglas supletorias, denominadas así de modo expreso, de aplicación cuando no se aprueba plan de liquidación o para lo no previsto en el que se apruebe. Se mantiene la preferencia por la venta en globo o por unidades productivas, pero se facilita que el juez pueda estimar más conveniente su previa división o la realización aislada, aunque se precisa para ello previo informe de la Administración Concursal. Igualmente subsisten las formas de venta en pública subasta o venta directa, pero se añade que pueda realizarse por medio de entidad especializada, cuyo coste será a cargo de la retribución de la Administración Concursal.

También es novedad la facultad que introduce el art. 149.1.3º LC, que faculta que entre ofertas cuyo importe no difiera del 15 %, el juez puede optar por adjudicar a quien garantice en mayor medida la continuidad de la empresa, unidades productivas y puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores.

7.2.3.- Bienes afectos a créditos con privilegio

Cambia la reforma lo dispuesto en el art. 149.2 LC respecto a la venta de bienes y derechos afectos a crédito con privilegio especial, que en principio se remiten a las previsiones del art. 155.4 LC. En particular se introducen cambios cuando se trate de bienes incluidos en establecimientos, explotaciones y unidades productivas, en las que se distingue si se transmiten con o sin subsistencia de tales garantías. La propia disyuntiva evidencia que es posible la transmisión sin perdurar el gravamen real que afectaba a bienes incluidos en tales establecimientos o unidades productivas.

Si se transmiten sin subsistencia de garantía la reglas del art. 149.2.a) LC, corresponde a los acreedores con privilegio especial la parte proporcional del precio obtenido, equivalente al valor que el bien o derecho suponga respecto del valor global de la empresa. Nada dice la norma respecto a quien determina cual sea el valor del bien gravado respecto del total de la unidad productiva, pero habrá que suponer que corresponde a la Administración Concursal.

Caso de que el precio no alcance el valor de la garantía calculado conforme al art. 94.5 LC (9/10 del valor razonable fijado por mercado secundario, tasación homologada o experto independiente), es precisa la conformidad de acreedores con privilegio especial que representen al menos el 75 % del pasivo afectado por la transmisión, de la misma clase de las previstas en el art. 94.2 LC. La parte del crédito privilegiado que reste insatisfecho pasará a tener la calificación que corresponda.

Si se transmiten con subsistencia de las garantías no es preciso consentimiento del acreedor privilegiado, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor. Dicha subrogación no opera, aunque subsista la garantía, si se trata de créditos tributarios y de seguridad social.

7.2.4.- Procedimiento para la enajenación de empresa o unidades productivas

Dispone el art. 149.3 LC que si se enajenan empresas o unidades productivas mediante subasta o enajenación directa, se habrá de fijar un plazo para presentar ofertas que deben incluir forzosamente una partida de gastos para conservar en funcionamiento la actividad hasta la adjudicación definitiva. Además de identificar el oferente, informar sobre su solvencia y medios técnicos y humanos a su disposición, deben designarse de modo preciso los bienes, derechos, contratos y licencias o autorizaciones incluidos en la oferta. También debe concretarse el precio ofrecido, medios de pago y garantías, distinguiendo el precio ofrecido según haya o no subsistencia de las garantías. Finalmente expresará la incidencia sobre los trabajadores.

Aunque la norma nada diga al respecto, transcurrido el plazo debiera resolver la Administración Concursal y luego se dicta el auto de adjudicación a que alude el art. 149.4 LC, es decir, auto aprobatorio de la transmisión de los bienes o derechos de forma separada, por lotes o como parte de una empresa o unidad productiva, o en su caso auto de aprobación del remate si se utilizó la forma de subasta. En ese mismo auto el juez del concurso podrá cancelar todas las cargas anteriores salvo los créditos que gocen de privilegio especial si se transmitió con subsistencia del gravamen. De este modo se avanza en los pasos dados por sucesivas reformas para permitir que el juez del concurso pueda transmitir libre de cargas anteriores los bienes que están siendo objeto de liquidación concursal.

8.- CALIFICACIÓN

En materia de calificación los cambios legales tratan de incorporar las modificaciones en materia de clase de acreedores. Pero son más destacables los

pronunciamientos jurisprudenciales que delimitan la intervención de terceros y la capacidad de resolver del juez del concurso.

Sobre la intervención de terceros, la STS 3 febrero 2015, rec. 466/2013, mantiene que éstos no pueden formular peticiones en la sección distintas que los legitimados para desembarazar la condición de procedibilidad, es decir, Administración Concursal y Ministerio Fiscal. Dice el Tribunal Supremo que en calificación la participación del acreedor es más limitada que la prevista en general en el art. 193.2 LC. Se trata, en calificación, de una “intervención adhesiva simple”, parecida a la del art. 13.1 LEC. Expone que la voluntad del legislador ha sido “establecer un régimen especial de intervención”.

Ese régimen supone que Fiscal y Administración Concursal son los únicos legitimados para solicitar la tramitación de esta sección, para formular calificación o propuestas de resolución. Las alegaciones de acreedores se restringen, y sólo son coadyuvantes. Esa restricción no es excepcional, pues la Ley Concursal la dispone también en el art. 48 quater para el ejercicio acciones sociales contra administrador social, contra lo socios personalmente responsables de las deudas sociales (art. 48 bis 1º LC) o para exigir el desembolso de operaciones sociales diferidas (art. 48.2 bis).

Restringido ese papel de los acreedores, mantiene esta sentencia una inquietante advertencia: << *También, de concurrir los presupuestos necesarios, el recurrente tiene a su alcance la posibilidad de exigir a la administración concursal la responsabilidad prevista en el art. 36.1º LC por "los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia">>.*

En otro aspecto de la calificación, la STS 8 marzo 2015, rec. 1331/2013, sostiene que si no se solicita un plazo concreto de inhabilitación por Fiscal o Administración Concursal, debe aplicarse el mínimo de dos años. Sin embargo luego en la STS 1 junio 2015, rec. 1449/2013, se asegura que hay un margen para la discrecionalidad judicial, admitiendo que se imponga por cinco años.

Finalmente la STS 17 febrero 2015, rec. 3085/2012, mantiene que la renuncia al plazo que el deudor acuerda con acreedor antes del concurso, permitiendo el abono previo a su declaración, es un acto perjudicial rescindible, y la STS 15 septiembre 2015, rec. 2244/2013, que es preciso demandar en la rescisoria a todos los afectos por el acto que se quiere dejar sin eficacia.

9.- LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

También ha sido abundante la producción jurisprudencial en lo que respecta a la conclusión del concurso. Sobre todo se aborda la cuestión, tan frecuente, de la insuficiencia de masa. Por un lado se analiza cuándo es procedente tal finalización, pues en la STS 4 noviembre 2014, rec. 94/13, afronta las quejas de un acreedor que reclama a la Administración Concursal que no finalice el procedimiento por no existir acciones viables que lo justifiquen. Resulta que en dicho concurso no hay acciones viables, pues si prosperaran ni siquiera cubrirían los créditos contra la masa.

Dice esta sentencia que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa es consecuencia de la frustración que supone no poder alcanzar los fines de la LC: convenio o liquidación, puesto que no hay ni para atender los gastos del proceso. De ahí que se haya reformado profundamente el art. 176 LC, incorporando la reforma de la Ley 38/2011 el art. 176 bis LC. Antes sólo se concluía por inexistencia de bienes. Tras la reforma, también por insuficiencia. Si existen bienes, derechos y acciones suficientes, no cabe concluir. Pero no lo son si ni siquiera alcanza a atender los créditos contra la masa.

La otra cuestión que se ha aclarado en las últimas resoluciones es la interpretación del art. 176 bis LC, respecto al momento en que cede la regla del vencimiento en el pago de créditos para la masa cuando ésta resulta insuficiente y el concurso se debe concluir. La STS 9 junio 2015, rec. 1665/2013, sostiene que desde que la Administración Concursal comunica la insuficiencia rige el nuevo orden de pagos, incluso respecto a los debidos con anterioridad y no satisfechos. Precisa, no obstante, la STS 10 junio 2015, rec. 1644/2013, que si antes un acreedor contra la masa ha interpuesto un incidente concursal en reclamación de ese crédito, para el mismo no opera el orden de abono conforme al art. 176 bis LC.

@mundoedmundo

Bilbao, 15 diciembre 2015.

BIBLIOGRAFÍA

ALMOGUERA, J. “La actuación de los acreedores públicos frente a un empresario en crisis”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 15, Segundo semestre 2011.

CABANAS TREJO, R. “Una nueva reforma de la legislación concursal (RDL 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal)”, *Diario La Ley*, Nº 8406, Sección Doctrina, 24 de Octubre de 2014, Año XXXV, Ref. D-348.

GARRIDO, J.M., “Comentario al art. 134 de la Ley Concursal”, *Comentario de la Ley Concursal*, BIB 2015\9128, ROJO-BELTRÁN, Edit. Aranzadi S.A., 2015.

GONZAGA SERRANO DE TOLEDO, L., “Los convenios y la Administración Pública”, ponencia del II Encuentro entre Magistrados de lo Mercantil, Servicio Jurídico Agencia Tributaria, Servicio Jurídico de la Seguridad Social y Abogacía del Estado, celebrado en Segovia, 1 y 2 octubre 2015.

LÓPEZ CUMBRE, L. “Posible exención de obligaciones laborales en la transmisión de unidades productivas en concurso de acreedores”, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, Septiembre 2014.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. “La conservación del convenio concursal”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, Segundo semestre 2014.

ORDIZ FUERTES, M.C., “Claves procesales para la defensa de la Hacienda Pública ante las soluciones al concurso: convenio y liquidación”, *Estudios jurídicos* nº 2010, 2010.

ORTÍZ MÁRQUEZ, M. “La transmisión de empresa en concurso”, *Anuario de Derecho Concursal* n° 34/2015, BIB 2014\3846.

RUBIO VICENTE, P.J. “Reestructuración empresarial y enajenaciones de unidades productivas”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 22, Sección Ponencias, Segundo semestre de 2014.

VÁZQUEZ CUETO, J.C., «El remedio transitorio de la renovación del convenio», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36/2015, BIB 2015, 2409.

YÁÑEZ VIVERO, F. “Cesión de bienes”, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, BELTRÁN-GARCÍA CRUCES, Tomo I, Aranzadi 2012, pp. 411-426
