

LA LEGITIMACIÓN PARA PRESENTAR PROPUESTA DE CONVENIO*

Angel ROJO
Catedrático de Derecho mercantil
Abogado

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. – II. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.- 1. La legitimación exclusiva del deudor.- 2. La adhesión del veinte por ciento del pasivo como condición objetiva de admisibilidad de la propuesta.- 2.1. La delimitación subjetiva: acreedores ordinarios y acreedores privilegiados.- 2.2. La delimitación objetiva: el porcentaje.- 3. El período de presentación.- 3.1. El término inicial.- 3.2. El término final.- III. LA PRESENTACIÓN EN LA FASE COMÚN DE PROPUESTA NO ANTICIPADA DE CONVENIO.- 1. El primer período de presentación. - 2. La doble legitimación.- 2.1. La legitimación del concursado.- 2.1.1. La legitimación.- 2.1.2. Los presupuestos negativos.- 2.2. La legitimación de los acreedores.- IV. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA EN LA SEGUNDA FASE.- 1. El segundo período de presentación.- 2. Los presupuestos negativos.

I. INTRODUCCIÓN.

El tema de la legitimación para presentar propuesta de convenio en el concurso de acreedores es particularmente complejo. De un lado, porque esa legitimación es distinta según se trate de propuesta a tramitar durante la primera fase o fase común - o de propuesta a tramitar durante la fase de convenio propiamente dicha; y, de otro, respecto de esta segunda, porque la Ley ha establecido dos diferentes períodos de presentación, de los cuales el segundo únicamente se abre cuando no hubiera sido admitida a trámite una propuesta de convenio del período anterior. Pero, además, el régimen jurídico establecido resulta de una gran – e innecesaria complejidad, en parte como consecuencia del propio diseño legislativo y, en parte, de las deficiencias de la

* Publicado en *REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA*, 2004/4, pags. 205-228.

técnica legislativa empleada, que dan lugar a múltiples problemas de interpretación.

Mientras que el único legitimado para presentar propuesta anticipada de convenio es el deudor (art. 104.1), la legitimación es más amplia cuando la propuesta no tiene este carácter. En los casos de tramitación ordinaria del convenio - o tramitación durante la segunda fase -, la Ley Concursal reconoce una *doble legitimación*: pueden presentar propuesta de convenio (al final de la fase común o, ya en la segunda fase, una vez convocada la junta de acreedores) tanto el concursado como el acreedor o los acreedores cuyos créditos superen, individual o conjuntamente, una quinta parte del total pasivo (art. 113)¹.

¹ En caso de beneficio de quita y espera (art. 1.170 LEC 1881) y de suspensión de pagos (arts. 870 a 872 C. de C. y 2-41 LSP), la propuesta de convenio necesariamente tenía que proceder del deudor común. Por el contrario, en el caso de concurso de acreedores (art. 1.304 LEC 1881) y de quiebra (arts. 898 I C. de C. y 1.390 LEC 1881), la propuesta de convenio podía proceder tanto del deudor como de cualquiera de los acreedores concursales.

En el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, la legitimación para formular tanto la propuesta de convenio (arts. 105 y sigs.) como la propuesta de concordato (arts. 130 y sigs.) era exclusiva del deudor. Esta exclusividad desaparece con el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983: en este texto prelegislativo, el deudor, cada uno de los acreedores y el síndico podían presentar al juez del concurso las propuestas de convenio que estimasen oportunas durante los quince días siguientes al de la publicación de la resolución judicial aprobatoria de la lista de acreedores; y, durante ese plazo, el juez, oído el síndico, podía admitir también las propuestas de terceros para pago de todo o parte del pasivo (art. 213). La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 retorna al modelo del Anteproyecto de 1959: en el concurso de acreedores, era el deudor el único que, con una antelación de, al menos, dos meses al de la fecha de la junta de acreedores, podía presentar al juez del concurso una o varias propuestas de convenio (art. 152.1); y, en la suspensión de pagos, era también el deudor el único que podía formular propuesta de convenio (art. 270 y 271.2).

La legitimación para presentar propuesta de convenio se amplía a los acreedores en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000. En efecto, el artículo 113 de la Ley coincide con el artículo 112 de ese Anteproyecto y del Proyecto de Ley, sin más diferencia que haber sustituido, al final del apartado 1, la referencia a la relación de acreedores presentada por el concursado por la referencia a la lista definitiva de acreedores: la propuesta de convenio podía proceder, así pues, tanto del deudor como de los acreedores que superen la quinta parte del total pasivo. Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Socialista propuso trasladar el inciso primero del apartado 1 a un artículo independiente y suprimir las normas

La condición de concursado atribuye por sí sola legitimación para presentar propuesta de convenio. La condición de acreedor, por el contrario, no es suficiente: se requiere que el proponente o los proponentes del convenio sean titulares de un determinado porcentaje del total pasivo (es decir, del pasivo privilegiado, del pasivo ordinario o del pasivo subordinado). Este porcentaje - más de la quinta parte del pasivo - coincide con el porcentaje de adhesiones de acreedores legalmente exigido para que pueda ser admitida a trámite una propuesta anticipada de convenio (art. 106.1). Si la propuesta es anticipada, el proponente es exclusivamente el deudor. Los acreedores (ordinarios o privilegiados) que lo deseen pueden figurar como adheridos iniciales a esa propuesta, pero no pueden presentar propuesta de convenio. Si la propuesta no tiene ese carácter (es decir, si la propuesta no es anticipada), los acreedores que sean titulares de ese porcentaje pueden ser los autores de la propuesta. La participación de los acreedores en la génesis del convenio es, pues, distinta según el carácter de la propuesta (o, más exactamente, según la tramitación que corresponda a esa propuesta): si la propuesta es anticipada, la participación de los acreedores en la génesis del convenio tiene que realizarse, por exigencia legal, como adhesión inicial a la propuesta del deudor; y, si la propuesta no es anticipada, esa participación puede asumir la forma de una auténtica y real autoría de esa propuesta.

Si la propuesta no es anticipada, esta doble legitimación concurrente del concursado y de los acreedores existe cualquiera que sea el período legal de presentación de la propuesta. Es

proyectadas sobre la facultad de los acreedores para formular propuestas de convenio por considerar que esa facultad debía ser exclusiva del concursado (enmiendas 316 y 330); y el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió propuso la supresión del apartado 2 (enmienda 525). Ninguna de estas enmiendas prosperó. En el Senado, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrès reprodujo una de las enmiendas que el Congreso había presentado el Grupo Parlamentario Socialista (enmienda 92), igualmente sin éxito.

indiferente que la propuesta se formule en la fase común después de expirado el plazo para la presentación de la propuesta anticipada (art. 113.1) o que se formule en la segunda fase después de convocada la junta de acreedores: el momento procesal no condiciona la legitimación (art. 113.2). Una vez finalizado el período para que el deudor presente propuesta anticipada de convenio (art. 106.1) se inician dos períodos (no inmediatamente sucesivos: v. art. 113. 1 y 2) para que el concursado o los acreedores que sean titulares de créditos por, al menos, ese porcentaje, formulen propuesta de convenio a tramitar durante la segunda fase (o fase de convenio).

II. LA PRESENTACIÓN DE PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.

1. La legitimación exclusiva del deudor.

Como ya hemos señalado, para la presentación de una propuesta anticipada de convenio, la legitimación es exclusiva del deudor, sea persona natural, sea persona jurídica, nacional o extranjera (art. 104.1 en relación con art. 1.1)². Si el deudor fuera persona jurídica, la decisión sobre si presentar o no propuesta anticipada de convenio es competencia del órgano de administración o de liquidación (arg. *ex art.* 3.1 II). Ni siquiera el acreedor o acreedores que hubieran solicitado la declaración judicial de concurso tienen reconocida legitimación para presentar propuesta anticipada de convenio; y ello aunque cuenten con la aquiescencia o la conformidad del concursado. La Ley exige que la presentación de la propuesta anticipada de convenio se realice por el propio deudor. Es indiferente que el concurso haya sido o no declarado por el juez: el deudor puede presentar propuesta anticipada de convenio con la misma solicitud de declaración judicial de concurso voluntario (art. 104.1); y, declarado ya el concurso, es indiferente que haya sido declarado como concurso voluntario o como concurso necesario (art. 22). Es también indiferente que la declaración judicial de concurso haya o no alcanzado firmeza (art. 21.2); y que la tramitación del procedimiento sea la general o que el juez hubiera acordado aplicar un procedimiento especialmente simplificado o abreviado (art. 190)³.

² El apartado primero del artículo 104 procede el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 (art. 103), de donde pasó al Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno (art. 103), sin que haya sido objeto de modificación durante la tramitación parlamentaria. En el Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Socialista presentó enmienda (número 322) a fin de que la propuesta anticipada de convenio sólo pudiera presentarse una vez declarado el concurso de acreedores, fuera voluntario o necesario; pero la enmienda no prosperó.

³ Naturalmente, el administrador judicial de la herencia (en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente) también puede presentar propuesta anticipada de convenio desde la solicitud del concurso voluntario o desde la declaración del concurso necesario (art. 104.1 en relación con art. 1.2).

2. La adhesión del veinte por ciento del pasivo como condición objetiva de admisibilidad de la propuesta.

A diferencia de la propuesta de convenio a tramitar durante la segunda fase que el concursado puede presentar durante la segunda fase (art. 113), la propuesta anticipada de convenio debe ir acompañada de adhesiones de acreedores, ordinarios o privilegiados, cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1) 4, sea con la propia solicitud de concurso (art. 6.2-41), sea dentro de los diez días a contar desde la notificación al concursado del auto de declaración judicial de concurso (art. 21.1-31). La adhesión de la quinta parte del pasivo es, pues, condición objetiva de admisibilidad de la propuesta. Como los acreedores subordinados no tienen derecho de adhesión (art. 122.1-11), no puede presentar propuesta anticipada de convenio aquel deudor cuyo pasivo concursal esté integrado en más del ochenta por ciento por créditos de esta naturaleza. Es ésta una diferencia fundamental entre las dos clases de propuestas: la propuesta de tramitación ordinaria se presenta para que los acreedores se adhieran a ella, antes de la junta, y para que voten a favor de ella durante la junta; la propuesta de tramitación anticipada se presenta ya *parcialmente aceptada*. Para que pueda ser admitida a trámite, se requiere que, en el momento mismo de la presentación, haya sido aceptada por acreedores que representen un determinado porcentaje del pasivo. Esta especialidad de la propuesta anticipada de convenio constituye una contrapartida al carácter de beneficio con que la Ley configura la posibilidad de alcanzar un convenio durante la fase común. Sin esas adhesiones, la propuesta anticipada está

4 El artículo 106 carece de precedentes conocidos en los Anteproyectos de Ley anteriores al del año 2000 (en el que figuraba como art. 105). En realidad, constituye una refundición del apartado segundo del entonces artículo 103 y del artículo 104 redactados por la Subsección de Derecho concursal el 15 de junio de 1999 y debatidos en la sesión celebrada ese mismo día por la Sección especial para la reforma concursal de la Comisión General de Codificación. Ni la propuesta de convenio por adhesión del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, en la revisión de 11 de marzo de 1986, ni la propuesta de convenio de la Asuspensión de pagos⁴, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, tenían que ir acompañadas, ya inicialmente, de la adhesión de un determinado porcentaje del pasivo concursal.

condenada al más absoluto fracaso. La Ley prohíbe que el juez admita a trámite la propuesta anticipada de convenio si no va acompañada de adhesiones de acreedores que titulen créditos por cuantía superior a esa quinta parte del pasivo concursal (art. 106.3)⁵.

Las adhesiones que han de acompañar a la propuesta anticipada de convenio se determinan por la Ley conforme a un doble criterio: con arreglo a un criterio subjetivo, dichas adhesiones deben proceder de acreedores ordinarios o de acreedores privilegiados, y, con arreglo a un criterio objetivo, los créditos de los acreedores inicialmente adheridos deben superar la quinta parte del pasivo.

2.1. La delimitación subjetiva: acreedores ordinarios y acreedores privilegiados.

⁵ Por supuesto, las adhesiones de los acreedores deberán puras y simples, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno a la propuesta anticipada; y cada una de ellas deberá expresar la cuantía y la clase del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor que se adhiere.

Las adhesiones que pueden acompañar a una propuesta anticipada de convenio pueden proceder de acreedores ordinarios, de acreedores privilegiados o de acreedores pertenecientes a ambas clases. Sólo estas clases de acreedores concursales pueden haberse adherido a la propuesta. Los acreedores subordinados no sólo carecen de derecho de voto (art. 122.1-11), sino que también carecen de derecho de adhesión. Es indiferente, pues, que los acreedores adheridos sean titulares de créditos ordinarios o de créditos privilegiados⁶. Existirán propuestas anticipadas de convenio acompañadas de adhesiones únicamente procedentes de acreedores ordinarios; existirán propuestas anticipadas de convenio acompañadas de adhesiones que procedan únicamente de acreedores privilegiados; y existirán, en fin, propuestas anticipadas de convenio acompañadas de adhesiones tanto de acreedores ordinarios como de acreedores privilegiados⁷.

⁶ Si un acreedor fuera titular de varios créditos, unos ordinarios o privilegiados y otros subordinados, se debe entender que la adhesión se ha realizado única y exclusivamente por los ordinarios o por los privilegiados (art. 122.2); y si un acreedor fuera titular de créditos ordinarios y privilegiados, la adhesión se entiende prestada, única y exclusivamente, por los primeros, y sólo se entenderá prestada respecto de los privilegiados si así lo hubiera manifestado expresamente el titular de dichos créditos en el acto de adhesión (art. 122.3).

⁷ La Ley no exige que el deudor, al presentar la propuesta anticipada de convenio, clasifique los créditos adheridos. Del mismo modo que la relación de acreedores que debe acompañar a la solicitud de concurso voluntario (o que debe ser presentada por el deudor inmediatamente después de la declaración de concurso necesario) no tiene que contener clasificación alguna, sino tan sólo los datos exigidos por la Ley (art. 6.1-41), la propuesta anticipada de convenio no tiene que especificar la clase a que pertenece cada uno de los créditos adheridos. Será suficiente con que el deudor, al presentar la propuesta, manifieste que las adhesiones proceden de acreedores ordinarios o privilegiados, o, si prefiere una fórmula negativa, que las adhesiones no proceden de acreedores subordinados. Sin embargo, el juez puede conocer perfectamente la clase de cada uno de los créditos adheridos, ya que, al formular la adhesión, el acreedor está obligado a expresar la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular así como la clase a que pertenezca cada uno de ellos (art. 103.3). La posible discrepancia entre la eventual clasificación de los créditos adheridos que realice el deudor y la expresión de la clase del crédito realizada por cada acreedor es irrelevante para la admisión de la propuesta anticipada de convenio: para determinar la cuantía del pasivo adherido y para determinar el porcentaje de pasivo ordinario y de pasivo preferente o privilegiado adheridos, el juez debe atender única y exclusivamente al contenido de las adhesiones, y no a las manifestaciones que hubiera podido efectuar el deudor. Precisamente, como los

Ahora bien, para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio no tienen los mismos efectos las adhesiones de acreedores ordinarios y las adhesiones de acreedores preferentes o privilegiados. Para que tengan efecto las adhesiones prestadas por los acreedores privilegiados, se requiere, por pura lógica, que la propuesta anticipada de convenio les afecte de uno u otro modo. No tendría sentido, en efecto, que se admitiera a trámite una propuesta anticipada de convenio respecto de la cual la totalidad o parte del pasivo adherido no pudiera quedar afectado por dicho convenio en el caso de que fuera aprobado por el juez. Así, por ejemplo, una propuesta de convenio de quita del veinticinco por ciento del nominal de los créditos ordinarios sólo podrá tramitarse como propuesta anticipada si va acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, cualquiera que sea la composición de dicho pasivo. Por el contrario, una propuesta de convenio de quita del cincuenta por ciento del nominal de los créditos ordinarios y del veinticinco por ciento de los créditos preferentes o privilegiados podrá tramitarse como propuesta anticipada si va acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios, de acreedores privilegiados o de acreedores ordinarios y privilegiados que superen dicha quinta parte del pasivo. Una propuesta anticipada de convenio acompañada de adhesiones de acreedores ordinarios y de adhesiones de acreedores privilegiados cuyos créditos, incluidos en el cómputo dichos privilegiados, superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor no podrá ser admitida a trámite si el convenio propuesto no afecta, directa o indirectamente, a los acreedores privilegiados adheridos.

2.2. La delimitación objetiva: el porcentaje.

Los créditos adheridos deben superar la quinta parte del pasivo presentado por el deudor (art. 106.1). Con esta fórmula se refiere la Ley tanto al pasivo que resulte de la relación de acreedores que debe acompañar a la solicitud de concurso voluntario (art. 6.2-41), como al pasivo que resulte de esa misma

acreedores subordinados no tienen derecho de adhesión, no será posible que el deudor presente propuesta anticipada de convenio cuando más del ochenta por ciento del pasivo concursal corresponda a créditos de esa naturaleza.

relación que debe presentar igualmente el ya concursado en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de concurso necesario (art. 21.1-31). Cada uno de los adheridos deberá figurar en esa relación de acreedores⁸. Si el deudor no hubiera acompañado a la solicitud de concurso voluntario esa relación de acreedores, o si el concursado no cumplimenta oportunamente el requerimiento que, para tal aportación, debe contener el auto de declaración de concurso, perderá la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio. No se trata, pues, de cuantificar el porcentaje de las adhesiones por cualquier clase documento presentado por el deudor, sino de efectuar dicha cuantificación por la relación de acreedores que el deudor, por exigencia legal, esta obligado a aportar, bien con la

⁸ La referencia legal al "pasivo presentado por el deudor" permite solucionar el problema de que la superación de la quinta parte del pasivo se consiga como consecuencia de la condonación o de la capitalización de créditos. Así, por ejemplo, cuando el deudor presenta solicitud anticipada de convenio acompañada de la condonación o renuncia de algunos créditos por parte de determinados acreedores (privilegiados, ordinarios o, lo que será mas frecuente, subordinados) y acompañada también de adhesiones que superan la quinta parte del pasivo concursal deducido el importe de los créditos condonados. Cuando el deudor tenga dificultades para reunir adhesiones de créditos que superen ese porcentaje, es probable que intente superar esa barrera modificando a la baja la cifra del pasivo concursal, bien mediante la condonación de créditos por parte de uno o varios acreedores, bien mediante la conversión de esos créditos en capital, previo acuerdo de aumento del capital social con las formalidades exigidas por la legislación. Pero la condonación total o parcial de créditos por parte de algunos acreedores realizada después de la declaración judicial de concurso, o la conversión de créditos en capital con posterioridad a esa declaración, no inciden en un sentido o en otro sobre la exigencia de que la propuesta anticipada de convenio vaya acompañada de créditos que superen la quinta parte del "pasivo presentado por el deudor", cualquiera que sea el pasivo existente en el momento de la presentación de dicha propuesta. Sin duda alguna, el recurso a la condonación o a la capitalización de créditos puede constituir un expediente interesante a otros efectos, pero resulta irrelevante para conseguir la admisión a trámite de dicha propuesta. Cuestión distinta es que la condonación o la capitalización hubiera tenido lugar antes de la declaración judicial de concurso (aunque sea posterior a esa declaración la inscripción del correspondiente acuerdo de aumento del capital social). Si la condonación o la capitalización es anterior, el pasivo presentado por el deudor deberá reflejar lógicamente la existencia de esa condonación o de esa capitalización; y el juez, para el cómputo del porcentaje de esas adhesiones iniciales, no podrá tomar en consideración créditos que, por virtud de la condonación ya se hubieran extinguido o que, por virtud de la capitalización, hubieran dejado de formar parte del pasivo exigible.

solicitud, en el caso de concurso voluntario, bien inmediatamente después de la declaración judicial de concurso necesario. Por excepción, cuando la falta de aportación de la relación de acreedores obedeciera a justa causa (por ejemplo, la destrucción de parte de la documentación en una inundación), será suficiente que se aporte cualquier otro documento que permita efectuar el cómputo del porcentaje⁹.

No resuelve la Ley qué sucede si la lista de acreedores definitiva (art. 96.4) pone de manifiesto que, aunque la propuesta anticipada de convenio ha reunido suficientes adhesiones para la aprobación, se presentó acompañada de adhesiones de acreedores cuyos créditos no superaban la quinta parte del pasivo concursal, aunque superasen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, o que la superaban como consecuencia de adhesiones de titulares de créditos posteriormente calificados como subordinados. Si se defendiera una solución negativa - es decir, una solución que privase de relevancia por completo a la modificación del pasivo concursal realizado por los administradores concursales o por el juez - se estaría favoreciendo la presentación de listas de acreedores inexactas o, incluso, gravemente falsas. Si se defendiera la solución positiva - esto es, una solución favorable a dejar sin efecto el auto de admisión a trámite de la solicitud -, esa solución tendría como principal dificultad encontrar un fundamento normativo suficiente. No deja de ser significativo, en efecto, que la Ley haya previsto que la propuesta anticipada quede sin efecto en el supuesto de que, una vez admitida a trámite, el concursado incurriera en alguna causa de prohibición o se comprobase que ya había incurrido en alguna de ellas en el momento de presentar dicha propuesta (art.

⁹ Es indiferente el número de acreedores adheridos a la propuesta. En unos casos, las adhesiones serán muchas; pero en otros será suficiente con la adhesión de uno o de pocos acreedores. Una propuesta anticipada de convenio puede ser admitida a trámite si va acompañada de la adhesión de un único acreedor, ordinario o privilegiado. Lo único relevante es que el crédito o los créditos del adherido superen el porcentaje del pasivo establecido por la Ley.

105.2), y que una previsión semejante no se contenga respecto de las modificaciones del pasivo concursal que pudieran incidir sobre el porcentaje exigido de estas adhesiones originarias. Sin duda alguna, habrá quien defienda una aplicación analógica de la norma relativa a las prohibiciones; pero no parece que el silencio legal respecto de las modificaciones del pasivo haya sido involuntario. Por esta razón, y aunque la cuestión sea dudosa, es preferible distinguir entre los casos de simple error, aunque sea grave, y los casos de dolo (que no se presumen). En los casos de error acerca de la existencia o del carácter de subordinados de algunos créditos de que sean titulares los acreedores adheridos, la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio no quedará sin efecto aunque con posterioridad se modifique la cuantía o la composición de ese pasivo. En estos casos de error, la sanción de la conducta del deudor vendrá por la vía de la calificación del concurso de acreedores (siempre, naturalmente, que proceda a la formación de la sección 60: art. 163.1): el concurso se calificará como culpable como consecuencia de esa *Agrave inexactitud* en la lista de acreedores (art. 164.2-21). En los casos de dolo, por el contrario, procede defender la solución contraria: los administradores concursales o, incluso, cualquier acreedor está legitimado para plantear el correspondiente incidente en el que se declare la existencia de ese dolo y, por consiguiente, se deje sin efecto la admisión a trámite de la propuesta de convenio, aunque ya hubiera sido aceptada por los acreedores.

3. El plazo de presentación.

Además de establecer el derecho del deudor a presentar propuesta anticipada de convenio, el primer artículo de la Sección 30 del Título V determina los términos, inicial y final, dentro de los cuales es posible esa presentación.

3.1. El término inicial.

El deudor puede presentar propuesta anticipada de convenio desde la solicitud de concurso voluntario (art. 104.1). La propuesta puede incluirse en la propia solicitud o presentarse con posterioridad a ella antes de la declaración judicial de concurso (arg. ex art. 102), como, por ejemplo, en el plazo concedido para

complementar la acreditación de la insolvencia alegada (art. 14.2). Ciertamente, no será frecuente que, con la propia solicitud de declaración del concurso, el deudor presente propuesta anticipada de convenio. Como es sabido, para que pueda ser admitida a trámite, la propuesta debe ir acompañada de adhesiones de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo (art. 106.1); y ello significa que, antes de la declaración judicial, el deudor debe explicar a los acreedores o, al menos, a algunos de ellos, que se encuentra en estado de insolvencia o que ese estado es inminente; debe negociar la propuesta anticipada de convenio; y debe solicitar adhesiones a esa propuesta. Con frecuencia, no será prudente confesar que ya no puede cumplir regularmente las obligaciones exigibles o que prevé que en fecha próxima no podrá cumplirlas, ya que el conocimiento del estado de insolvencia por parte del mercado puede traer consecuencias muy negativas e, incluso, algunos acreedores, en lugar de adherirse a la propuesta anticipada de convenio, pueden iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, antes de que el deudor presente la solicitud 10.

En todo caso, la Ley no exige que la solicitud de concurso voluntario que incluya la propuesta anticipada de convenio sea la primera de las presentadas. Es perfectamente posible que el deudor inste la declaración judicial del propio concurso con posterioridad a la solicitud que hubiera presentado cualquier otro legitimado, bien por desconocer la existencia de esa solicitud anterior (art. 18.1, segundo inciso), bien por formular oposición a esa otra solicitud (v. gr.: por considerar que el solicitante carece de legitimación activa o que no existe insolvencia actual), acompañando a esa oposición la solicitud de declaración judicial del propio concurso (fundada en la existencia de un estado de insolvencia, actual o inminente: v. art. 18.1 primer inciso, en relación con art. 2.3); y que esa solicitud de concurso voluntario se acumule a la primeramente repartida (art. 15.2). En todos estos casos, cualquiera que sea esa primera solicitud y cualquiera que sea el carácter con el que se declare el concurso (voluntario o necesario),

10 Ciertamente, en algunas ocasiones, la propuesta anticipada será el instrumento técnico elegido para convertir convenios extraconcursoales (o precursoales) en convenios concursoales. Pero, los problemas a los que se alude en el texto existen en todos aquellos casos en los que se negocia con los acreedores antes de la declaración judicial de concurso.

el juez debe resolver sobre la propuesta anticipada de convenio en el mismo auto de declaración (art. 106.2 I). Por el contrario, no puede presentar propuesta anticipada de convenio el deudor que no solicite la declaración del propio concurso, aunque comparezca en autos, por ejemplo, para formular oposición (art. 15.1 en relación con 18.1) o para plantear cuestión de competencia territorial por declinatoria (art. 12.1).

Pero el deudor puede presentar también propuesta anticipada de convenio desde la declaración de concurso necesario (art. 104.1), cualquiera que sea el legitimado que hubiera solicitado esa declaración (v. art. 3). La presentación de la propuesta una vez declarado el concurso evita los problemas, antes señalados, que pueden plantearse cuando se intenta conseguir las adhesiones antes de presentar la solicitud de declaración judicial del propio concurso. El concursado puede presentar propuesta anticipada de convenio aunque la declaración judicial de concurso no sea firme, ya que el auto produce de inmediato los efectos propios de esa declaración (art. 21.2). Como la interposición por el concursado de recurso de apelación contra el auto de declaración de concurso necesario no tiene efecto suspensivo (salvo que, excepcionalmente, el juez acuerde lo contrario: v. art. 20.2), puede suceder que interese al apelante presentar propuesta anticipada de convenio (que puede ser una buena solución del concurso para el caso de que el recurso sea desestimado): la presentación de propuesta anticipada de convenio no puede considerarse como renuncia implícita al recurso interpuesto.

Ahora bien, si el concursado presenta propuesta anticipada de convenio antes de cumplimentar el requerimiento judicial de presentar los documentos enumerados por la Ley (memoria, inventario y relación de acreedores, así como los demás que, según la condición o las circunstancias del deudor, igualmente debe presentar: art. 21.1-31 en relación con art. 6), el juez no puede resolver sobre la admisión a trámite de la propuesta hasta que conste en autos, al menos, la relación de acreedores, para poder comprobar que las adhesiones que acompañan a dicha propuesta superan la quinta parte del pasivo presentado por el deudor. Si transcurren diez días desde la notificación del auto de declaración del concurso de acreedores sin que el concursado presente ese

documento, el juez deberá rechazar la admisión a trámite de la propuesta (art. 106.3 en relación con art. 105.1-61).

3.2. El término final.

La presentación de propuesta anticipada de convenio puede tener lugar hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos@ (art. 104.1) o, lo que es lo mismo, hasta que transcurra un mes a contar desde la última de las publicaciones obligatorias de la declaración de concurso (art. 21.1-51 en relación con art. 23.1 II). La Ley exige que la presentación tenga lugar antes de la expiración del plazo establecido para la comunicación de los créditos; y no que la admisión a trámite de la solicitud tenga que producirse antes de que finalice dicho plazo. Es perfectamente posible que el concursado presente propuesta anticipada de convenio inmediatamente antes de que finalice el plazo legal para la comunicación y que el juez admita a trámite la propuesta cuando ya ha finalizado ese plazo. Pero es aconsejable que el concursado que pretenda conseguir adhesiones suficientes durante la fase común no retrase la presentación de la solicitud, sino que la presente nada más obtenidas adhesiones por importe superior a la quinta parte del pasivo (v. art. 106.1). Como los acreedores pueden adherirse desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores A (art. 108.1), es importante que esa admisión a trámite se produzca cuanto antes: el juez tiene un plazo de tres días para resolver si admite o no a trámite la propuesta anticipada de convenio (art. 106.2 II); y, si apreciara algún defecto, el concursado dispone de otros tres días para subsanación (art. 106.2 III).

III. LA PRESENTACIÓN EN LA FASE COMÚN DE PROPUESTA NO ANTICIPADA DE CONVENIO.

1. El primer período de presentación.

El deudor, desde la solicitud de concurso voluntario, o el ya declarado en concurso necesario puede presentar ante el juez del concurso propuesta anticipada de convenio acompañada de adhesión o de adhesiones de acreedor o de acreedores ordinarios o privilegiados cuyos créditos superen la quinta parte del total

pasivo (arts. 104.1 y 106.1). Esta posibilidad finaliza con la expiración del plazo de comunicación de créditos, que constituye el término final para la presentación de propuesta anticipada, es decir, para la presentación de una propuesta de convenio a tramitar durante la primera fase del concurso de acreedores o fase común (arts. 104.1, 108.1 y 109). A partir de ese momento, se inicia un período para que el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada de convenio y los acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo puedan presentar propuesta que, una vez admitida a trámite, será sometida a la aceptación de los acreedores durante la segunda fase del concurso o fase de convenio propiamente dicha. El *primer período* de presentación de la propuesta de convenio a tramitar durante esa segunda fase se inicia, pues, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos. Este primer período para presentar propuesta de convenio a tramitar durante la segunda fase es un período que se inicia y que transcurre durante la primera fase o fase común. El *termino inicial* coincide con la fecha de finalización del plazo de comunicación de créditos (art. 113.1) esto es, una vez que haya transcurrido el plazo de un mes a contar desde la última de las publicaciones acordadas en el auto de declaración de concurso dentro de las que, con carácter obligatorio, establece la Ley (art. 21.1-51 en relación con art. 23.1 y 85.1). Antes de ese momento procesal, el único legitimado para formular propuesta de convenio es el deudor común y, además, esa propuesta tiene que formularse con el carácter de anticipada, acompañando las adhesiones de acreedores legalmente exigidas (art. 106.1). El día en que finaliza el plazo para la comunicación de los créditos concursales es la *frontera temporal* entre la propuesta anticipada y la propuesta no anticipada de convenio: antes de ese día sólo cabe presentar propuesta anticipada, y a partir de ese día el régimen de la propuesta es el ordinario. Desde ese concreto momento procesal, la legitimación para presentar propuesta de convenio es compartida entre el concursado (sin adhesión inicial de acreedores) y los titulares de créditos concursales que superen el expresado porcentaje. Mientras que el término inicial es fijo, el *término final* es variable, ya que está en función de que existan o no impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores: cualquiera de los legitimados puede formular propuesta de convenio bien hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado

impugnaciones (art. 113.1, inciso primero, en relación con art. 96.1), bien, de haberse presentado, hasta la fecha en que se ponga de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos (art. 113.1, inciso primero, en relación con art. 96.4)¹¹.

2. La doble legitimación.

En este primer período, la Ley Concursal reconoce una doble legitimación no excluyente. La propuesta de convenio puede proceder del concursado o de acreedor o acreedores cuyos

¹¹ Según el engañoso tenor literal de la norma legal, si se hubiera impugnado la lista de acreedores o, aunque no se hubiera impugnado dicha lista, si se hubiera impugnado el inventario, el término final se desplaza desde la fecha en que hubiera finalizado el plazo de impugnación hasta la fecha en la que, presentados al juez del concurso los textos definitivos de la lista de acreedores o del inventario, se pongan estos de manifiesto en la secretaría del juzgado, incluso aunque ninguna de las impugnaciones hubiera prosperado. A pesar de que la estimación de la impugnación del inventario no afecta al pasivo y, por consiguiente, no obliga a modificar la lista de acreedores (salvo en el caso de que se excluya del inventario un bien o un derecho sobre el que un acreedor concursal tuviera un privilegio especial) y a pesar de que la desestimación de las impugnaciones de la lista de acreedores o de ese inventario no modifican el contenido de esos documentos, la Ley parece prorrogar el término final por el simple hecho de que se hubieran presentado impugnaciones, con total y absoluta independencia del contenido de esas impugnaciones y con total y absoluta independencia de la suerte de las mismas. El problema es que si se desestiman todas las impugnaciones, los administradores concursales no tienen que proceder a modificar el inventario y la lista de acreedores y, precisamente por ello, tampoco tienen que presentar al juez del concurso los textos definitivos de esos documentos, sino que los presentados en su día se convierten en definitivos (arts. 75.2-11 y 21 y 94.1). De ahí que, para la determinación del término final, no sea posible atender al hecho de que se hayan o no presentado impugnaciones, sino al hecho de que hayan prosperado o no las presentadas. Si no se hubieran presentado impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores o si, a pesar de haberlas presentado, todas ellas hubieran sido desestimadas, el término final coincidirá con la fecha en que hubiera finalizado el plazo de impugnación. Si se hubieran presentado impugnaciones y, además, alguna de ellas hubiera prosperado, entonces el término final coincidirá con la fecha en que se ponga de manifiesto en la secretaría del juzgado el texto definitivo del inventario y de la lista de acreedores o, al menos, el texto definitivo de alguno de esos dos documentos. Una vez finalizado este primer período sin que se hubiera presentado propuesta alguna de convenio, los legitimados para presentarla deben esperar a la convocatoria de la junta de acreedores para que renazca ese derecho, en el caso de que concurran los presupuestos para ello (art. 113.2).

créditos superen la quinta parte del total pasivo. El hecho de que el concursado presente propuesta de convenio no es obstáculo para que los acreedores que superen ese porcentaje puedan hacerlo, y viceversa. La prioridad en el momento de la presentación no tiene efecto excluyente de la legitimación ajena: la admisión a trámite de una propuesta de convenio, proceda del deudor o de esos acreedores, no impide la admisión a trámite de otra propuesta procedente de legitimado distinto de aquel que hubiera presentado la primera. Durante este primer período pueden presentarse hasta un máximo de cinco propuestas: una por el deudor y cuatro por acreedor o acreedores que respectivamente superen esa quinta parte del total pasivo.

2.1. La legitimación del concursado.

2.1.1. La legitimación.- Para presentar propuesta (no anticipada) de convenio durante ese primer período está legitimado el concursado (persona natural o jurídica o herencia declarada en concurso: art. 113.1, inciso primero, en relación con art. 1.1 y 2). Si el concursado fuera menor de edad o estuviera sujeto a tutela, la propuesta de convenio se presentará por el titular o titulares de la patria potestad (arts. 154 II-21 y 162 CC) o por el tutor previa autorización judicial (arg. ex arts. 267 y 271-31 CC). Si el concursado fuera persona jurídica, la competencia para acordar la presentación de una propuesta de convenio corresponde al órgano de administración o de liquidación, sin que sea necesario previo acuerdo o ratificación posterior de la junta o asamblea de socios o de asociados o, en el caso de las fundaciones, del protectorado (arg. ex art. 3.1 II). El hecho de que una sociedad se encuentre en período de liquidación, no impide que los liquidadores presenten propuesta de convenio (que, por ejemplo, puede incluir la asunción por un tercero de la continuidad de una determinada unidad productiva con pago parcial a los acreedores (v. art. 100.2 II), sin necesidad de que la junta o asamblea de socios acuerde previamente la reactivación de la sociedad. En caso de concurso de una herencia, la legitimación para presentar propuesta de convenio corresponde al administrador de la herencia, y no a los herederos del deudor fallecido.

Es indiferente la clase del concurso: sea concurso voluntario, sea concurso necesario (art. 22), el deudor común declarado en

concurso puede presentar propuesta de convenio desde que hubiera finalizado el plazo de comunicación de créditos y antes de que esos créditos queden definitivamente determinados en el concurso. Es indiferente la conducta del deudor, de los administradores de la persona jurídica deudora o del fallecido antes de la declaración judicial de concurso: incluso en los casos en los que esa conducta sea de tal gravedad que resulte previsible la calificación del concurso como culpable (arts. 163.2, 164 y 165 en relación con art. 167.1), el concursado puede formular propuesta de convenio, sin que la posterior calificación afecte a la eficacia del convenio judicialmente aprobado. Es indiferente que el concursado conserve las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa (art. 40.1 y 3) o que se encuentre suspendido el ejercicio por el deudor de esas facultades de administración y de disposición (art. 40.2 y 3). Es indiferente la conducta del concursado o de los administradores de la persona jurídica declarada en concurso después de la declaración judicial de apertura del procedimiento concursal: aunque el deudor persona natural o los administradores del deudor persona jurídica hubieran infringido el deber de colaboración con los órganos del concurso de acreedores o el deber de información al juez del concurso y a los administradores concursales (art. 42), el concursado puede formular propuesta de convenio. Ese derecho tan sólo se niega a aquel que hubiera presentado propuesta anticipada de convenio o que tuviera solicitada la liquidación. Es indiferente, en fin, la clase de convenio que sea objeto de la propuesta: entre aquellas propuesta de convenio legalmente admisibles (art. 100), el concursado puede formular la que considere más oportuna¹².

¹² En caso de concursos que hubieran sido declarados a solicitud conjunta de varios deudores o a solicitud conjunta de uno o varios acreedores (art. 3.5) y en caso de concursos acumulados (art. 25), el concursado puede proceder a formular propuesta de convenio aunque no la formule aquel otro concursado declarado conjuntamente en concurso de acreedores o aunque no la formule aquel otro deudor cuyo concurso se tramitara acumulado.

2.1.2. Los presupuestos negativos.- No puede presentar propuesta de convenio el concursado que ~~hubiere presentado~~ propuesta anticipada, ni tampoco puede hacerlo el concursado que ~~atuviere solicitada~~ la liquidación (art. 113.1, inciso primero).

En relación con este primer presupuesto negativo, aunque el texto legal parece negar la legitimación del concursado por el mero hecho de la presentación de la propuesta anticipada de convenio, esa falta de legitimación tan sólo existe si dicha propuesta hubiera sido admitida a trámite y si, además, todavía se encuentra en tramitación transcurrido el plazo de comunicación de los créditos. Es absurdo interpretar la norma legal como una ~~asunción~~ al concursado que hubiera presentado propuesta anticipada de convenio posteriormente fracasada. La pérdida de legitimación para formular propuesta de convenio no es consecuencia del hecho de haber presentado antes una propuesta anticipada de convenio, sino del hecho de que esa propuesta de convenio se encuentre en tramitación en el período que media entre la fecha de finalización del plazo de comunicación de créditos y la fecha de finalización del plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores, si no se hubiesen presentado impugnaciones o, si se hubiesen presentado, la fecha en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de esos documentos. Frente a una interpretación literal debe prevalecer la interpretación lógica de la norma legal. En este sentido, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos, puede presentar propuesta de convenio el concursado que en su día hubiera presentado propuesta anticipada de convenio que no hubiera sido admitida a trámite (art. 106.3) por no ir acompañada de adhesiones de acreedores que alcancen la proporción del pasivo legalmente exigida (art. 106.1), por apreciar el juez infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio (arts. 100 y 104.2) o por estar incurso el deudor en alguna prohibición (art. 105); y, a partir de la indicada fecha, también puede presentar propuesta de convenio el concursado cuya propuesta anticipada de convenio, aunque admitida a trámite, hubiera sido dejada sin efecto por el juez tras un informe desfavorable de los administradores judiciales o tras un informe con reservas (art. 107.2).

En relación con el segundo presupuesto negativo, la falta de legitimación deriva no del hecho de haber presentado solicitud de liquidación, sino de tener solicitada esa liquidación. Aquel concursado que, habiendo solicitado la apertura de la fase de liquidación, bien con la propia solicitud de concurso voluntario (art. 142.1-11) acompañada del plan de liquidación (art. 6.4), bien con posterioridad sin necesidad de acompañar ese plan (art. 142.1-21), hubiera desistido de esta solicitud de liquidación antes de presentar la propuesta de convenio se encuentra plenamente legitimado para formular esa propuesta de convenio. E, incluso, debe reconocerse también legitimación al concursado que, habiendo solicitado la apertura de la fase de liquidación, desista de esta solicitud simultáneamente a la presentación de la propuesta de convenio. Si el concursado hubiese solicitado la liquidación y no hubiera desistido de esa solicitud, el juez debe rechazar la admisión a trámite (art. 104.1, inciso tercero).

2.2. La legitimación de los acreedores.

Para presentar propuesta (no anticipada) de convenio en este primer periodo están también legitimados Alos acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores@ (art. 113.1, inciso segundo). La legitimación de los acreedores para presentar propuesta de convenio no coincide, pues, con la legitimación para solicitar la declaración de concurso necesario: es más restringida porque no todo acreedor legítimo puede formular propuesta de convenio, ni siquiera aunque haya sido el acreedor que hubiera instado la declaración judicial de concurso (art. 3.1); y porque, en caso de concurso de una persona jurídica, no están legitimados para formular esa propuesta de convenio los socios, miembros o integrantes de esa persona que, conforme a la legislación vigente, sean personalmente responsables de las deudas de aquella, ni siquiera aunque hubieran sido quienes hubieran solicitado la declaración judicial de concurso (art. 3.3). La Ley exige que el acreedor proponente o los acreedores proponentes sean titulares de un determinado porcentaje del total pasivo. La legitimación no es consecuencia de la simple condición de acreedor, sino de la titularidad de ese porcentaje (Alegitimación por porcentaje de pasivo@).

Para determinar si el autor o los autores de la propuesta superan ese porcentaje del veinte por ciento del total pasivo, es necesario partir de ese total pasivo, es decir, de la suma de todos y cada uno de los créditos que figuren como incluidos en la Alista definitiva@ de acreedores, que será bien la que hubiera acompañado al informe de los administradores concursales (art. 94.1), bien la lista modificada por dichos administradores a la vista de las sentencias resolutorias de las impugnaciones que eventualmente se hubieran presentado (art. 96.2, inciso segundo). Por supuesto, todos los créditos que figuren en esa lista deben constar en el concurso (y, por esta razón, la referencia que contiene el texto legal a la necesidad de esa constancia es completamente superflua), o, si se prefiere, tienen que haber sido reconocidos como Acréditos concursales@. Es indiferente que ese reconocimiento haya tenido lugar previa comunicación por los interesados de la existencia de los créditos respectivos (arts. 21.1-51 y 85.1) o que, en los casos taxativos establecidos por la Ley, esos créditos se hayan incluido en la lista sin previa comunicación (art. 86.2). Lo esencial es que se trate de créditos incluidos en esa lista definitiva. El total pasivo podrá coincidir o no con el que resulte de la relación de acreedores presentada por el deudor con la solicitud de concurso (art. 6.2-41) o en cumplimiento del requerimiento contenido en el auto de declaración (art. 21.1-31); pero, en todo caso, es la lista definitiva el único documento a tomar en consideración para el cálculo de si el acreedor o los acreedores autores de la propuesta de convenio ostentan el porcentaje indicado.

En muchos casos, en el momento de la presentación de la propuesta de convenio, la lista de acreedores que conste en autos todavía no tendrá carácter definitivo. Como ya se ha señalado, el primer período de presentación de la propuesta no anticipada de convenio se inicia una vez finalizado el plazo de comunicación de créditos y termina el mismo día que finaliza el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, si no hay impugnaciones, o el mismo día en que se pongan de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de esos documentos, si las hubiera o, más exactamente, si alguna de ellas hubiera sido estimada (art. 113.1, inciso primero). Cuando la propuesta de convenio se presente antes de la presentación del informe por la administración concursal, al que acompaña como documento necesario la lista

de acreedores (arts. 75.2-21 y 94.1), la única lista que constará en autos será la que en su día hubiera presentado el propio deudor (arts. 6.2-41 y 21.1-31). Cuando la propuesta de convenio se presente después de que hubiera tenido lugar la presentación de ese informe de la administración concursal, constará ya en autos esa lista de acreedores, pero, si se impugnara y se estimara la impugnación, no será la lista definitiva. Cualquiera que sea el supuesto, la Ley establece que el porcentaje del total pasivo debe calcularse por la lista definitiva, y no por cualquier otro documento anterior. El juez del concurso no podrá admitir a trámite la propuesta presentada por uno o varios acreedores en tanto no exista esa lista definitiva en base a la cual calcular si el autor o los autores de la propuesta superan el porcentaje del veinte por ciento del total pasivo.

El número de acreedores concursales que superen la quinta parte del total pasivo es irrelevante. La Ley se limita a exigir un porcentaje del pasivo, y no establece un porcentaje concurrente de acreedores. En ocasiones, la propuesta será de autoría plural (propuesta conjunta) y, en otras, de autoría única (propuesta individual). Un único acreedor concursal cuyos créditos superen esa quinta parte del total pasivo está legitimado para presentar propuesta de convenio.

La legitimación por la titularidad de ese porcentaje del pasivo plantea dos delicadas cuestiones interpretativas que no es fácil solucionar: la primera la de si los acreedores sin derecho de adhesión ni de voto pueden formular propuesta de convenio o participar con otros acreedores en la formulación de dicha propuesta; y la segunda si el proponente puede ser titular de un crédito no afectado por el convenio al que la propuesta se refiere o si entre los proponentes puede figurar uno o varios titulares de créditos no afectados por dicho convenio.

La primera cuestión tiene como objeto determinar si, para la determinación de ese porcentaje del pasivo, deben computarse los créditos subordinados (art. 122.1-11), los créditos adquiridos por actos entre vivos después de la declaración del concurso (salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa: art. 122.1-21) y los créditos contingentes (art. 87.3). Estos créditos carecen del derecho

de aceptar la propuesta de convenio, sea por medio de adhesión, sea por medio de voto, y es lógico plantearse la duda acerca de si tienen o no derecho de ofertar el convenio. El principal argumento a favor del cómputo de estos créditos para el cálculo del porcentaje legalmente establecido se encuentra en el propio silencio de la norma: como, al tratar de la propuesta de convenio, la Ley no distingue entre las distintas clases de créditos, habría que concluir - se argumenta - que el acreedor o los acreedores autores de la propuesta pueden ser titulares de créditos sin derecho de adhesión ni de voto. Aunque los titulares de esos créditos no pueden aceptar la propuesta de convenio presentada por el deudor o por otros acreedores, si pueden presentar como autores o como coautores, una propuesta propia de convenio. Sin embargo, frente a este argumento de indudable valor existen otros que inclinan la solución en sentido negativo: en primer lugar, y fundamentalmente, no tiene sentido permitir que puedan formular propuesta de convenio acreedores que, si no fueran los autores de la propuesta, en ningún caso podrían aceptarla; y, en segundo lugar, en el sistema legal español, los créditos de los acreedores firmantes de las propuestas de convenio se computan *ex lege* como votos favorables (art. 121.4 II), salvo que los titulares de esos créditos asistan a la junta de acreedores, y lógicamente no pueden computarse como votos favorables los correspondientes a los créditos que carecen de derecho de voto. Se podría alegar que ese cómputo de la firma de la propuesta como voto favorable tiene como presupuesto el que el autor o los autores de la propuesta fueran acreedores con derecho de adhesión o de voto; pero también podría alegarse en sentido contrario que, al tratar de los efectos de la firma de la propuesta, la Ley no establece distinción alguna entre los acreedores, de modo tal que cualquier firmante, por el hecho de serlo, pasa automáticamente a ser considerado como aceptante de la propuesta para el cálculo de las mayorías necesarias. Por estas consideraciones - y aunque la solución diste mucho de ser clara - parece preferible defender la que hemos denominado solución negativa, según la cual sólo tienen derecho de propuesta de convenio los acreedores que tengan derecho para aceptar la propuesta presentada por el concursado o por otros acreedores. Entre los acreedores que pueden presentar propuesta de convenio deben incluirse aquellos (ordinarios o privilegiados) que hubieran adquirido el crédito entre vivos y a título singular dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, cuando dicho crédito ya estaba vencido. Estos

acreedores no están legitimados para solicitar la declaración de concurso (art. 3.2) pero tienen derecho de adhesión y de voto (v. art. 122.1-21) y, por consiguiente, tienen también derecho de formular propuesta o de participar en la formulación de la propuesta de convenio.

La segunda cuestión - la de si entre los créditos que conformen el porcentaje legal pueden figurar créditos no afectados por el convenio - merece igualmente una solución negativa. Del mismo modo que, por razones lógicas, no tienen derecho de adhesión ni derecho de voto aquellos acreedores privilegiados que, bien por la redacción de la propuesta, bien por el contenido de la misma, no puedan quedar afectados por el convenio, en el caso de que fuera aprobado por el juez, tampoco tienen derecho de propuesta aquellos acreedores privilegiados que no puedan quedar afectados por el convenio que proponen. Así, por ejemplo, uno o varios acreedores con preferencia general, cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo no pueden presentar propuesta de convenio de quita del veinticinco por ciento del nominal "de los créditos ordinarios"; pero si pueden presentarla si esa quita se refiere al veinticinco por ciento del nominal "de los créditos concursales". En cuanto firmantes de esta propuesta, los acreedores proponentes quedarían vinculados por el convenio, en el caso de que fuera aprobado por el juez, ya que la quita no tendría el pasivo ordinario como ámbito objetivo exclusivo, de modo tal que los titulares de créditos privilegiados que hubieran sido autores o coautores de la propuesta de convenio experimentarían una reducción del veinticinco por ciento del nominal de cada uno de los créditos privilegiados de que fueran titulares al igual que los titulares de créditos ordinarios¹³.

¹³ En todo caso, los acreedores ordinarios firmantes de la propuesta se tienen por presentes a efectos del *quorum* de constitución de la junta, salvo que concurran a dicha junta bien personalmente, bien por medio de representante (art. 118.3); y los créditos de los que sean titulares los acreedores ordinarios o privilegiados firmantes de la propuesta se computan como votos favorables a la misma, salvo que concurran a dicha junta en cualquiera de los dos modos antes indicados (art. 121.4 II). Por esta razón, son de aplicación a las propuestas de convenio formuladas por los acreedores las normas legales sobre valor del voto y, entre ellas, y muy singularmente, aquella según la cual el voto de un acreedor que simultáneamente sea titular de créditos ordinarios y privilegiados, se considera que ha sido emitido únicamente en relación a los primeros, y sólo afecta a los privilegiados y así se hubiera manifestado expresamente por el acreedor al adherirse o en el acto de votación (art. 123.3). La aplicación de esta

norma se traduce en que la propuesta de uno o varios acreedores que sean simultáneamente titulares de créditos pertenecientes a esas dos clases se considera que ha sido realizada únicamente en relación a los créditos ordinarios: para que la propuesta se considere realizada también respecto de los privilegiados, se requiere también que el acreedor proponente así lo hubiera manifestado expresamente al formularla.

Los acreedores que sean titulares de créditos por importe superior a una quinta parte del total pasivo pueden presentar propuesta de convenio sin necesidad de consentimiento previo del concursado y sin necesidad de que éste, una vez presentada la propuesta, la acepte o preste su conformidad a ella. La admisión a trámite de la propuesta o de las propuestas de convenios presentadas por los acreedores tiene lugar sin intervención alguna del concursado. No obstante, es aconsejable que el concursado preste ese consentimiento o esa conformidad cuanto antes. De lo contrario, puede darse el caso de que, admitida a trámite esa propuesta, emitido el correspondiente informe por los administradores concursales y obtenidas las mayorías necesarias de pasivo para la aceptación de la propuesta, el concursado se oponga a la aprobación del convenio (por cualquiera de las causas establecidas en el art. 128.1 I) o solicite la apertura de la fase de liquidación (art. 128.3). Esta facultad no la tiene lógicamente el concursado que hubiera prestado conformidad a la propuesta formulada por los acreedores¹⁴. La conformidad del deudor, una vez que se haya prestado, es irrevocable.

La propuesta de convenio que presenten los acreedores puede ser la única propuesta o concurrir con otras. La prioridad en la presentación de la propuesta tan sólo produce prioridad en la admisión a trámite, si cumple las condiciones de forma, contenido y tiempo establecidas en la Ley (art. 114.1), pero no impide que las posteriores sean igualmente admitidas a trámite si cumplen esas

¹⁴ El concursado que no hubiere prestado conformidad a la propuesta de convenio formulada por los acreedores puede oponerse a la aprobación judicial de dicho convenio (por las causas establecidas en el artículo 128.1) o solicitar la apertura de la liquidación (art. 128.3). Mientras que la oposición se tiene que fundamentar en causas legalmente tasadas, la solicitud de apertura de la liquidación es enteramente libre. Si el deudor no se opone y si tampoco solicita la apertura de la liquidación, quedará vinculada por el convenio una vez aprobado por el juez. Como consecuencia de ello, puede distinguirse entre la aceptación expresa de la propuesta de convenio por el deudor y la aceptación tácita, sea por falta de oposición, sea por falta de solicitud de apertura de la liquidación. Naturalmente, la oposición a la aprobación judicial del convenio sólo tiene sentido si se alegase por el concursado oposición infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, ya que, en esos casos, el juez, si estimara la oposición, debe proceder a convocar una nueva junta. Si el fundamento de la oposición fuera otro, lo más razonable es que el concursado solicite directamente la apertura de la liquidación, evitando así la tramitación judicial de esa oposición y el carácter incierto que pudiera tener el resultado.

condiciones. En el sistema legal español pueden coexistir propuestas de convenio diferentes sometidas a la simultánea aceptación de los acreedores concursales; e, incluso, no existe impedimento alguno para que un acreedor se adhiera a dos o más propuestas.

Los acreedores no pueden presentar propuesta de convenio si el concursado tuviere solicitada la liquidación (art. 113.1, inciso segundo). Si el deudor hubiera pedido la apertura de la liquidación con la solicitud de concurso voluntario (art. 142.1-11) o con posterioridad (en los períodos y en los casos establecidos por la Ley: art. 142.1-21 y 31), los acreedores tienen cerrada la posibilidad de que el concurso de acreedores finalice por convenio. Contra la voluntad del deudor de que se liquiden los bienes y derechos que integran la masa activa no puede prevalecer la voluntad de los acreedores, cualquiera que sea el porcentaje de créditos concursales de que fueran titulares los autores de la propuesta¹⁵.

Si los acreedores cuyos créditos superen individual o conjuntamente la quinta parte del total pasivo presentan propuesta de convenio sin que el propio concursado hubiera presentado la suya, la Ley reconoce a éste el derecho a solicitar la liquidación de la masa activa. El ejercicio de este derecho exige la concurrencia

¹⁵ Si el concursado tuviere solicitada la liquidación, ni siquiera sería admisible que los acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo presentaran propuesta de convenio solicitando simultáneamente del juez del concurso que, antes de resolver sobre la admisión a trámite de la propuesta, requiriera a dicho concursado para que manifieste si mantiene la solicitud de liquidación o si la revoca. Ahora bien, si el concursado, sin haber sido requerido al efecto, revoca espontáneamente la solicitud de liquidación antes de que el juez resuelva sobre la admisión a trámite de la propuesta de los acreedores, habrá desaparecido el impedimento legal para esa admisión. Aunque, literalmente interpretada, la Ley prohíbe que los acreedores presenten propuesta de convenio si el concursado tuviere solicitada la liquidación en el momento de la presentación de esa propuesta, carece de sentido inadmitirla a trámite en el caso de que, antes de resolver sobre esa propuesta, el concursado hubiera revocado la solicitud de liquidación. Del mismo modo, aunque el concursado que hubiera presentado propuesta anticipada de convenio no tuviera solicitada la liquidación en el momento de la presentación de la propuesta por los acreedores pero la solicitase en el corto período de tiempo que transcurre entre esa presentación y la resolución sobre la misma, al contestar al requerimiento efectuado por el juez tras proclamar el resultado negativo de las adhesiones a esa propuesta anticipada (art. 109.1, inciso segundo, en relación con art. 110.1), no procederá la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por los acreedores.

de dos presupuestos de fondo, uno positivo y uno negativo: el presupuesto positivo es la presentación de una propuesta de convenio por acreedores legitimados, cualquiera que sea el contenido (admisible en Derecho) de esa propuesta; y el presupuesto negativo es que el deudor no hubiera presentado la suya dentro de ese primer período, es decir, al final de la fase común. El concursado sólo puede solicitar la liquidación si formula la petición dentro de los cinco días a aquel en que los acreedores hubieran presentado la propuesta de convenio (art. 142.1-41) o, más exactamente, dentro de los cinco días a aquel en que se le hubiera dado traslado de esa propuesta. Como de toda propuesta presentada se da traslado a las partes personadas en el concurso de acreedores (art. 99.1, inciso segundo) y como el concursado es parte en todas las secciones sin necesidad de comparecencia en forma (art. 184.1, inciso primero), el medio de conocer - al menos, formalmente - la existencia de la propuesta de los acreedores es el traslado de dicha propuesta. En este caso, no parece adecuado desplazar el *dies a quo* desde el traslado de la propuesta a la notificación de la providencia de admisión. A diferencia de lo que acontece en otros supuestos, no existen argumentos suficientes para que la interpretación de la norma legal sea distinta de la meramente literal. Lo que sucede es que, en ocasiones, la presentación de la solicitud será anterior a la admisión a trámite de la propuesta de los acreedores y, en otras, será posterior (cuando el juez no haya agotado el término de cinco días para resolver sobre la misma). Si la solicitud de apertura de la liquidación fuera anterior a la admisión a trámite, el juez no podrá admitir la propuesta a los acreedores (art. 114.1, tercer inciso); y si fuera posterior, el juez debe dictar auto dejando sin efecto esa admisión a trámite.

La Ley no impide que presenten propuesta de convenio los acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo aunque se encuentre en tramitación una propuesta anticipada de convenio. Dado el término inicial establecido para la delimitación temporal de este primer período (art. 113.1, inciso primero), puede suceder, en efecto, que, en el momento en el que los acreedores presenten propuesta de convenio para que sea objeto de tramitación ordinaria, esté tramitándose una propuesta anticipada de convenio. Por exigencias de pura lógica, la Ley prohíbe que el concursado presente en ese primer período propuesta de convenio si hubiera presentado y estuviera tramitándose una propuesta

anticipada de convenio (art. 113.1, inciso primero), pero no extiende la prohibición a los acreedores que superen ese porcentaje del total pasivo. A éstos sólo prohíbe presentar propuesta de convenio si el concursado tuviere solicitada la liquidación (art. 113.1, inciso segundo). Los presupuestos negativos de la legitimación son, pues, distintos según la clase de legitimados: puede presentar propuesta de convenio el concursado Aque no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación@ (art. 113.1, inciso primero); y pueden también presentarla los acreedores cuyos créditos superen ese porcentaje Asalvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación@ (art. 113.1, inciso segundo). Es claro que si, en la fecha en la que el juez se pronuncie sobre la admisión a trámite de la propuesta de los acreedores, continúa en tramitación la propuesta anticipada de convenio, no procederá admitirla a trámite aunque cumpla las condiciones de forma, contenido y tiempo establecidas en la Ley; pero no es menos claro que si en esa fecha la propuesta anticipada había ya fracasado y el concursado no hubiera mantenido la propuesta anticipada de convenio para que sea sometida a la junta de acreedores (art. 110.1), procede admitir la propuesta de los acreedores siempre que cumpla esas condiciones.

IV. LA PRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA EN LA SEGUNDA FASE.

1. El segundo período de presentación.

Con *carácter subsidiario* respecto del anterior, la Ley abre un segundo período para la presentación de las propuestas de convenio. Este segundo período tan sólo existe en aquellos concursos en los que no se hubiere admitido a trámite ninguna de las propuestas de convenio presentadas durante el primer período y en los que tampoco el concursado hubiera solicitado la liquidación (art. 113.2). Al igual que en el primer período, la legitimación es *doble*. También en éste están legitimados para presentar propuesta de convenio el concursado y los acreedores cuyos créditos superen, individual o conjuntamente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (art. 113.2).

El *término inicial* de este segundo período para la presentación de propuestas de convenio es la convocatoria de la junta de acreedores; y el *término final* el cuadragésimo día anterior a la fecha señalada para la celebración de esa junta. La Ley señala que el concursado y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo pueden presentar propuestas de convenio desde la convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración (art. 113.2). Con la equívoca expresión *convocatoria de la junta* debe entenderse que se refiere la Ley a la fecha del auto en el que el juez ordene la convocatoria (art. 111.2, inciso primero), y no a la fecha de la notificación de ese auto a los acreedores personados en el procedimiento (art. 113.2), ni a la fecha de la (primera o última) publicación del anuncio de convocatoria (art. 111.2, inciso primero, en relación con art. 23.1 II). Comoquiera que no se establece un plazo mínimo entre la última de las publicaciones del anuncio de convocatoria y la fecha de celebración de la junta de acreedores puede suceder que, si esa publicación se retrasa por cualquier causa, falten menos de cuarenta días para la fecha de celebración de la junta. En esos casos, si el término *convocatoria de la junta* se interpretara como publicación del anuncio de convocatoria, no existiría segundo período: el período habría finalizado antes de que se hubiera iniciado. Por esta razón práctica, el término inicial debe considerarse que es la fecha del auto de apertura de la fase de convenio (art. 111.1), en el que, como pronunciamiento necesario, debe el juez ordenar la convocatoria de la junta, fijando lugar, día y hora de la reunión (art. 111.2, inciso primero).

Como ya hemos señalado, los legitimados pueden presentar propuesta de convenio hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para la celebración de la junta (art. 113.2). Esa fecha de celebración no se puede fijar libremente por el juez: cuando, antes de dictarse el auto en el que se ordene la convocatoria de junta, no se hubiera presentado propuesta alguna de convenio, el juez deberá necesariamente ordenar la convocatoria de la junta para su celebración dentro del tercer mes a contar desde la fecha de ese auto (art. 112.2 II); y, si el juez hubiera acordado que el concurso de acreedores se tramitase como procedimiento abreviado o simplificado (art. 190), deberá ordenar la convocatoria de esa junta

para que se celebre dentro del mes y medio siguiente a la fecha del auto (art. 191.1 I)¹⁶.

2. Los presupuestos negativos.

Para que el concursado y los acreedores puedan presentar propuesta de convenio en este segundo período, se requiere la concurrencia de dos presupuestos negativos: en primer lugar, que no se hubiese presentado y, de haberse presentado, no se hubiera admitido a trámite ninguna propuesta de convenio en el primer período; y, en segundo lugar, que el concursado no hubiese solicitado la liquidación de la masa activa (art. 113.2). Aunque, en relación con ese primer presupuesto negativo, la Ley se refiere simplemente a la falta de presentación de, al menos, una propuesta de convenio, lo relevante no es que esa presentación haya tenido o no lugar, sino que, al menos, una de las propuestas presentadas haya sido admitida a trámite. En todos aquellos casos en los que, presentadas una o varias propuestas en el primer período, ninguna de ellas haya sido admitida a trámite por el juez del concurso, el concursado y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo, pueden presentar propuesta de convenio en este segundo período. La preclusión del derecho a presentar propuesta de convenio no deriva, pues, a pesar de la literalidad de la norma, del mero hecho de la presentación anterior de una propuesta, sino de la admisión a trámite de la propuesta presentada.

En relación con el segundo presupuesto negativo - que el concursado hubiese solicitado la liquidación -, es indiferente el momento en que esa solicitud se hubiera producido de entre los específicamente previstos por la Ley (v. art. 142.1-11 a 41). Incluso la solicitud de liquidación puede haber tenido lugar dentro de los cinco días siguientes a aquel en que los acreedores hubieran presentado propuesta de convenio en el primero período, salvo

¹⁶ Así, por ejemplo, cuando el procedimiento sea el ordinario, y no el abreviado, si el auto se dicta el 31 de marzo, la junta deberá ser convocada para su celebración entre el 11 y el 30 de junio. Si la fecha señalada para la celebración de la junta fuera el 11 de junio, los legitimados solamente podrán presentar propuesta de convenio, acompañada del plan de pagos y, en su caso, del plan de liquidación, hasta el 21 de abril. En todo caso, si el juez hubiera acordado el procedimiento abreviado, el período de presentación será extraordinariamente corto.

que el propio deudor hubiera también presentado una suya dentro de ese mismo período (art. 142.1-41).