

EL CONTENIDO DEL CONVENIO*

Angel ROJO

Catedrático de Derecho mercantil
Abogado

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- 1. La autonomía privada y el convenio.- 2. El convenio concursal como convenio de continuación.- II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPUESTA DE CONVENIO.-1. El contenido esencial.- 1.1. Los convenios de quita.- 1.2. Los convenios de espera.- 1.3. Los convenios mixtos.- 2. Los requisitos.- 2.1. El requisito de la determinación.- 2.2. El pretendido requisito de la identidad.- 3. Los límites legales de la quita y de la espera.- 3.1. Los límites legales.- 3.2. Las excepciones a los límites legales.- 3.2.1. La primera excepción.- 3.2.2. La segunda excepción.- III. EL CONTENIDO POTESTATIVO.- 1. La libertad de inclusión.- 2. Los límites de la libertad de inclusión.- 2.1. La modificación de la cuantía o de la clasificación de los créditos.- 2.2. La modificación de la prestación.- 3. Consideración especial del convenio con enajenación parcial de la masa activa.- IV. EL CONVENIO CON COMISIÓN DE ACREEDORES.- V. EL CONVENIO DE CONTENIDO ALTERNATIVO.-1. Consideración general.- 2. El contenido alternativo.- 3. La facultad de elección.- 3.1. Los titulares de la facultad de elección.- 3.2. El momento de ejercicio de la facultad de elección.- 3.2.1. El plazo convencional: el límite legal.- 3.2.2. La solución legal supletoria.- 3.3. La falta de ejercicio de la facultad de elección.- 3.3.1. La solución convencional supletoria.- 3.3.2. Los límites de la autonomía privada.- 4. Consideración especial del convenio con cláusula de conversión.- 4.1. La conversión en capital.- 4.2. La conversión en créditos participativos.-VI. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL CONVENIO POR ASUNCIÓN.-1. La figura del convenio por asunción.- 2. La doble obligación de

* Publicado en *REVISTA DEL PODER JUDICIAL*, número especial XVIII [2004], dir. A. Rojo, pags. 357-408.

asunción.- 2.1. La obligación de asumir la continuación de la actividad.- 2.2. La obligación de asumir el pasivo.- 3. La transmisión de elementos del activo como contraprestación.- 4. La audiencia de los representantes legales de los trabajadores.- VII. LAS PROHIBICIONES LEGALES.- 1. Los convenios de cesión de bienes.- 2. El convenio de liquidación global del activo.- VIII. LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑAR A LA PROPUESTA DE CONVENIO.- 1. El plan de pagos.- 2. El plan de viabilidad.- 2.1. El plan de viabilidad como documento especial.- 2.2. El contenido.- 2.3. Los créditos de financiación.

I. INTRODUCCIÓN.

1. La autonomía privada y el convenio.

El principal de los artículos que la Ley dedica al convenio es, sin duda, el relativo al contenido de la propuesta (art. 100). Se trata de un conjunto de normas que intentan delimitar las modalidades posibles del convenio, que, según la Exposición de Motivos, constituye la *solución normal* del estado de insolvencia (VI).

En la opción entre reconocer plenamente el principio de la autonomía privada del deudor y de la colectividad de acreedores para configurar el contenido del convenio o establecer *tipos* taxativos de convenio a los que tuviera que amoldarse la voluntad de las partes, la Ley ha preferido seguir una *vía intermedia*, en la que se combina la exigencia de un *contenido esencial* - consistente en una quita, en una espera o en una quita y espera (art. 100.1) -, al que se pueden añadir un *contenido alternativo* (art. 102) y un *contenido potestativo*, con un catálogo de prohibiciones legales (art. 100.3), entre las que destaca la prohibición de los convenios de

cesión y la prohibición de los convenios de liquidación global¹. Al mismo tiempo, como una modalidad especial de convenio, la Ley

¹ En los procedimientos concursales tradicionales, el principio de libertad de contenido de convenio se reconocía expresamente tanto en la quiebra (art. 898 C. de c.) como en el concurso de acreedores (art. 1.303 L.E.C. 1881). Incluso, a pesar de que la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 no era suficientemente clara, se consideraba también que, en el procedimiento de suspensión de pagos, el suspenso podía concluir cualquier clase de convenio con sus acreedores, incluidos los convenios de liquidación (v. SS.T.S. [10] de 26 de noviembre de 1991 y 14 de julio de 1997). Al amparo de esta libertad de la autonomía privada del deudor y de los acreedores, la práctica ha conocido convenios concursales del más variado contenido.

En el proceso de reforma de la legislación concursal española el reconocimiento de este principio de libertad de contenido del convenio es una constante para el concurso de acreedores, mientras que, por el contrario, existen limitaciones de contenido para aquellos otros convenios que se puedan alcanzar en los procedimientos de carácter preventivo. Así, en el Anteproyecto de Ley de 1959, se establecía que, en el concurso de acreedores, el concursado y sus acreedores podían celebrar los convenios que estimen oportunos (art. 105 l); pero, en el caso del denominado concordato judicial (procedimiento equivalente, aunque no idéntico al de la suspensión de pagos) se prohibía la quita o rebaja de los créditos (art. 169) y se prohibía también la espera superior a dos años, salvo que se afianzasen los créditos con garantía real o con fianza dada por terceras personas a satisfacción de los acreedores (art. 170). Cuando desaparece esta dicotomía procesal, se afirma, con rotundidad, la posibilidad de celebrar cualquier clase de convenio: en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, se reconoce expresamente que el deudor y las demás personas legitimadas pueden presentar las propuestas de convenio que estimen oportunas (art. 213 l), sin más límites en su contenido que el respeto a las leyes, a la moral y al orden público (art. 212). Cuando se retorna a una dualidad procesal, se retorna también a un modelo semejante al del Anteproyecto de 1959. En efecto, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 se mantuvo el principio general de que el deudor puede llegar a cualquier clase de convenio con sus acreedores (arts. 152 y sigs.). Como señalaba la Exposición de Motivos de esta Propuesta, el convenio se configura bajo el principio de libertad de contenido (II, 4). Pero, en la denominada suspensión de pagos (que era un procedimiento intensamente desjudicializado), existían importantes restricciones: se prohibía absolutamente la quita y se limitaba la espera a un máximo de tres años (art. 271.2).

Frente al principio de libertad de contenido del convenio y, lógicamente, de la propuesta, el Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 optó por un modelo muy diferente. El convenio sólo podía tener un determinado contenido, que se delimitaba a través de una doble técnica: en primer lugar, mediante el establecimiento de un contenido esencial, y, en segundo lugar, mediante un catálogo de prohibiciones. Por lo que se refiere a ese contenido necesario e

imperativo, el texto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación exigía que la propuesta de convenio contuviera proposiciones de quita o de espera, o mixtas (es decir, de quita y espera), pero con importantes limitaciones: la quita no podía exceder de la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios, ni la espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio (art. 99.1). Al mismo tiempo, el Anteproyecto contemplaba expresamente la posibilidad de que la propuesta de convenio contuviera proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión de créditos en capital (art. 99.2 I). Por lo que se refiere a las prohibiciones, el Anteproyecto prohibía expresamente los convenios de cesión de bienes a los acreedores en pago y para pago de sus créditos, así como los convenios de liquidación global (art. 99.2 II). Para cerrar el sistema se exigía que la propuesta fuera acompañada de un plan de pagos (art. 99.3) y, en ciertos casos, de un plan de liquidación (art. 99.4).

Este modelo tan restrictivo quizá se podría explicar como una reacción a los importantes abusos que, al amparo de ese principio de libertad de contenido, se habían producido en la práctica. Pero, sin valorar suficientemente el hecho de que el texto del Anteproyecto contenía ya los instrumentos técnicos que podían evitar tales abusos, el Ministerio de Justicia decidió mantener el modelo, aunque incorporando una salvaguarda para que, en determinados casos, fuera posible superar los límites de la quita o de la espera. La solución consistía en autorizar expresamente al Gobierno a introducir excepciones en relación con las empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración (art. 99.1 *in fine* del Anteproyecto de 2001). Esta peculiar solución suscitó distintos reparos: de un lado, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe aprobado por el Pleno el 6 de noviembre de 2001, aunque se mostraba contrario al reconocimiento del principio de libertad absoluta del convenio por los problemas que ello podría acarrear, criticaba la rigidez con que se regulaban los convenios de quita y espera, y señalaba que las prohibiciones relativas al contenido del convenio resultaban excesivamente restrictivas, debiéndose disponer de una mayor libertad en esta materia, sin perjuicio de las necesarias excepciones fundadas en razones de orden público y protección de terceros; y, de otro, en el Dictamen del Consejo Económico y Social, emitido el 7 de noviembre del mismo año, se sugería la supresión de los límites temporales a los convenios de espera, y se sugería también la introducción de una salvedad a la prohibición de cesión de bienes por parte del deudor en pago de esos créditos para permitir este tipo de operaciones cuando estén destinadas a asegurar la viabilidad de la empresa. En el plano estrictamente técnico, la solución incorporada por el Ministerio de Justicia tampoco satisfizo al Consejo de Estado, el cual, en el Dictamen de 21 de marzo de 2002, consideraba conveniente que se precisara el instrumento a utilizar para introducir esta excepción - Real Decreto o Acuerdo - y si se trata de una excepción para un caso singular o para todo un sector.

El Proyecto de Ley reproduce el artículo del Anteproyecto del Ministerio de Justicia, con la única diferencia de que modifica los criterios legales de

superación de los límites máximos de la quita y de la espera. En lugar de utilizar como parámetro el de las empresas pertenecientes a sectores en proceso de reestructuración, el Proyecto de Ley recurre al parámetro de la Atrascendencia para la economía nacional@, señalando que excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía nacional@, el juez del concurso, siempre a solicitud de parte, puede autorizar motivadamente la superación de dichos límites (art. 99.1).

En el Congreso de los Diputados, el artículo relativo al contenido de la propuesta de convenio fue objeto de trece enmiendas. La más importante fue, sin duda, la presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, que pretendía que (en el primer artículo del Capítulo relativo al convenio), se reconociera el principio de libertad de contenido (v. enmienda número 316, con muy amplia motivación). Los grupos parlamentarios nacionalistas y algún diputado de esa ideología presentaron enmiendas para tratar de evitar que el parámetro habilitante para la superación de los límites máximos de las quitas y de las esperas utilizara como referencia la Æeconomía nacional@ (v. enmiendas 149 y 515). Con un planteamiento radicalmente diferente, el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria propuso que se eliminara la posibilidad de superar esos límites máximos, a fin de evitar Æque se enmascaren soluciones liquidatorias bajo la apariencia de convenio@ (enmienda número 629).

La Ponencia encargada de redactar el Informe sobre el Proyecto de Ley Concursal introdujo importantes modificaciones en el artículo. Así, en primer lugar, se modificó la redacción de la norma relativa a la superación de los límites, introduciendo un texto de lamentable redacción: ÆExcepcionalmente - señalaba el párrafo segundo del apartado primero - cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, y siempre que se acompañe un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites@. En segundo lugar, se incluyó una norma específica sobre el convenio mediante asunción, total o parcial, del pasivo (que se situó como párrafo segundo del apartado 2). En tercer lugar, se introdujo igualmente una equívoca referencia a que en el convenio podía contemplarse la fusión o escisión de la persona jurídica concursada (art. 99.3). Y, en fin (aceptando el sentido de una parte de la enmienda 517 del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió), se modificó el régimen jurídico de los créditos que se concedieran al concursado para financiar el plan de viabilidad: mientras que, en el Proyecto de Ley, estos créditos sólo podían satisfacerse Æuna vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios@ (solución que fue objeto de una generalizada crítica), en el Informe de la Ponencia esos créditos Æse satisfarán en los términos fijados en el convenio@ (art. 99.5 II). El texto de la Ponencia fue el que habría de aprobar el pleno del Congreso de los Diputados, sin más modificación que la relativa al número del artículo (que pasó a ser el 100).

En el Senado, el Grupo Parlamentario Socialista volvió a insistir, sin éxito, en la necesidad de que se reconociera el principio de libertad de contenido (v. enmienda número 153). Con todo, el tema que fue objeto de mayor

regula el denominado convenio por asunción del pasivo (art. 100.2 II). Existe, pues, un núcleo que necesariamente (deberá contener: art. 100.1 I) tiene que constituir el contenido esencial del convenio (incluso en el caso de convenio con asunción); y existen

consideración por la Ponencia (y también por la Comisión de Justicia) fue la determinación del presupuesto y del régimen jurídico aplicable para la superación de los límites máximos de las quitas y de las esperas. Eran importantes, ciertamente, los problemas que planteaba la redacción dada por el Congreso de los Diputados al párrafo segundo del apartado primero del ahora artículo 100. El primero era determinar a qué resolución judicial se refería la norma cuando exigía que dichas propuestas excepcionales fueran autorizadas motivadamente por el juez. No se acertaba a entender si se trataba de una resolución judicial previa a la admisión a trámite de la propuesta (lo que no parecía lógico) o si se trataba, simplemente de dicha resolución de admisión a trámite (arts. 106 y 114). Si fuera ésta la interpretación, el problema era que el juez sólo tenía como elemento de juicio el propio plan de viabilidad que presenta el autor de la propuesta de convenio, plan que puede ser fundado o carecer por completo de fundamento. Lo más adecuado para que la resolución judicial fuera suficientemente fundada sería esperar al informe de la administración concursal (arts. 107 y 115), pero en ese caso habría que modificar algunas otras normas para conseguir la adecuada coordinación. El segundo problema era determinar en qué casos podía considerarse que una empresa tenía especial trascendencia para la economía. Algunos Senadores eran del criterio de que resultaba imprescindible orientar al juez en esta materia, ya que, de lo contrario, las presiones sobre el titular de la potestad jurisdiccional podían extraordinariamente intensas, y se correría el riesgo de que el juez de lo mercantil realizase una interpretación particularmente flexible de ese interés para la economía. El tema tenía especial importancia porque, además, el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió pretendía que esa orientación se consiguiera mediante un informe de la Administración competente (v. enmienda número 294), fórmula voluntariamente genérica que permitía que, en estos casos, pudiera intervenir la Administración autonómica. Al final, la Ponencia optó por una solución muy insatisfactoria que, sin embargo, fue del agrado de la minoría nacionalista por cuanto que permitía esa deseada intervención de las Comunidades Autónomas. El texto aprobado mantenía la imprecisión acerca del presupuesto para la superación de esos límites máximos, ya que continuaba refiriéndose a las empresas cuya actividad pudiera tener especial trascendencia para la economía; pero exigía que el informe de la Administración pública competente se acompañara a la propuesta de convenio, ofreciendo así al juez un criterio de orientación acerca de la importancia de la empresa. Este criterio orientativo, sin embargo, presentaba el inconveniente de la indeterminación de la Administración pública competente para la emisión de ese informe. La Comisión de Justicia y el Pleno del Senado mantuvieron este texto.

unos límites absolutos que resulta imposible superar. Entre estos dos extremos, la autonomía privada tiene un amplio margen. A esta posibilidad de configuración, mediante la adición de elementos alternativos o complementarios alude la Exposición de Motivos al señalar - con expresión deliberadamente genérica - que, en el convenio, *la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud* (VI).

La determinación de los límites de esa autonomía de la voluntad no siempre constituye tarea sencilla. Para orientar al intérprete en esa delicada tarea, es importante tener en cuenta las siguientes *dos reglas*: la primera, la de que la introducción de cláusulas en la propuesta de convenio debe respetar ese núcleo o contenido esencial, de modo tal que todo convenio tiene que contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera; y la segunda, la de que las prohibiciones legales en orden al contenido (de la propuesta) de convenio tienen que ser objeto de interpretación restrictiva.

Este complejo régimen jurídico del contenido (de la propuesta) de convenio tiene *carácter general*. Es indiferente que el estado de insolvencia sea actual o inminente (art. 2.2 y 3, inciso segundo); es indiferente que el concurso sea voluntario o necesario (art. 22); es indiferente que la propuesta se formule por el concursado (nacional o extranjero, persona natural o jurídica, sujeto civil o mercantil) o por los acreedores (v. arts. 99.1 y 113); y es indiferente que esa propuesta de convenio sea de tramitación ordinaria (arts. 111 y sigs.) o constituya propuesta anticipada de convenio (arts. 104 y sigs.; aunque exista una diferencia en un muy concreto extremo: v. arts. 100.1 II y 104.2). Naturalmente, algunas modalidades presuponen que el concursado tenga determinadas características (v. gr.: la conversión de créditos en capital presupone que el concursado sea una sociedad mercantil) o que el

patrimonio tenga una determinada composición (v. gr.: el convenio con asunción presupone que existan bienes y derechos afectos a una actividad profesional o empresarial); pero se trata - insistimos - de normas de aplicación general.

2. El convenio concursal como convenio de continuación.

El convenio concursal tiene que ser necesariamente un *convenio de continuación*, y no un convenio de liquidación. Con la expresión convenio de continuación se hace referencia a todos aquellos convenios cuyo denominador común es la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial que hasta el momento había desarrollado el concursado, fuere persona natural o jurídica (Aconvenio de continuación@ en sentido estricto) o la reanudación del ejercicio de la actividad que había desarrollado el concursado hasta el momento en que el juez decretó el cese o la suspensión de esa actividad (Aconvenios de reanudación@ o Ade reiniciación@; v. art. 44.4).

Pero, dentro de esta categoría general, es posible establecer distintas subclasificaciones. En primer lugar, la distinción entre convenios de *continuación total* y convenios de *continuación parcial*: en unos casos, el ejercicio de la actividad continúa íntegramente, mientras que, en otros, sólo continúa una parte de la actividad que hasta entonces hubiera desarrollado el concursado. En distintas normas, la Ley presupone la existencia de convenios en los que la actividad tan sólo continúa parcialmente (art. 100.2 II y art. 100.5 I). En segundo lugar, esta la distinción entre *convenios de continuación por el concursado* y *convenios de continuación por tercero*. La Ley no exige que la continuación de esa actividad, con los bienes y derechos afectos a la misma, tenga que realizarse siempre y en todo caso por el concursado. Al lado de este supuesto contempla el de la continuación por el asuntor. Se trata de hipótesis

en las que, bien el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a la actividad profesional o empresarial, bien determinadas unidades productivas, se transfieren a un tercero, el cual, entre otras obligaciones, asume la de la continuidad de esa actividad (art. 100.2 II). Es posible también que la continuación sea mixta, en parte por el concursado, con los establecimientos, explotaciones y unidades productivas que continúen siendo propiedad de éste, y en parte por el asuntor, con aquellos otros establecimientos, explotaciones y unidades productivas que hayan sido objeto de transmisión. En tercer lugar, se puede distinguir entre convenios de continuación en los que los recursos que genere esa continuación de la actividad se destinen a atender al cumplimiento del convenio y convenios de continuación en los que ese cumplimiento no tenga que realizarse con esos recursos (sino, fundamentalmente, con lo que se obtenga con la enajenación de determinados bienes o derechos integrados en la masa activa). Esta distinción tiene importancia jurídica porque, en el primer caso, para que la propuesta de convenio pueda ser admitida a trámite, se requiere que se acompañe un plan de viabilidad, mientras que en todos los demás casos es suficiente con acompañar un plan de pagos (art. 100.4 y 5).

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA PROPUESTA DE CONVENIO: QUITA, ESPERA O QUITA Y ESPERA.

1. El contenido esencial.

Como señala la Ley, la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas (art. 100.1). En el Derecho concursal español, los convenios tienen que ser esencialmente convenios remisorios (o de quita),

convenios dilatorios (o de espera) o convenios mixtos (o de quita y espera).

1.1. Los convenios de quita.

Los *convenios remisorios* o de *quita* consisten en la reducción del importe de cada uno de los créditos concursales. Mientras que la reducción del importe de los créditos ordinarios y de los créditos subordinados tiene como presupuesto que la propuesta haya sido aceptada por el porcentaje establecido por la Ley (porcentaje en cuya formación no se computan los créditos subordinados: v. art. 122.1-11, en relación con art. 122.2) y el convenio aprobado por el juez, la reducción del importe de los créditos privilegiados exige, además de esta aceptación colectiva, que haya tenido lugar la aceptación individual del titular del privilegio o de la preferencia, mediante adhesión o mediante voto, siempre, naturalmente, que dicho convenio obtenga la aprobación judicial (v. arts. 123.2 y 134.2).

En sentido vulgar, quita equivale a condonación. La quita es la remisión o liberación que de parte de una deuda hace el acreedor al deudor. Pero la quita concursal presenta características propias que la separan de la condonación como modo general de extinción de las obligaciones (art. 1.156 C.c.), tal como la regula el Código civil (arts. 1.187 a 1.191). En este sentido, la quita es una *condonación especial*. En primer lugar, el efecto remisorio de la quita no se produce por el consentimiento individual del acreedor, y ni siquiera por el consentimiento de la colectividad crediticia. Para que esa remisión parcial tenga eficacia son requisitos necesarios el consentimiento del porcentaje del pasivo ordinario establecido por la Ley para la aceptación de la propuesta de convenio (art. 124), la aprobación de ese convenio por el juez del concurso (art. 127) y el cumplimiento del convenio (art. 139). Los efectos de la quita se

desplazan, pues, desde la aprobación judicial del convenio hasta la declaración judicial de cumplimiento. El convenio de quita equivale a un *pactum de non petendo* de la diferencia, de duración limitada: si se cumple el convenio, la quita o remisión pactada produce plenos efectos, extinguiéndose el crédito en la parte que haya sido objeto de esa quita; y, si se incumple, el acreedor readquiere el derecho a la satisfacción de la totalidad del crédito reconocido, la cual tendrá lugar en fase de liquidación. En segundo lugar, la especialidad de la quita se manifiesta en los efectos frente a los coobligados, fiadores y avalistas: mientras que, en el régimen general, la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias (art. 1.190 en relación con art. 1.847 C.c.), en este régimen especial, los efectos frente a los coobligados, fiadores y avalistas están en función de que el acreedor se hubiera adherido o hubiera votado a favor del convenio. La quita, por si misma, no extingue los derechos del acreedor frente a esas personas, sino que es la conducta del acreedor la que produce o no, según los casos, esa extinción de derechos. El acreedor adherido o que hubiera votado a favor de la propuesta de convenio pierde los derechos frente a los coobligados solidarios y frente a los fiadores y avalistas si ese convenio obtiene la aprobación judicial; y, por el contrario, el acreedor no adherido o no votante a favor conserva esos derechos aunque el convenio sea aprobado por el juez y aunque sea cumplido por el concursado (art. 135.1).

La Ley potencia determinados convenios de quita en detrimento de otros. La primera técnica para potenciar esas modalidades es la reducción de las mayorías necesarias para la aceptación de la propuesta de convenio: cuando la propuesta consista en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20% del nominal del crédito, es suficiente que se adhiera a la propuesta o vote a favor una porción del pasivo

ordinario superior a la que no se haya adherido y a la que vote en contra (art. 124 II). La segunda técnica de potenciación gira en torno a la represión de la conducta del deudor: no tendrá lugar la apertura de la sección de calificación cuando ninguno de los acreedores experimente una quita superior a un tercio del importe de los créditos (art. 163.1-11). La falta de coordinación interna de la Ley Concursal es la única causa que explica los diversos porcentajes de quita que se toman en consideración para potenciar algunos convenios remisorios (20% en el primer caso y 33,33% en el segundo caso).

La cuantía de la quita puede estar en función del importe del crédito. En este sentido, son admisibles en el Derecho español los convenios de *quita escalonada*, en los que se establecen distintos tramos en cada uno de los cuales se aplica una quita diferente. Así, por ejemplo, una quita del 10% para el tramo comprendido entre 1.000 y 10.000 euros; una quita del 20% para el tramo comprendido entre los 10.000 y los 100.000 euros; y una quita del 30% para el tramo superior. Del mismo modo, son admisibles en el Derecho español aquellos convenios de *quita creciente* (o, muy improbablemente, *adecreciente*), en los que el porcentaje de la reducción está en función del importe total del crédito. Así, también por ejemplo, un convenio de quita del 10% para los créditos ordinarios cuyo nominal fuera inferior a 10.000 euros, del 20% para aquellos que, superando esa cifra, fueran inferiores a 100.000 euros, y del 30% para aquellos que tuvieran un nominal superior a 100.000 euros. Naturalmente, en uno y otro caso, se trata de convenios que atribuyen un *trato singular* a determinados acreedores o grupos de acreedores (v. art. 125.1 I) y, por ende, además de la mayoría general que corresponda, se requiere la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por ese *trato singular* (lo que significa que hay que

realizar tantos cálculos como tramos existentes, es decir, deducir en cada caso el tramo afectado por la quita correspondiente).

1.2. Los convenios de espera.

Los *convenios dilatorios* o de *espera* consisten en la dilación o en el aplazamiento del pago de los créditos concursales. Los convenios de espera no son más que pactos *de non petendo* de duración determinada: durante el período de espera, los acreedores no tienen posibilidad de obtener la satisfacción de los créditos reconocidos.

Al igual que respecto de los convenios de quita, la Ley también potencia determinados convenios de espera: la técnica de la reducción de la mayoría necesaria para la aceptación del convenio tiene lugar siempre que el convenio consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años (art. 124 II); y la técnica de la no apertura de la sección de calificación opera cuando la espera no supere ese plazo (art. 163.1-11). A diferencia de lo que acontece en el caso de los convenios de quita, los convenios de espera que se potencian son, en ambas técnicas, los mismos.

Ahora bien, en relación con los convenios de espera, se plantea un problema particularmente complejo: el relativo al pago de aquellos créditos que no hubieran vencido a la fecha de la eficacia de la resolución judicial aprobatoria del convenio (art. 133). Este problema es consecuencia de que, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, no existe propiamente vencimiento anticipado de los créditos a plazo por razón de la declaración judicial de concurso. Por supuesto, la Ley exige, a los solos efectos de la cuantificación del pasivo, que todos los créditos se computen en dinero a la fecha de esa declaración judicial; pero se encarga igualmente de dejar claro

que ese cómputo no supone una conversión ni una modificación de los créditos (art. 88.1). El vencimiento anticipado de los créditos a plazo se pospone por la Ley a la apertura de la fase de liquidación (art. 146). Como consecuencia de este desplazamiento temporal de la regla del vencimiento anticipado (respecto de la que establecía los Códigos de comercio de 1829 [art. 1.043] y de 1885 [art. 883] y el Código civil de 1889 [art. 1.915]), puede suceder que, en el momento en que se inicie el cumplimiento del convenio, existan créditos no vencidos. Así, por ejemplo, si en un determinado concurso de acreedores en el que la eficacia del convenio de espera a tres años, con pagos de un tercio del nominal de cada crédito al final de cada uno de esos tres años, se iniciase el 11 de marzo de 2005 y existiera un crédito concursal reconocido con vencimiento al 31 de diciembre del año 2010. En todos estos casos se trata de determinar si los plazos de espera establecidos en el convenio se aplican de modo general a todos los créditos, incluso a los que no hubieran vencido realmente, o si, por el contrario, dichos plazos de espera tan sólo juegan respecto de los que ya hubieran vencido en esa concreta fecha. La cuestión es todavía mucho más compleja en aquellos supuestos en los que el vencimiento de los créditos todavía no vencidos a la fecha de la eficacia del convenio se produce durante la espera. Así, por seguir con el ejemplo anterior, si el crédito concursal reconocido, en lugar de vencer el 31 de diciembre del año 2010, venciera el 31 de diciembre de 2007.

La solución al problema exige distinguir los casos en los que exista expresa previsión en el convenio y aquellos otros en los que, por el contrario, esa previsión no exista. En el propio convenio puede haberse incluido la previsión de que los pagos a realizar durante la espera serán los mismos para los créditos ordinarios vencidos y para los créditos no vencidos, realizándose dicho pago respecto de estos últimos con el descuento correspondiente,

calculado al tipo de interés legal (arg. ex art. 159), o aquella otra por cuya virtud los créditos ordinarios que todavía no hubieran vencido se pagarán en el último plazo de la espera pactada para los demás créditos ordinarios. Ciertamente, en el Derecho privado general el plazo se presume establecido tanto en beneficio del acreedor como en beneficio del deudor. Pero esta regla no es absoluta: de un lado, porque, bien como consecuencia del contenido de la estipulación, bien de otras circunstancias, puede resultar haberse puesto en favor del uno o del otro (art. 1.127 C. c.); y, de otro, porque en caso de concurso de acreedores, decaen las razones para impedir el pago anticipado. Mientras que, según la regla general, la anticipación sólo es posible mediante acuerdo de las partes, salvo que se deduzca otra cosa de la estipulación o de las circunstancias, en caso de concurso de acreedores la voluntad individual del acreedor beneficiario del plazo queda sustituida por la voluntad de la colectividad de acreedores. En el convenio, los créditos aplazados pueden vencer anticipadamente cuando la propuesta - sea del deudor, sea de acreedores que superen, al menos, una quinta parte del total pasivo - así lo contemple, y esa propuesta sea aceptada por la colectividad crediticia y aprobada por el juez.

En los casos en los que el convenio guarde silencio sobre este fundamental extremo, hay que entender que el vencimiento de los créditos todavía no vencidos será el que corresponda a cada uno de ellos. En cierto modo, así lo considera la Ley al tratar no de los convenios de espera, sino de los convenios de quita, cuando establece que si la propuesta consiste en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20% será suficiente que vote a favor de la propuesta una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra (art. 124 II). Si es evidente que, en esos casos, los créditos que no hubieran vencido todavía no tienen que pagarse inmediatamente, sino que deberán ser

satisfechos en el momento del vencimiento natural de cada uno de ellos con la quita correspondiente, no es menos evidente que, en los casos de convenio de espera que no contengan previsión alguna sobre el momento de pago de los créditos no vencidos, éstos deberán satisfacerse en la fecha en la que real y efectivamente venzan. Significa ello que el juez puede considerar íntegramente cumplido el convenio de espera antes de que tenga lugar la satisfacción de los créditos que todavía no hubieran vencido (art. 139), sin perjuicio del derecho de este acreedor a plazo a solicitar del juez del concurso la adopción de las medidas conservativas que estime procedentes para la eficaz tutela del crédito no vencido de que fuera titular (arg. ex art. 1.121 I C.c.).

1.2. Los convenios mixtos.

Al lado de los convenios simples - esto es, de quita o de espera - la Ley permite los convenios mixtos o combinados. Con esta expresión nos referimos a los convenios en los que se pacta una quita y, además, una espera. A la prudencia y al buen sentido de los proponentes corresponde determinar en qué casos podrán ser aceptados y en cuáles no. Con todo, existen convenios mixtos que comportan menos sacrificio para los acreedores que algunos convenios simples. Así, un convenio de quita del 10% con aplazamiento del 90% restante a un año, es un convenio menos gravoso que un convenio de espera a 5 años, sin quita alguna. En todo caso, a través de la combinación de la quita y de la espera se pueden sentar las bases para, en los casos más graves, afrontar una operación de salvamento económico y financiero de una empresa en crisis. Así, por ejemplo, cuando se pacta una espera de 50% del nominal de los créditos ordinarios y el aplazamiento del 50% restante al final de quinto año.

Pero cabe también que la combinación de la quita y espera no constituya una adición, sino una alternativa: la propuesta de convenio puede consistir en el ofrecimiento a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre una quita o una espera, o entre una quita y una quinta y espera, o entre una espera y una quita y espera, o entre quitas y esperas distintas. Así, por ejemplo, un convenio en el que el acreedor puede optar entre una quita del 50% con pago inmediato o una espera a cinco años con pago íntegro al final del quinto año. La Ley exige que el convenio determine la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio por el acreedor de la facultad de elección (art. 102.1).

2. Los requisitos.

2.1. El requisito de la determinación.

El primer requisito que suele considerarse necesario para los convenios de quita, para los convenios de espera o para los mixtos es el relativo a la determinación de esa quita o de esa espera. Así, por ejemplo, será un convenio de quita determinada aquel que establezca una remisión del nominal de cada crédito ordinario (y subordinado) del 20%, y será un convenio de espera determinada aquel que prevea el pago en tres plazos anuales iguales el último día hábil de los tres siguientes años.

Sin embargo, aunque los más frecuentes serán aquellos convenios en los que la determinación de la quita o de la espera sea absoluta, no existe inconveniente alguno para admitir convenios de quita o de espera simplemente determinables. Los parámetros para la determinación tienen que ser objetivos, bien internos (v.gr.: la cuota de mercado; la cifra de negocio; las ganancias que se obtengan), bien externos (v.gr.: el precio de la principal materia prima que utiliza la sociedad concursada; la

evolución del sector en el que opere la sociedad concursada; el producto interior bruto). Así, por ejemplo, en un convenio que consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios, sin intereses, con tres pagos anuales idénticos, es posible pactar la constitución de una comisión de acreedores a la que, entre otras facultades, se le atribuya la de prorrogar los plazos de espera en el caso de que la cifra de negocios de la sociedad concursada en el primer ejercicio fuera inferior a 50.000.000 euros o de que las ganancias sociales no llegaran a superar en ese ejercicio la cifra de 2.000.000 euros, sin que en ningún caso la fecha del último pago pudiera suponer una espera superior a cinco años a contar desde la firmeza de la resolución judicial aprobatoria del convenio. Naturalmente, las facultades de la comisión de acreedores no podrán contemplar, directa ni indirectamente, la superación de los límites legales máximos para la quita o para la espera.

La introducción de estos elementos de mera determinabilidad no carece de consecuencias jurídicas: la primera, la de que las mayorías exigibles para la aceptación del convenio por la colectividad de los acreedores tienen que ser las ordinarias (es decir, las del art. 124 I), y no las mayorías reducidas establecidas para aquellos casos en los que el convenio dilatorio no supera los tres años de espera (art. 124 II); y la segunda, la de que, en el caso de que la comisión de acreedores haga uso de la facultad de prórroga de los plazos de espera, el juez, desde el mismo momento en que conozca la existencia de esta prórroga - sea por la información que facilite el propio concursado (art. 138), sea por cualquier otra fuente -, procederá a la formación de la sección de calificación (art. 163.1-11).

2.2. El pretendido requisito de la identidad.

El principal problema que plantean los convenios de quita y los convenios de espera es el de si la remisión o la dilación deben ser idénticas para todos los créditos o si, por el contrario, cabe establecer diferentes quitas y diferentes esperas entre las distintas clases de créditos o, incluso, en el interior de cada clase.

En relación con este problema respecto de la quita la Ley contiene dos normas, no coordinadas entre sí, que dejan un amplio margen a la duda. La primera norma, situada fuera del capítulo dedicado al convenio, es aquella que reconoce la posibilidad de distintas quitas para distintas clases de créditos. Al tratar de la calificación del concurso de acreedores, la Ley señala que esta sección no sólo se abre en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación, sino también cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio en el que se establezca, para todos los acreedores *o para los de una o varias clases*, una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años (art. 163.1-11). Aunque de modo incidental, existe, pues, un expreso reconocimiento legal de la diversidad de quitas respecto de las clases. Pero a esta primera norma se añade otra - que tampoco está situada en el artículo dedicado al contenido del convenio, sino en el artículo cuyo objeto es determinar la extensión subjetiva del convenio -, según la cual la quita tiene que ser idéntica para los créditos ordinarios y para los créditos subordinados. Entre las reglas imperativas establecidas por la Ley figura precisamente la de la *identidad de las quitas* entre créditos ordinarios y créditos subordinados (Alas mismas quitas: v. art. 134.1 l).

La interpretación más restrictiva de estas dos normas mal ubicadas sería la de entender que existe una regla y una excepción: la regla, la de la identidad, que jugaría tanto en el interior de cada clase, como respecto de los créditos ordinarios y

subordinados, categorías que necesariamente deberían experimentar las mismas quitas; y la excepción, la de que sería posible pactar una quita diferente para los créditos privilegiados que se adhieran a la propuesta de convenio o que voten a favor de la misma. La identidad no regiría, pues, respecto de esos créditos privilegiados, a los que podría afectar una quita superior o inferior a la del resto de los créditos.

Pero esta interpretación quizá resulte demasiado rígida. No está claro en la Ley que exista una absoluta imposibilidad a establecer quitas distintas en el interior de la clase de los créditos ordinarios (y también en el interior de la clase de los créditos privilegiados, para el caso de que se adhieran a la propuesta de convenio o que voten a favor de ella). Naturalmente, la diversidad de quitas en el interior de la clase de los créditos ordinarios supone la atribución de un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características y, por consiguiente, además de la obtención del porcentaje que corresponda, serían necesarios la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por ese trato singular (art. 125.1). En estos casos, será necesario entender que los acreedores subordinados quedan afectados por la misma quita establecida en el convenio para los ordinarios de peor condición. Si todos los créditos ordinarios experimentan la misma quita, también todos los créditos subordinados quedarán afectados por esa quita. Así, por ejemplo, la reducción del importe del crédito por intereses (art. 92-31) tendría que ser igual a la reducción del importe del crédito ordinario principal que ha generado esos intereses. Si, dentro de la categoría de los créditos ordinarios, existiese un grupo afectado por una quita del 25% y otro grupo afectado por una quita del 50%, todos los créditos subordinados quedarán afectados por la quita superior.

La misma interpretación que hemos defendido respecto de la relatividad de la pretendida regla de la identidad de las quitas procede respecto de las esperas. No existen argumentos decisivos para imponer la misma espera para todos los créditos ordinarios (y para todos los créditos privilegiados que se adhieran a la propuesta de convenio o que voten a favor de ella). Con sometimiento a las reglas del trato singular, es posible que el convenio establezca distintas esperas para los créditos de una misma clase.

En relación con los créditos subordinados, la Ley establece que los plazos de espera se computan a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios (art. 134.1 II), Así, por ejemplo, si se pacta en un convenio que todos los créditos ordinarios (con o sin quita) serán satisfechos por partes iguales en cinco años, los créditos subordinados se satisfarán, también por partes iguales, en los cinco años siguientes. En la práctica se puede conseguir retrasar ese *dies a quo* del cómputo dejando una pequeña cantidad a pagar al final del período de espera correspondiente a los créditos ordinarios. Así, si se pacta que el 99% de los créditos ordinarios (con o sin quita) sea satisfecho por partes iguales en tres años y el 1% restante al final del quinto año, el pago del 33% correspondiente al primer plazo en que deben ser satisfechos los créditos subordinados no tendrá lugar hasta el final del sexto año. Si se pacta en el convenio que un determinado grupo de acreedores ordinarios será satisfecho por partes iguales en tres años y el resto de los acreedores ordinarios en cinco años, los créditos subordinados se satisfarán, también por partes iguales, a partir de la íntegra satisfacción de este segundo grupo de acreedores ordinarios.

En aquellos casos en los que unos acreedores ordinarios experimenten una quita y otros una espera, no siempre será fácil determinar qué créditos ordinarios son los de peor condición. Así,

por ejemplo, en un convenio en el que determinados acreedores ordinarios sufran una quita del 20% del nominal de los créditos, con pago inmediato de la cantidad restante, y otros acreedores ordinarios acepten una espera a dos años, no es posible precisar si los créditos subordinados quedan sujetos a esa misma quita o si sufren una espera también de dos años a contar desde el íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios de satisfacción aplazada. En estos casos dudosos, quizá la solución más razonable sea reconocer a los titulares de créditos subordinados un derecho de elección entre esa quita y esa espera, determinando la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección (arg. ex art. 102).

3. Los límites legales de la quita y de la espera

3.1. Los límites legales.

La Ley establece que, respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no pueden exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio (art. 100.1 l, inciso segundo). Existen, pues, dos límites legales en función del contenido del convenio, que, como es lógico, se acumulan cuando el convenio es mixto. Con estos límites, la Ley pretende que, cuando la solución del concurso de acreedores sea el convenio, los acreedores ordinarios y subordinados obtengan un determinado grado de satisfacción, prohibiendo aquellas quitas que superen el porcentaje máximo establecido y aquellas esperas que supongan una dilación que considera excesiva. Si la quita o la espera tuvieran que ser superiores, ya no es posible el convenio, sino que la solución del concurso tiene que ser la liquidación, salvo que, excepcionalmente, concurren los presupuestos necesarios para que el juez autorice la superación de dichos límites máximos (art.

100.1 II). Se trata de una muy discutible opción de política legislativa que condena irremediabilmente a la liquidación de la masa activa a muchos concursados que, en el Derecho derogado, podían conseguir de los acreedores, con mayor o menor dificultad, convenios que superaban ampliamente dichos límites o convenios de liquidación directa (esto es, convenios dirigidos específicamente a la liquidación) o indirecta (es decir, convenios de conservación con cláusula de conversión en convenios de liquidación).

Mientras que el límite máximo de la quita no plantea especiales problemas, el de la espera está en función de la fecha en que alcance firmeza la resolución judicial que apruebe el convenio (art. 100.1, inciso segundo). El *dies a quo* para el cómputo del plazo o de los plazos de espera es, pues, el día en que la sentencia de aprobación del convenio sea firme. Esta solución está en contraste con la establecida por la propia Ley en materia de comienzo de la eficacia del convenio. La regla general es la de que el convenio es plenamente eficaz desde la fecha de la sentencia que lo apruebe; y la excepción, la de la firmeza de esa sentencia, excepción que solamente tendrá lugar cuando el juez, al admitir el recurso de apelación, acuerde la suspensión de los efectos (art. 133.1 en relación con art. 197.5). Se produce así un evidente contraste - y hasta contradicción - entre la norma relativa a la fijación del *dies a quo* para el cómputo de la espera y la norma relativa al inicio de producción de efectos de la resolución judicial aprobatoria del convenio. En la práctica, no se producirán problemas a pesar de este contraste normativo porque en el propio convenio se fijará ese *dies a quo*, bien en la fecha de la sentencia, bien en la fecha de la firmeza de la sentencia: si la Ley establece que el plazo máximo de espera es de cinco años a partir de la firmeza de la sentencia aprobatoria, no existe inconveniente en reducir ese plazo máximo anticipando el *dies a quo* para el cómputo del plazo. Pero, si el convenio nada ha previsto,

limitándose a establecer un plazo de espera de cinco años, se plantea el problema de si debe prevalecer la norma que fija ese *dies a quo* en la firmeza de la sentencia o si, por el contrario, debe prevalecer la norma general sobre el momento de producción de efectos. En la medida en que la primera de esas normas tiene carácter especial, habrá que entender que, a pesar de la plena eficacia del convenio desde la sentencia que lo apruebe, los plazos de espera se cuentan desde la firmeza de esa sentencia, y no desde la fecha de la misma.

3.2. Las excepciones a los límites legales.

Pero la prohibición legal de convenios de quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario y de convenios de espera superior a cinco años tiene carácter relativo. Después de establecerla, la Ley introduce dos muy importantes excepciones a las que interesa hacer referencia. La *primera excepción* es aquella según la cual, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía se pueden superar esos límites siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente (art. 100.1 II). Se trata de una excepción cuyo ámbito es el convenio de tramitación ordinaria, es decir, aquel convenio cuya propuesta no tenga el carácter de anticipada. La *segunda excepción* es específica del convenio anticipado: en caso de presentación de propuesta anticipada de convenio, es posible la superación de esos límites máximos siempre que el plan de viabilidad contemple expresamente una quita o una espera superior (art. 104.2). Aunque en ambos casos la Ley se refiere a que el juez puede autorizar motivadamente la superación de esos límites (v. art. 100.1 II), no se requiere una autorización judicial previa a la autorización de la propuesta, sino que, en el propio auto de admisión a trámite (art.

106), el juez motivará la autorización para que se someta a la adhesión y al voto de los acreedores una propuesta de convenio con superación del porcentaje máximo de quita, del plazo máximo de espera o de dicho porcentaje y de dicho plazo, para lo cual goza de total discrecionalidad.

3.2.1. La primera excepción.- En el caso de propuesta de convenio de tramitación ordinaria - es decir, en el caso de que la propuesta no sea anticipada -, el juez sólo puede autorizar la superación de esos límites cuando concurren tres requisitos: un requisito subjetivo, un requisito objetivo y un requisito documental.

El requisito subjetivo es el de que el concursado sea titular de Aempresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía@. Aunque la Ley se refiere al Aconcurso de empresas@, es claro que está utilizando este término con un significado subjetivo, esto es, como equivalente a empresario individual o societario. Pero la Ley ni define qué entiende por tener especial trascendencia para la economía, ni enumera, siquiera fuera a título de ejemplo, los casos en los que esa característica concurre. Para empezar, y aunque trascendencia pueda considerarse equivalente a importancia, no es suficiente con que la Aempresa@ sea importante para la economía: la Ley exige una Aespecial@ importancia o trascendencia. Sólo en aquellos casos en los que en la masa activa hubiese Aempresas@ *especialmente importantes* (o, si se prefiere, singular o particularmente importantes) sería posible que la propuesta de convenio, presentada por el concursado o por los acreedores, superase uno o ambos límites máximos. De otro lado, tampoco determina la Ley a qué Aeconomía@ se refiere, y esta falta de determinación resulta de singular gravedad. Una empresa puede tener especial trascendencia para la economía de un término municipal, de una comarca o de una provincia, y carecer de esa característica si la

referencia es a una determinada comunidad autónoma o a la totalidad del territorio del Estado. Existe, pues, un amplio margen para la discrecionalidad judicial; y existe también, por razón de esa discrecionalidad, el riesgo de que el titular de la potestad jurisdiccional no esté en condiciones de superar la presión del ambiente local, comarcal o provincial en el que opere la entidad concursada. La imprecisión de los términos legales permitirá que, en concursos en los que objetivamente no concorra este requisito subjetivo si la economía es la nacional, el juez admita a trámite la propuesta por considerar que la «empresa» es especialmente importante para la economía de una comunidad autónoma o de una provincia determinadas o, incluso, para la economía de una comarca o de una localidad. Para determinar que la actividad de una determinada «empresa» es de especial trascendencia para la «economía», el juez cuenta con el informe que, al efecto, debe emitir la Administración pública económica competente, sin perjuicio de que el autor o los autores de la propuesta de convenio acompañen, si lo estiman oportuno, otros informes privados para acreditar que concurre este requisito subjetivo.

En todo caso, la importancia exige un juicio de valor en relación única y exclusivamente con la «economía». Se trata de una especial importancia económica, sin consideración de la «importancia social» de esa «empresa». Por muy importantes que sean los factores sociales que pueda comportar la desaparición de una determinada «empresa», la Ley no los ha considerado para, en base a ellos, permitir convenios en los que se superen los límites máximos de quita o de espera, o de quita y espera.

El requisito objetivo consiste en que el plan de viabilidad que acompaña a la solicitud contemple expresamente, como condición objetiva para esa viabilidad, la superación de uno o de ambos límites legales máximos. Para que el juez admita a trámite la

propuesta de convenio es condición necesaria la *objetiva viabilidad*, esto es, que el plan de viabilidad contemple la necesidad de una quita superior a la mitad del importe de cada crédito ordinario o de una espera superior a cinco años, o la necesidad de ambas, para poder cumplir el convenio con los recursos que genere la continuación total o parcial de la actividad profesional o empresarial del deudor. Significa ello que sólo es posible superar esos límites cuando, para atender al cumplimiento del convenio, se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial, ya que sólo en este caso procede presentar el denominado plan de viabilidad (art. 100.5). Es indiferente que la continuación de la actividad corra a cargo del propio concursado o que sea un tercero - el asuntor - quien continúe, total o parcialmente, dicha actividad (art. 100.2 II, inciso segundo). La única diferencia radica en que, si la continuación de la actividad corre a cargo, total o parcialmente, de un tercero se exige que, el juez, antes de admitir a trámite la solicitud, oiga a los representantes legales de los trabajadores (art. 10.2 II, inciso tercero).

El juez debe comprobar que el plan de viabilidad que acompaña a la propuesta de convenio contempla expresamente la superación de uno o de ambos límites legales. La admisión a trámite de la solicitud se produce en base a esa *objetiva viabilidad formal*, es decir, en base al contenido del propio plan de viabilidad presentado por el autor o por los autores de la propuesta de convenio. Aunque posteriormente el informe de evaluación de los administradores concursales considera inviable el cumplimiento de ese convenio propuesto (art. 115.2), el juez no puede dejar sin efecto la admisión a trámite de la propuesta, a diferencia de lo que acontece cuando ésta tiene el carácter de anticipada (art. 107.2, inciso tercero).

El requisito documental es el de que la propuesta se presente acompañada de un informe emitido al efecto por la Administración económica competente. La Ley no aclara qué Administración pública es la competente, ni es precisa a la hora de determinar cuál debe ser el contenido de ese informe. Por lo que se refiere a la primera cuestión, la determinación de qué Administración debe emitir el informe está en función de la respuesta que se dé a la pregunta de qué economía es la referencia a tomar en cuenta para realizar el juicio sobre la especial trascendencia. Es evidente que si, en la masa activa, existieran una o varias empresas cuya actividad fuera especialmente importante para la economía nacional, el informe deberá ser emitido por aquel Ministerio económico del que dependa la actividad industrial (que, en la actualidad, es el Ministerio de Comercio, Turismo e Industria). Pero no es menos evidente que, si se admitiera que el requisito subjetivo comprende economías infranacionales, la determinación de la Administración pública competente estará en función de la economía que resulte especialmente afectada por ese concurso de acreedores. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, entre las distintas interpretaciones posibles, la que parece mejor fundada es aquella según la cual la Administración pública competente debe justificar en el informe que la actividad de esa empresa que exista en la masa activa del concurso tiene especial trascendencia para la economía. Esa es la idea que probablemente intenta expresar la Ley al señalar que el informe se emite al efecto, expresión que parece indicar no sólo que debe tratarse de un informe específico sobre la empresa afectada, sino también que debe tratarse de un informe justificativo de la especial trascendencia de la continuación de la actividad. Naturalmente, el informe no tiene por qué contener compromisos públicos, de contenido económico o de otro tipo. La Ley no exige

que, para la superación de los límites máximos, la Administración pública se comprometa en el plan de viabilidad.

3.2.2. La segunda excepción.- En el caso de propuesta anticipada de convenio, la Ley exige un único requisito: que, en el plan de viabilidad que acompañe a la propuesta anticipada, se contemple una quita o una espera superior - o una quita y una espera superiores - que sea necesaria para atender al cumplimiento del convenio con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 104.2), sea por el propio concursado, sea por asuntor (art. 100.2 II, inciso segundo). Es ésta una de las medidas de fomento de la propuesta anticipada de convenio: la de facilitar la presentación de esta clase de propuestas reduciendo los requisitos exigidos en los demás casos para la superación de los límites máximos de los convenios remisorios o dilatorios.

III. EL CONTENIDO POTESTATIVO.

1. La libertad de inclusión.

Además de este contenido esencial, el convenio puede incluir otros elementos distintos, que la Ley no enumera. Siempre que se respete el contenido esencial del convenio, los proponentes tienen plena libertad para incluir en la propuesta las más variadas estipulaciones, sin más límites que las generales (art. 1.255 C.c.) y las especiales que contiene la Ley Concursal (v., en particular, art. 100.3), las cuales, como ya se ha señalado, deben ser objeto de interpretación restrictiva. Al amparo de esta autonomía privada, es posible introducir en las propuestas de convenio los pactos, cláusulas y condiciones que los proponentes tengan por conveniente. La Ley se refiere a algunos de esos elementos

potestativos que se pueden adicionar al contenido esencial, referencia que, por supuesto, no agota, ni mucho menos, las combinaciones posibles. En un único caso, el del convenio que incluya asunción de la obligación del pago de los créditos por un tercero, se establece un mínimo régimen jurídico (v. art. 100.2 II) que, obviamente, será menester que la propuesta de convenio complete y precise.

Es indiferente que esos pactos o esas cláusulas sean económicamente las más importantes. La esencialidad jurídica de la quita, de la espera o de la quita y espera no equivale a esencialidad económica: la parte económica más importante del convenio puede radicar precisamente en ese contenido potestativo, esto es, en esas cláusulas que se añaden a las meramente remisorias o dilatorias. Así, por ejemplo, cuando exista un importante pasivo subordinado en el concurso de una sociedad perteneciente a un grupo, podrá ser económicamente más relevante para la viabilidad de esa sociedad la conversión en acciones de los créditos subordinados de las sociedades del mismo grupo, que la espera establecida para la satisfacción de los acreedores ordinarios.

En el caso de que el concursado sea una sociedad, ese contenido potestativo del convenio puede consistir en una determinada Aoperación societaria@ o en una determinada actuación social. Así, por ejemplo, entre los contenidos más frecuentes del convenio que constituyen Aoperación societaria@, estará la oferta de conversión de todos o de parte de los créditos (v. gr.: los subordinados) en acciones, participaciones o cuotas de la sociedad concursada (conversión a la que se refiere el art. 100.1 I); pero tampoco será infrecuente que la propuesta contemple otras operaciones sobre las acciones o sobre las participaciones ya existentes (v. gr.: conversión de acciones ordinarias en acciones sin

voto o en acciones rescatables) o sobre el capital social (reducción por pérdidas, aumentos del capital social mediante creación de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a nuevas aportaciones de los socios o de terceros), modificaciones estatutarias del más variado carácter (por ejemplo, modificación de la estructura del órgano de administración de la sociedad), o que incluya algunos cambios estructurales (como es el caso de la escisión, supuesto al que, junto con la referencia a una poco probable fusión, considera, siquiera incidentalmente, el artículo 100.3). Entre las actuaciones sociales que pueden incluirse como contenido del convenio, lugar muy destacado ocupa la exigencia del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra antiguos administradores de la sociedad: por virtud de esta estipulación inserta en el convenio, la sociedad se obliga a ejercitar la acción social de responsabilidad, previo acuerdo de la junta general de socios o de accionistas, determinando el convenio lo relativo a los profesionales que deben intervenir (v. gr.: fijación de la identidad del procurador y del abogado o del sistema para elegir a estos profesionales) y, sobre todo, el destino de las cantidades que pudiera conseguir la sociedad como consecuencia del éxito de esta acción.

2. Los límites de la libertad de inclusión.

Ahora bien, la libertad reconocida a las partes del convenio para añadir a la quita, la espera o a la quita y espera los más heterogéneos pactos y condiciones tiene algunos límites a los que interesa hacer referencia. En unos casos se trata de límites expresos, es decir, de límites que la propia Ley se encarga de hacer patentes; y, en otros, se trata de límites implícitos, que es preciso deducir del sistema legal. Desde otra perspectiva, esos límites pueden clasificarse en absolutos, de modo tal que no admitan excepción

de clase alguna, y en relativos, en la medida en que respecto de ellos juegue, en mayor o menor grado, la autonomía privada.

2.1. La modificación de la cuantía o de la clasificación de los créditos.

El convenio no puede suponer modificación de la cuantía de los créditos concursales privilegiados, ordinarios o subordinados (art. 100.3). Por supuesto, es posible que el convenio consista en una quita o remisión de los créditos ordinarios y subordinados; pero no es posible, al margen de esa quita o remisión, modificar la cuantía de los créditos reconocidos. En este sentido, no es conforme a Derecho un convenio en el que uno o varios créditos reconocidos experimenten aumento o reducción de la cuantía por muy importante que sea el porcentaje del pasivo que se adhiera o vote a favor de esta propuesta. Del mismo modo, se prohíbe expresamente que el convenio altere la clasificación legal de los créditos (art. 100.3). La prohibición comprende tanto el traslado de créditos de una clase a otra (v. gr.: la calificación como ordinarios de créditos clasificados como privilegiados; la calificación como ordinarios de créditos clasificados como subordinados, etc.) como la creación de clases nuevas y diferentes, distintas de las tres únicas establecidas por la Ley (v. art. 89).

2.2. La modificación de la prestación.

El convenio no puede imponer a los acreedores que la satisfacción, total o parcial de los créditos de que fueran titulares se realice en forma distinta a la pactada con cada uno de ellos en el momento de constituirse la obligación o, en defecto de pacto (y cuando se trata de obligaciones cuya fuente no sea el contrato), en bienes distintos del dinero. Así, en el concurso de un empresario agrícola dedicado a la producción de cítricos, el convenio no

puede contener una cláusula por cuya virtud el 10% del nominal de cada crédito ordinario se satisfará mediante la entrega de naranjas; y, del mismo modo, en el concurso de un empresario del sector inmobiliario, el convenio no puede contener una estipulación que obligue a los acreedores a recibir una cuota de copropiedad de un determinado inmueble construido o en construcción. Para que un acreedor se convierta en propietario o en copropietario de uno o varios bienes que integran la masa activa o en bienes de un tercero (v. gr.: bienes existentes en el patrimonio de una sociedad filial), se requiere el consentimiento individual del acreedor.

3. El convenio con cláusula de enajenación parcial de la masa activa.

3.1. La admisibilidad de esta modalidad.

Entre las cláusulas que pueden incluirse en la propuesta de convenio figuran las relativas a la *enajenación* de determinados bienes o derechos integrados en la masa activa. El hecho de que, en el sistema legal, el convenio tenga que ser de continuación no impide que, como contenido del convenio, se incluya la previsión de enajenar bienes o derechos de la masa para destinar los fondos que se obtengan, bien a la satisfacción de los acreedores (art. 100.4), bien a posibilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial. Cualquier bien y cualquier derecho que forme parte de la masa activa puede ser objeto de enajenación en ejecución del convenio. Incluso pueden ser objeto de enajenación (*rectius*, cesión) las acciones ya ejercitadas o por ejercitar contra los administradores y los liquidadores de la sociedad o las acciones rescisorias (y, en general, las acciones de reintegración) todavía no ejercitadas (v. una referencia a este tema, al tratar de la conclusión del concurso, en art. 176.3). Si las acciones rescisorias se hubieran ya ejercitado, no parece posible la cesión de esas acciones ya que el

concurado, que necesariamente debe ser parte del convenio, es precisamente la persona contra la que se ha dirigido la acción, junto con quienes hayan sido parte en el acto impugnado (art. 72.2): no tiene sentido que quien es parte del convenio pacte la cesión de una acción ejercitada contra él mismo.

La enajenación puede realizarse a favor de un acreedor o de un tercero (v. gr.: el asunto). Si se realizara a favor de un acreedor o de un grupo de acreedores, se debe considerar que la propuesta de convenio que incluya esta previsión atribuye a ese acreedor o a ese grupo de acreedores un trato singular (art. 125.1).

La Ley exige la *determinación* de los bienes o derechos objeto de la enajenación. No parece que sea suficiente la mera determinabilidad del objeto de la enajenación, ya que, en la norma en la que se contiene esa referencia (v. art. 100.4), se precisa que los recursos que se prevea obtener en esas enajenaciones deben consignarse *acon detalle*. Se autorizan, pues, enajenaciones singulares, determinadas en el propio convenio, sin que sea admisible la enajenación global de la masa activa. Pero nada impide que en el convenio se determinen los bienes y derechos que, como máximo, será posible enajenar, atribuyendo simultáneamente a una comisión de acreedores o a uno o varios administradores concursales (art. 133.2 II) la facultad de concretar los elementos y el tiempo de la enajenación en función de los mayores o menores recursos que genere la continuación de la actividad profesional o empresarial. En todo caso, el valor fijado en el inventario definitivo a los bienes y derechos objeto de transmisión se considerará como *avalor real*, no procediendo en consecuencia la comprobación de valores por parte de la Administración tributaria (art. 46.5 del texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1993, de

24 de septiembre, apartado que ha sido introducido por la disposición final 120.2 de la Ley Concursal).

3.2. Los límites.

No determina la Ley cuáles son los límites de esas enajenaciones singulares. La Exposición de Motivos ofrece una orientación de la existencia de un primer límite al señalar que la Ley no admite que el convenio se convierta en cobertura de solución distinta de aquella que le es propia (VI), es decir, que el concursado evite los más severos efectos de la solución liquidatoria a través de un convenio que, directa o indirectamente, encubra una liquidación. En el sistema concursal español, no sólo no tienen cabida los convenios de liquidación total de la masa activa, aunque no sean propiamente convenios de liquidación global o en conjunto, sino que tampoco tienen cabida aquellos convenios de liquidación parcial de la masa activa, a través de enajenaciones singulares de bienes y derechos, que afecten a la *mayor parte* de esa masa (o a la de *mayor valor*). La quita, la espera o la quita y espera constituyen el núcleo esencial de todo convenio concursal; y, por consiguiente, los elementos que se añadan a ese núcleo en modo alguno pueden desvirtuarlo. Un convenio de quita o de espera en el que se prevea la enajenación singular de elementos de la masa activa que afecten a la mayor parte (o a la parte de mayor valor) de esa masa debe considerarse prohibido.

Junto con este primer límite cuantitativo, existe un segundo límite cualitativo que igualmente es necesario deducir del sistema legal. En los convenios de quita, de espera o de quita y espera pueden incluirse cláusulas que prevean la enajenación de una parte determinada del patrimonio concursal; pero siempre que, entre los bienes y derechos objeto de liquidación, no figuren conjuntos afectos a la actividad profesional o empresarial del

concurado ni Aunidades productivas@. Esos Aconjuntos@ o esas Aunidades@ pueden ser objeto de Aenajenación@ en el marco de un convenio de asunción, total o parcial, del pasivo, por parte de una persona natural o jurídica determinada; pero no pueden ser objeto de enajenación al margen de esa específica figura. La Ley exige no sólo que el adquirente sea determinado, sino que asuma expresamente el compromiso de la continuidad de la actividad propia de esos Aconjuntos@ o Aunidades@ (art. 100.2 II).

IV. EL CONVENIO CON COMISIÓN DE ACREEDORES.

Aunque la Ley no menciona la figura de la comisión o comité de acreedores, no existe inconveniente en que, en el propio convenio, se prevea la constitución de esta comisión, a la que se atribuyan específicas funciones. La Ley se refiere a que el convenio puede encomendar a todos o a algunos de los administradores concursales determinadas funciones hasta el íntegro cumplimiento del convenio (art. 133.2 II); pero es posible que, en uso de la autonomía privada, esas funciones (u otras) se encomienden a acreedores concursales, y no a los administradores concursales. En ese caso, el convenio deberá determinar la composición y el régimen de actuación de la comisión o comité de acreedores, así como las funciones que se le atribuyan. Por lo general, se tratará de un Aórgano convencional@, que actuará en régimen de colegialidad, con capacidad de auto-organización.

Como no existen normas reguladoras, la *composición* del comité queda enteramente atribuida a lo que se establezca en el convenio. En ocasiones, los integrantes del comité serán los principales acreedores (es decir, aquellos que sean titulares de los créditos de mayor importe); otras veces, se tratará de una comisión en la que estén representados los acreedores de todas las clases

establecidas por la Ley o, al menos, de la clase privilegiada y de la clase ordinaria; y, en fin, no faltarán supuestos en los que la composición se articule por la naturaleza económica de los créditos (v.gr.: un representante de los acreedores por financiación, un representante de los proveedores y un representante de los trabajadores que sean acreedores) o por la cuantía (esto es, un representante de los Agrandes acreedores@, un representante de los acreedores intermedios y un representante de los Apequeños acreedores@, categorías que se definirán en el convenio). En el convenio, o bien se nombran directamente a los miembros de la comisión de acreedores, o bien se establecen las reglas para ese nombramiento. Naturalmente, la aceptación es voluntaria: los nombrados pueden aceptar el nombramiento si quieren; pero no están obligados a hacerlo. En algunos casos, se designan no sólo a los miembros titulares, sino también a los miembros suplentes, para el supuesto de que, por cualquier causa, alguno de los designados no acepte el nombramiento o no pueda cumplir las funciones propias del cargo.

En cuanto a la *retribución*, se estará a lo establecido en el convenio. Si el convenio guarda silencio sobre este particular, se entenderá que el cargo es gratuito, pero los miembros de la comisión de acreedores tendrán derecho a ser reintegrados de los gastos en que incurran en el desempeño de las funciones atribuidas.

Entre las *funciones* que pueden atribuirse a esta comisión o a este comité de acreedores, destaca la relativa a la fiscalización o supervisión del cumplimiento del convenio por el concursado. En este sentido, puede atribuirse a la comisión de acreedores la facultad de examen de la contabilidad del concursado; el derecho a recibir información periódica; la facultad de impartir instrucciones sobre el mejor modo de ejercicio de la actividad profesional o

empresarial por el concursado; la facultad de autorizar determinadas operaciones (v.gr.: la solicitud de préstamos o créditos por importe que supere un determinado límite); e, incluso, la facultad de enajenar bienes determinados (con los límites antes señalados) si existe riesgo de que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos adquiridos (frente a los acreedores de la masa o frente a los propios acreedores concursales).

En todo caso, las funciones atribuidas convencionalmente a esta comisión o a este comité de acreedores no pueden afectar, directa o indirectamente, a las funciones atribuidas por la Ley a otros órganos concursales, o a los derechos de los acreedores. En este mismo sentido, la existencia de un comité no exime al concursado de informar periódicamente al juez del cumplimiento de ese convenio (art. 138); pero no es contrario al sistema legal establecer un deber de información, igualmente periódico, a los miembros del comité, con una periodicidad inferior a la semestral establecida por la Ley para la información al juez.

V. EL CONVENIO DE CONTENIDO ALTERNATIVO.

1. Consideración general.

La propuesta de convenio, sea propuesta anticipada (arts. 104 y sigs.), sea la formulada (por el concursado o por los acreedores que superen la quinta parte del total pasivo: art. 113) para que sea tramitada en la fase segunda del concurso de acreedores (arts. 111 y sigs.), puede tener un contenido único o un contenido alternativo. Se denomina propuesta con contenido alternativo aquella que ofrece a los acreedores la facultad de elegir entre dos o más posibles modalidades de satisfacción. La alternativa puede ser dual - es decir, cuando son dos las

modalidades de satisfacción posibles - o plural - cuando las modalidades de satisfacción son más de dos -. Cada una de estas modalidades tiene los mismos límites que la propuesta de contenido único (v. art. 100).

La Ley se refiere en distintos artículos a esta clase de propuestas (arts. 99.1, 100.2 I y 134.1 II) y regula específicamente la facultad de elección de las distintas alternativas por parte de los acreedores concursales (art. 102)².

² Ni el Código de comercio de 1885 ni la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 se ocupaban de las propuestas de convenio con contenido alternativo. La práctica concursal, sin embargo, conocía casos en los que, en el convenio, se concedía a los acreedores la facultad de optar entre distintas alternativas. La Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 dedicaba un artículo a regular estas propuestas (art. 154). Con algunas modificaciones de redacción (que mejoran el texto del apartado primero, pero oscurecen la comprensión de la norma contenida en el apartado segundo), ese artículo es el que sirvió de modelo al Anteproyecto de Ley Concursal de 2000 y al Proyecto de Ley (art. 101).

2. El contenido alternativo.

En realidad, las propuestas con contenido alternativo pueden tener objeto muy variado. Así, por ejemplo, una propuesta puede ofrecer a los acreedores la facultad de elegir entre una quita del 30%, con pago a medida que se vayan produciendo los vencimientos de los créditos de que fueran titulares, y una espera a tres años, con pago íntegro al final de esos tres años. Igualmente, es admisible una propuesta que atribuya a los acreedores la facultad de elección entre un cobro aplazado de los créditos a cinco años, con reducción del 50% del nominal de cada uno de ellos (v. art.

Durante la tramitación parlamentaria, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados presentó una enmienda en la que suprimía la referencia a las *clases* de acreedores contenida en el apartado primero por considerar que podía dar lugar a *problemas de interpretación*, así como a la referencia a la Junta de acreedores contenida en el apartado segundo *porque el problema del ejercicio de la facultad de elección está igualmente presente en los convenios anticipados que, por definición, son convenios que se concluyen sin reunión de junta*. Además, proponía reducir a un mes el plazo de tres meses fijado por el artículo para el ejercicio de la facultad de elección (enmienda número 319). La enmienda no prosperó. La Comisión de Justicia e Interior se limitó a modificar el número del artículo (que pasó a ser el 102); a sustituir la expresión *una o varias clases*, que figuraba en el apartado primero, por la de *alguna clase*; y a reducir drásticamente el plazo para el ejercicio de la facultad de elección, que de tres meses quedó fijado en diez días. En el Senado no se modificó la redacción del artículo aprobada por el Congreso.

100.1) o la conversión de dichos créditos en acciones o en participaciones de la sociedad concursada (v. art. 100.2 I). Ahora bien, no puede incluirse como contenido alternativo de una propuesta una modalidad de satisfacción que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos (art. 125.2). Naturalmente, algunas de las propuestas de convenio no pueden formularse en términos alternativos: así sucede, por lo general, cuando la propuesta sea de un convenio por asunción (art. 100.2 II).

El problema fundamental que plantean las propuestas de contenido alternativo es determinar si son válidas como propuestas de contenido único cuando una de las modalidades de satisfacción previstas resulta contraria a la Ley. Así, cuando se pretende someter a la aceptación de los acreedores una propuesta consistente en una quita del 60% con pago inmediato o en una espera a cuatro años. Mientras que, en el ejemplo señalado, la quita sería contraria a la Ley, la espera estaría dentro de los límites máximos términos permitidos (art. 100.1 I). En estos casos, la solución correcta es que el juez, dentro del plazo de tres días establecido para la admisión de la propuesta anticipada de convenio (art. 106.2 II) o de la propuesta de convenio a tramitar durante la segunda fase (art. 114.1, segundo inciso), conceda la posibilidad de subsanación si aprecia que la propuesta alternativa presenta algún defecto en una o varias de las modalidades de satisfacción que contiene; y, naturalmente, el autor de la propuesta procederá a esa subsanación, dentro del término legal, suprimiendo de la misma la parte o partes que sean contrarias a la norma legal. Si no tiene lugar la subsanación, en la opción entre la invalidez total y absoluta de la propuesta alternativa o la validez parcial de la misma (sea como propuesta de contenido único, sea como propuesta alternativa aunque reducida la facultad de elección), resulta preferible la solución favorable a la validez parcial de la propuesta presentada.

El principio de conservación de las declaraciones de voluntad permite entender, en efecto, que, en estos casos, se produce la conversión de la propuesta de contenido alternativo en propuesta de contenido único (o la conversión de la propuesta de contenido alternativo plural en propuesta de contenido alternativo dual o con facultad de elección más reducida). No obstante, si el contenido único del convenio que quedara como consecuencia de la invalidez de la alternativa fuera la conversión del crédito en acciones o participaciones sociales, la propuesta no podría ser admitida a trámite por cuanto que la conversión no es una modalidad que pueda imponerse a los acreedores que no la acepten expresamente.

3. La facultad de elección.

La característica esencial de la propuesta con contenido alternativo es el *ius electionis* que se atribuye a los acreedores. La función económica de esta clase de propuestas consiste en ampliar las posibilidades de aceptación del convenio: a la totalidad o a parte de los acreedores se reconoce el derecho de elegir entre distintas modalidades de satisfacción; es decir, que se deja al titular de esa facultad un margen de libertad para que, valorando el interés propio, decida entre esas modalidades. En un primer momento, al formular la propuesta de convenio, el deudor establece un conjunto de posibles soluciones para el pago de lo debido (o de posibles modos de cumplir esa obligación de pago), perfectamente individualizadas (v. gr.: pago aplazado sin quita o pago inmediato con quita), que, en un segundo momento, se individualizan por cada acreedor al ejercitar la facultad de elección o por la propia Ley al establecer una solución supletoria para el caso de que, por cualquier causa, no tenga lugar esa elección.

La importancia de esta facultad de elección justifica que la mayor parte del precepto esté dedicada a regularla. El artículo se ocupa de la titularidad de esta facultad (art. 102.1) y del momento de ejercicio (art. 102.2). Al mismo tiempo, la Ley exige que la propia propuesta contenga una solución supletoria para el caso de que el acreedor no ejercite oportunamente esa facultad (art. 102.1).

3.1. Los titulares de la facultad de elección.

Por razón de la titularidad de la facultad de elección, las propuestas con contenido alternativo se clasifican en *generales* y *especiales*. Son generales aquellas que atribuyen la facultad de elección a todos los acreedores concursales, sean ordinarios, sean privilegiados o preferentes, sean subordinados. Son especiales aquellas en las que la atribución de esa facultad se realiza en favor de una o varias clases. El término *clases* tiene un contenido conceptual distinto del término *grupo*. Se denomina *grupo de acreedores* a aquél que se compone por acreedores determinados por sus características (art. 125.1). El *grupo* se puede delimitar sobre la base de las más heterogéneas características. Así, por ejemplo, en un concurso de acreedores, pueden establecerse reglas especiales en función de la causa del crédito (v. gr.: el *grupo* de los proveedores); y en otro concurso atenderse al dato de si los créditos concursales se encuentran o no vencidos (así, el *grupo* de los titulares de créditos vencidos y el *grupo* de los titulares de créditos pendientes de vencimiento). Por el contrario, se denomina *clase* a cada una de las que, para la clasificación legal de los créditos concursales, establece la propia Ley. En este sentido, las clases de créditos sólo son tres: la clase de los créditos privilegiados (o preferentes: arts. 90 y 91), la clase de los créditos ordinarios (art. 89.3) y la clase de los créditos subordinados (arts. 92 y 93). De ahí que, cuando la Ley establece que la propuesta de convenio puede ofrecer a los acreedores de una o

varias clases la facultad de elegir entre diversas alternativas (art. 102.1), debe entenderse que los posibles titulares de esa facultad de elección, según haya tenido a bien el proponente, sólo pueden ser los integrantes de cada una de esas categorías legalmente establecidas, y no otros. Ni siquiera cabe que la propuesta alternativa ofrezca una determinada elección a los titulares de créditos con preferencia general (art. 91) y no a los titulares de crédito con preferencia especial (art. 90). Por supuesto, en las propuestas de contenido alternativo especiales la facultad de elección se puede atribuir a una única clase (v. gr.: a la clase de los créditos subordinados) o a dos clases (v. gr.: a la clase de los créditos ordinarios y a la clase de los créditos subordinados).

En todos aquellos casos en los que se reconoce una determinada alternativa a los acreedores privilegiados, bien en una propuesta general, bien en una propuesta especial, hay que entender, lógicamente, que los destinatarios de la alternativa son tan sólo aquellos acreedores privilegiados que acepten la propuesta de convenio (arg. ex arts. 123.2 y 134.2).

Es perfectamente posible combinar la titularidad de la facultad de elección con el contenido alternativo de la propuesta, de modo tal que cada clase tenga la facultad de elección entre alternativas recíprocamente diferentes. También es posible que las alternativas que se ofrezcan a todas o a algunas de las clases sean más o menos amplias según la clase de que se trate. Así, por ejemplo, una alternativa con tres modalidades a los titulares de créditos ordinarios y una alternativa con dos modalidades a los titulares de créditos subordinados.

En todo caso, el ejercicio de la facultad de elección es independiente del derecho de adhesión y de voto. Existen acreedores que no tienen derecho a adherirse a la propuesta de

convenio o a votar a favor de ella (arts. 122 y 87.3) y que, sin embargo, tienen la facultad de elección. Entre otros, en esta situación se encuentran los acreedores subordinados, que, aunque no pueden configurar la voluntad colectiva (art. 122.1-11) tienen la facultad de elegir entre las distintas alternativas que reconozca el convenio (y no sólo la facultad de aceptar la conversión de los créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, que es el supuesto al que expresamente se refiere el art.134.1 II, inciso segundo).

La facultad de elección es *individual*, en el sentido de que corresponde única y exclusivamente al acreedor titular. No sería admisible una propuesta de contenido alternativo en la que la determinación de la modalidad de satisfacción no se realizara en función de las elecciones individuales de los miembros de una clase, sino en función del criterio de la mayoría de los integrantes de esa clase que hubieran ejercitado la facultad de elección, sea mayoría numérica, sea mayoría crediticia (es decir, calculada por el importe de los respectivos créditos). El único titular del derecho de elección es el acreedor: no son admisibles aquellas propuestas con contenido alternativo en las que se atribuya al concursado, a la administración judicial, a cualquiera de los acreedores (v. gr.: al principal acreedor) o a un tercero la facultad de elección en caso de falta de ejercicio de dicha facultad por el acreedor titular.

La facultad de elección no es una declaración de voluntad que necesariamente tenga que ser pura y simple. Aunque, por regla general, el acreedor concursal se limitará a ejercitar la facultad de elección sin ningún elemento accidental en la declaración que emite, no existe inconveniente en que la elección se someta a determinadas condiciones (siempre cuya existencia pueda constatarse en la misma junta o, si existiera plazo para el ejercicio de esta facultad de elección, dentro del plazo fijado). Así, por

ejemplo, la alternativa de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales puede elegirse por el acreedor condicionada a que esa conversión sea aceptada por un determinado porcentaje del pasivo ordinario y subordinado.

3.2. El momento de ejercicio de la facultad de elección

Por lo que se refiere al momento de ejercicio de la facultad de elección, la redacción de la norma es poco precisa. No obstante, es posible distinguir los casos en los que la propuesta de contenido alternativo contenga plazo para el ejercicio de la facultad de elección de aquellos otros en los que no se hubiera establecido plazo alguno.

3.2.1. El plazo convencional: el límite legal.

En el primer supuesto, el ejercicio de la facultad de elección deberá realizarse en el plazo establecido en la propuesta de convenio, el cual no podrá exceder de diez días a contar de la firmeza de la sentencia que lo apruebe (art. 102.2). Existe, pues, un ámbito muy restringido de libertad para que el autor de la propuesta establezca un plazo mayor o menor a fin de que los acreedores elijan entre las distintas modalidades de satisfacción que ofrezca dicha propuesta: el plazo para el ejercicio de la facultad de elección no puede exceder el plazo máximo legalmente permitido. Cuando la propuesta es anticipada, resulta absolutamente necesario que el convenio señale el plazo para el ejercicio de la facultad de elección, por cuanto que la norma supletoria únicamente es de aplicación para el convenio de tramitación ordinaria, que es el único que requiere la convocatoria y constitución de la junta de acreedores (art. 102.2).

El principal problema que plantea la solución legal es el del *dies a quo* fijado para el cómputo del plazo. Desde un punto de vista material, porque sólo los acreedores concursales que se hubieran personado en el procedimiento conocerán la fecha en que deviene firme la resolución judicial aprobatoria del convenio. Por razón del momento en que la publicidad de la sentencia aprobatoria tenga lugar (art. 132), los acreedores no personados pueden conocer que el convenio ha sido aprobado cuando ya ha transcurrido el plazo de diez días desde la firmeza de esa resolución. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, ese *dies a quo* resulta igualmente conflictivo cuando, recurrida la sentencia en apelación y decretada la suspensión de la eficacia del convenio (lo que, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, es excepcional: v. art. 133.1 en relación con art. 197.5), el juez haya acordado la eficacia parcial del convenio (art. 129.4 en relación con art. 133.3). En estos casos de eficacia parcial, acordada como medida cautelar, el ejercicio de la facultad de elección deberá realizarse dentro del plazo correspondiente a contar desde la firmeza de la resolución que acuerde dicha eficacia parcial.

En cuanto a la forma para el ejercicio de la facultad de elección en los casos en los que el propio convenio establezca un plazo para ese ejercicio, habrá que estar a lo fijado en el propio convenio. Si el convenio no contuviera previsión alguna sobre este particular, el acreedor podrá ejercitar esta facultad en la forma que tenga por conveniente (escrito dirigido al juzgado, comunicación al concursado, etc.).

3.2.2. La solución legal supletoria.

En el segundo supuesto - es decir, cuando el convenio no contenga plazo para la elección -, la facultad de elección debe ejercitarse por cada acreedor en la propia junta de acreedores (art.

102.2). Si el acreedor asiste a la junta, por si o por medio de representante, la facultad de elección se ejercitará una vez que haya sido aceptada la propuesta de convenio. Por el hecho de asistir a la junta en representación de un acreedor con la facultad de intervenir en ella e intervenir cualquier clase de propuesta de convenio, debe considerarse que el representante tiene también la facultad de ejercitar la facultad de elección. Comoquiera la facultad de elección tiene que ejercitarse en la propia junta de acreedores, se plantea la duda de si los acreedores firmantes de la propuesta o los adheridos con anterioridad a esa junta, que no asistan a ella, por si o por medio de representante (y que, sin embargo, son tenidos por presentes a efectos del *quorum* de constitución: art. 118.3, computándose esa autoría o esa adhesión como votos favorables a la propuesta de convenio: art. 121.4 II), tienen algún medio alternativo para elegir, sin que les sea de aplicación la solución supletoria prevista en el propio convenio. En particular, no debería existir inconveniente en admitir que, al formular la propia propuesta de convenio o al adherirse a ella, esos acreedores manifestasen ya en qué sentido ejercitan la facultad de elección para el caso de que la propuesta obtenga en la junta de acreedores o el porcentaje o porcentajes establecidos por la Ley para considerar que ha sido aceptada. En todo caso, en el acta de la junta el secretario debería dejar constancia de la elección que hubiera efectuado cada uno de los acreedores aunque no lo hubieran solicitado expresamente (v., sin embargo, art. 126.1, que no prevé lo relativo a la constancia en acta de la elección efectuada por cada acreedor). Aunque la elección no conste en el acta de la junta, la prueba de que se ha realizado y del sentido de la misma podrá realizarse en base a la preceptiva grabación de la junta en soporte audiovisual (art. 126.3 y 4, inciso segundo).

La declaración de voluntad de elección es unilateral, puesto que se forma exclusivamente con la declaración del titular de la

facultad; pero no es recepticia, por cuanto que, la elección expresa que realice el acreedor no tiene por qué ser notificada al concursado (v. art. 1.136 I CC), sino que produce plenos efectos desde que conste en los autos, siempre que se realice en la forma establecida por la Ley y dentro de plazo.

La facultad de elección, una vez ejercitada, es irrevocable. El acreedor no tiene un *ius variandi*. En ciertos casos admite la Ley la revocación de la adhesión a la propuesta de convenio (v. art. 108.2 y art. 110.2 en relación con art. 121.4). En esos casos, revocada una adhesión, queda automáticamente sin efecto la elección que se hubiera realizado en el momento de adherirse a la propuesta de convenio. Del mismo modo, el acreedor concursal que asista a la junta convocada por el juez para la votación de una propuesta de convenio a la que se hubiera adherido puede ejercitar la facultad de elección de modo diferente al que hubiera ejercitado en el momento de la adhesión para el caso de que esa propuesta obtuviera los porcentajes necesarios para la aceptación; y, si, al emitir el voto o con posterioridad (en el caso de que se hubiera establecido un plazo determinado para el ejercicio de la facultad de elección), no elige algunas de las soluciones alternativas contenidas en la propuesta, será de aplicación la solución legal supletoria, aunque hubiera habido elección en el momento de la adhesión.

3.3. La falta de ejercicio de la facultad de elección.

3.3.1. La solución convencional supletoria.

Para que una propuesta de contenido alternativo pueda ser admitida a trámite, se requiere, como condición esencial, que determine qué opción es la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección (art. 102.1). La Ley admite la posibilidad

de formular propuestas de contenido alternativo, pero exige que se establezca expresamente la *solución supletoria* para el caso de falta de ejercicio de la facultad de elegir entre las distintas modalidades de satisfacción que contenga la propuesta. Si no se incluyera esta solución supletoria, la propuesta de contenido alternativo tendrá el carácter de propuesta defectuosa, aunque subsanable. La solución supletoria es de aplicación a todos los acreedores ordinarios y subordinados que no hubieran ejercitado oportunamente la facultad de elección.

La solución supletoria debe ser terminante y clara, de modo tal que permita determinar, sin género de dudas, cuál de las dos o de las plurales modalidades de satisfacción se entiende aceptada por el acreedor, háyase o no adherido a la propuesta o haya o no votado a favor de la misma. Sin embargo, esta solución no tiene por qué ser única para todas las clases de créditos. Es admisible que la solución supletoria correspondiente a los créditos ordinarios no coincida con la aplicable a los créditos subordinados. Naturalmente, si no resulta otra cosa de la propia propuesta, la alternativa aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección será la misma para todas las clases de créditos. Ahora bien, cuando sean más de dos las alternativas, no existe inconveniente en que la solución supletoria esté sometida a condición. Así, por ejemplo, que una determinada solución tan sólo valga como supletoria si hubiera sido expresamente elegida por un porcentaje determinado del pasivo concursal, aplicándose en otro caso como supletoria una solución distinta igualmente prevista en el convenio.

Una vez aprobado el convenio, el cumplimiento de dicho convenio por el concursado tiene que realizarse en función de la elección que hubiera realizado cada uno de los acreedores o de la que, como consecuencia de la solución legal supletoria, resulte aplicable. Los efectos jurídicos de la elección consisten en la

concreción de la obligación del concursado, el cual, desde la firmeza de la resolución aprobatoria del convenio, queda obligado al cumplimiento de ese convenio frente a cada uno de los acreedores en los términos que resulten de la elección realizada o de la que, como solución supletoria, establece la Ley.

3.3.2. Los límites de la autonomía privada.

La autonomía privada para configurar una determinada alternativa como supletoria no es absoluta. En este sentido, no puede configurarse como solución convencional supletoria una modalidad de convenio que imponga a los acreedores que la satisfacción total o parcial de que fueran titulares se realice mediante prestación distinta a la pactada con cada uno de ellos en el momento de constituirse la obligación, o, en defecto de pacto, en bienes distintos del dinero. Del mismo modo, la conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales no puede configurarse como solución convencional supletoria, sino que exige el consentimiento expreso del acreedor concursal. No sólo deben considerarse prohibidos aquellos convenios en los que la conversión se establece como la única solución posible para todos acreedores o para los de una o varias clases, sino también aquellos convenios en los que, la conversión sea la solución aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por parte del acreedor.

4. Consideración especial del convenio con cláusula de conversión.

Entre el contenido potestativo del convenio de acreedores, la Ley se refiere expresamente a que la propuesta de convenio puede contener, además de la quita, de la espera o de la quita y espera, Aproposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en

acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos@ (art. 100.2 l). Se prohíbe, pues, que la conversión se formule como contenido único del convenio. Los convenios con cláusula de conversión sólo son admisibles si se formulan en términos alternativos, es decir, si la propuesta de convenio ofrece a todos los acreedores o a los de una o varias clases la facultad de elegir entre diversas alternativas (art. 102.1).

4.1. La conversión en capital.

La primera modalidad de esta clase de convenio es aquella en la que el contenido de la proposición alternativa consiste en la conversión del crédito en capital: en acciones o en obligaciones convertibles o canjeables, si la sociedad concursada es anónima o comanditaria por acciones; en participaciones, si es sociedad de responsabilidad limitada; o en cuotas, si es colectiva o comanditaria simple. La Ley fomenta esta medida mediante la exención del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (art. 45.1, letra aB@, número 19, del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, exención que ha sido introducida precisamente por la disposición final 120.1 de la Ley Concursal).

La conversión puede ser total o parcial: será total cuando la totalidad del crédito se convierta en capital social; y será parcial cuando únicamente una parte de ese crédito sea sustituido por acciones, participaciones o cuotas. En el primer caso, el acreedor dejará de ser acreedor y pasará a ser accionista o socio de la sociedad; en el segundo caso, la situación jurídica del acreedor depende de que se hubiera pactado o no una quita para la parte del crédito que no sea objeto de conversión: si existiera quita o

remisión por la parte del crédito que no sea objeto de conversión, el acreedor perderá la condición de tal; y si no existiera esa quita o si fuera sólo por una parte inferior a la que se convierte, el acreedor continuará ostentando esta condición, aunque con un crédito menor (que habrá de ser satisfecho en la forma prevista en el convenio). Comoquiera que el acreedor que convierte los créditos en capital deja de ser acreedor para pasar a ser accionista o socio de la sociedad concursada por la totalidad o por parte del crédito, se exige el consentimiento expreso del titular de los créditos, es decir, se exige que el acreedor opte expresamente por la conversión, no pudiendo considerarse conforme a Derecho aquel convenio en el que se considere convertido el crédito en capital en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por el acreedor.

En todos estos casos de conversión de créditos en capital, el cumplimiento del convenio exige que la sociedad acuerde el aumento del capital social en la medida necesaria para la conversión de todos aquellos créditos cuyos titulares hubieran ejercitado la facultad de elección en favor de esa conversión. Si la sociedad no adoptara el acuerdo o si los administradores sociales no procedieran a ejecutarlo para hacer efectiva la conversión, cualquier acreedor que hubiera optado por la conversión podrá solicitar del juez del concurso la declaración de incumplimiento (art. 140.1).

Si la sociedad concursada es una sociedad de capital, la conversión de créditos concursales en acciones o participaciones sociales debe realizarse con observancia de las normas legales establecidas para esta clase de aumentos del capital social (v. arts. 156, 158 y 159 LSA y 74.2, 75 y 76 LSRL). Así, si la sociedad es anónima se requiere, en primer lugar, que, al menos, un 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles y que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años (art. 156.1, letra aa@,

LSA), exigencia que, en algunos casos, no planteará problemas, pero que, en otros muchos, puede impedir incluso la formulación de la propuesta de convenio con esta alternativa de conversión; y se requiere, en segundo lugar, certificación del auditor de cuentas de la sociedad que acredite la exactitud de la situación de esos créditos (art. 156.1, letra a), LSA). Al mismo tiempo, será preciso observar los requisitos establecidos para la supresión del derecho de suscripción preferente de las nuevas acciones que se emitan (art. 159 LSA; v. también art. 76 LSRL). Precisamente, la conversión de créditos en acciones en ejecución de un convenio concursal constituye uno de los supuestos típicos en los que se encuentra justificada la supresión del derecho de preferencia. Como en el momento en el que la junta general de accionistas acuerda el aumento del capital social, se conoce ya qué acreedores han optado por la conversión, no es imprescindible prever el caso de aumento incompleto (art. 161 LSA).

Las nuevas acciones a emitir pueden ser iguales a las que existan en circulación o ser acciones con un distinto contenido de derechos. Así, es posible emitir acciones privilegiadas (dentro de los límites legales: v. art. 50 LSA) a entregar en contraprestación de los créditos concursales, incluidas las acciones sin voto (arts. 90 a 92 LSA siempre por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado) y, si la sociedad declarada en concurso fuera sociedad cotizada, incluidas también las acciones rescatables (arts. 92 bis y 92 ter LSA). En el caso de que, en lugar de acciones, se emitan obligaciones convertibles (arts. 292 a 294 LSA), el importe total de las emisiones no puede superar al capital social desembolsado más las reservas (art. 282.1 LSA), salvo que se trate de obligaciones hipotecarias o pignoraticias (con prenda de valores o con prenda sin desplazamiento de la posesión) o de obligaciones garantizadas por el Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia o el Municipio (art. 284.2 LSA).

En cuanto a la conversión en cuotas de sociedades colectivas o comanditarias simples, la operación requiere el consentimiento de todos los socios colectivos, salvo estipulación contraria de la escritura o de los estatutos sociales (art. 212.1, inciso primero, RRM).

Aunque, por lo general, la conversión se realizará mediante creación de nuevas acciones o participaciones sociales, también puede realizarse con cargo a acciones en régimen de autocartera, cuando la sociedad haya adquirido legítimamente las propias acciones (arts. 75 y 77 LSA) y no hayan transcurrido todavía los plazos legales para la enajenación de estas acciones o para la amortización de las mismas (arts. 76 y 78 LSA).

4.2. La conversión en créditos participativos.

La segunda modalidad es aquella en la que el contenido de la proposición alternativa consiste en la conversión de los créditos simples en créditos participativos. La figura del préstamo o del crédito participativo no es sino una modalidad contractual moderna, que deriva de los antiguos préstamos parciarios, pactada al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 C.c.). Aunque, bajo la misma denominación, se engloban contratos de contenido heterogéneo, existe un denominador común a todos ellos, que es precisamente la *cláusula de participación*: la retribución del prestamista o del concedente del crédito está en función, total o parcialmente, de los beneficios que pueda obtener el prestatario o el acreditado. En algunos casos (como, por ejemplo, en la legislación sobre reconversión industrial: v. art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre), a la cláusula de participación se añade una cláusula de subordinación, de modo tal que la satisfacción de los titulares de créditos participativos se

subordina a la previa e íntegra satisfacción de los titulares de los demás créditos de que sea titular el prestatario o el acreditado.

La Ley Concursal no permite que el contenido único del convenio consista en la conversión de los créditos concursales en créditos participativos. Exige, por el contrario, que esa conversión sea una de las alternativas posibles, ofreciendo a todos los acreedores o a los de una o varias clases la facultad de elegir entre dos o más alternativas, de las que una sola es la de la conversión. Ahora bien, como la conversión no altera la naturaleza del crédito, aunque altere la modalidad (es decir, como la conversión no supone que el acreedor deje de serlo para convertirse en accionista o en socio), es posible que el convenio determine que, en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por el acreedor, el crédito ordinario o subordinado de que fuera titular se convertirá automáticamente en crédito participativo, con el contenido que para esta modalidad crediticia se haya fijado en dicho convenio. Es ésta una diferencia muy significativa con la hipótesis anterior de conversión de créditos en acciones o participaciones sociales.

El principal problema que plantea esta conversión es la relativa a la duración del crédito participativo. En la práctica española - y también en aquellas modalidades especiales que contempla la legislación económico-administrativa -, los créditos participativos suelen ser créditos a largo plazo (a diez, a quince, a veinte años). Sin embargo, la Ley Concursal prohíbe las esperas por período superior a cinco años, salvo que concurra alguno de los supuestos excepcionales en los que se permite la superación de ese plazo. Por esta razón, cuando la conversión prevista suponga que el vencimiento del crédito participativo o la amortización del préstamo de esta naturaleza tenga lugar transcurrido ya el máximo legal permitido, deberán respetarse escrupulosamente los requisitos

establecidos por la Ley para esa superación (v. arts. 100.1 II y 104.2).

VI. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LA PROPUESTA DE CONVENIO CON ASUNCIÓN.

1. La figura del convenio con asunción.

La única modalidad de convenio para la que la Ley Concursal establece un régimen especial es la del *convenio con asunción*. Con esta expresión se alude a aquel convenio en el que un acreedor o un tercero asume la obligación de pagar total o parcialmente los créditos de los acreedores concursales *en los términos expresados en la propuesta de convenio*, es decir, con quita, con espera o con quita y espera (art. 100.2 II, inciso segundo). La figura del convenio con asunción tiene especial interés por cuanto que permite la continuación por el asuntor de la actividad profesional o empresarial con el conjunto de bienes y derechos afectos a esa actividad que, con este específico fin, se le transmite (art. 100.2 II, inciso primero).

Se trata de una modalidad que puede pactarse tanto en los casos de insolvencia real y efectiva como en los casos de insolvencia inminente. El convenio por asunción es independiente de que el concurso tenga el carácter de voluntario o de necesario; y es independiente también de la tramitación que corresponda a la propuesta: puede existir un convenio anticipado con asunción total o parcial del pasivo y puede existir un convenio con asunción que haya sido objeto de tramitación ordinaria. Se trata, además, de una modalidad de convenio que puede provenir tanto del deudor como de los acreedores en aquellos casos en los que la Ley reconoce a éstos legitimación para formular propuesta de

convenio (art. 113). Precisamente porque asume obligaciones legalmente exigibles, el asuntor debe firmar la propuesta de convenio, bien por si mismo, bien por medio de representante con poder suficiente (art. 99.1 II), y esa firma debe estar legitimada (art. 99.2).

El asuntor puede ser una persona natural o una persona jurídica de cualquier clase, nacional o extranjera. No se exige una determinada antigüedad: el asuntor puede ser una sociedad creada *ad hoc*, esto es, con esta específica finalidad. La Ley se contenta con exigir que aparezca determinada en la propuesta de convenio (art. 100.2 II, inciso primero), a fin de que, de este modo, los acreedores - y también los trabajadores - puedan conocer la identidad del futuro titular de los establecimientos, las explotaciones o las unidades productivas que se pretenden transmitir a esa persona y valorar la honorabilidad, la capacidad económica y la capacidad profesional o empresarial de la misma. No hay inconveniente en que el asuntor sea un acreedor concursal (privilegiado, ordinario o subordinado) o un acreedor de la masa. Así, por ejemplo, el asuntor puede ser una sociedad acreedora perteneciente al mismo grupo que la sociedad concursada. En algunos casos, en función del contenido del convenio, la asunción supondrá la atribución de un trato singular al acreedor asuntor (art. 125.1), pero no siempre será así: habrá que estar a lo pactado para determinar si ese convenio por asunción constituye o no un supuesto de trato singular, en cuyo caso será exigible, además de la obtención de la mayoría que corresponda, la adhesión a la propuesta de convenio o el voto favorable, en la misma proporción, del resto del pasivo.

Al lado de la asunción individual - es decir, de la asunción por una única persona, natural o jurídica -, puede darse el caso de la asunción plural. Existe asunción plural cuando los asuntores son

varios, bien por asumir conjuntamente las obligaciones de continuación y de pago, bien por asumir cada uno de ellos una continuación y un pago parcial de los créditos de los acreedores en función del establecimiento, de la explotación o de la unidad productiva objeto de la adquisición respectiva. Así, por ejemplo, sucede cuando uno de los asuntores se obliga a continuar la explotación de un establecimiento sito en Barcelona y a satisfacer a los acreedores concursales el 20% del nominal de los créditos reconocidos, con una espera a dos años, y otro se obliga a continuar la explotación de un establecimiento sito en Sevilla y a satisfacer a esos acreedores el 30% del nominal de esos mismos créditos, con una espera a tres años.

2. La doble obligación de asunción.

En el convenio con asunción, el asuntor asume una doble obligación: la obligación de continuar la actividad profesional o empresarial propia de las unidades productivas a las que afecte@ y la obligación de asumir la totalidad o parte del pasivo concursal. Existe, pues, una doble obligación a cargo del asuntor. Para que el juez pueda admitir a trámite una propuesta de convenio con asunción se exige ese doble compromiso a cargo del asuntor. No se admite un convenio en el que el asuntor asuma únicamente una de estas dos obligaciones.

2.1. La obligación de asumir la continuación de la actividad.

En el sistema concursal español no hay convenio con asunción de bienes y derechos si el asuntor no se obliga a continuar la actividad específica del establecimiento, de la explotación o de la unidad productiva que adquiere. No es suficiente con el compromiso de continuar la actividad; se exige que ese compromiso sea de continuación de la *misma actividad*, aunque

con las modificaciones que el nuevo titular considere necesarias o convenientes. La continuidad de la actividad puede ser exclusiva del asuntor o coexistir con la continuidad de la actividad por parte del deudor. En este sentido, las modalidades básicas del convenio con asunción, tal como aparece concebido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, se distinguen según que exista o no continuación por el propio deudor del ejercicio de esa actividad. En unos casos, el asuntor es el único que continúa el ejercicio de la actividad a la que se había dedicado o a la que hasta entonces se había dedicado el deudor; y, en otros casos, la continuación en el ejercicio de esa actividad es común al asuntor y al concursado: el concursado la continúa con los establecimientos, las explotaciones y las unidades productivas que conserva, y el asuntor continúa el ejercicio de esa actividad con los establecimientos, las explotaciones y las unidades productivas que adquiere por virtud del convenio. La continuidad es únicamente del asuntor cuando se transmite a éste el conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad; y la continuidad puede ser única o compartida cuando tan sólo se transmite al asuntor determinadas unidades productivas (art. 110.2 II, inciso primero).

2.2. La obligación de asumir el pasivo.

Junto con la obligación de continuar el ejercicio de la actividad, el asuntor se obliga a asumir total o parcialmente el pasivo concursal, es decir, la obligación de pagar a los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio (art. 100.2 II, inciso segundo). En la propuesta es necesario especificar la cuantía de las quitas, la extensión de las esperas o las quitas y esperas de los créditos concursales que delimitan la obligación de pago por el asuntor.

Ahora bien, frente a lo que pudiera deducirse del texto legal, el asuntor no asume la obligación de pago de la totalidad del pasivo concursal, sino únicamente la obligación de pagar a aquellos acreedores concursales que figuren determinados en la propuesta. La determinación puede realizarse por clases (v. gr.: los acreedores ordinarios y los subordinados), por grupos (v. gr.: los proveedores) o por importe de los respectivos créditos (v. gr.: los acreedores que sean titulares de créditos por importe inferior a 10.000 euros). En todos aquellos casos en los que, como consecuencia de esta determinación, la propuesta atribuya un trato singular, además de la obtención de la mayoría que corresponda, será necesaria la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular (art. 125.1).

Como es necesario conocer la extensión objetiva de la deuda objeto de asunción, cuando el conjunto o los conjuntos de bienes y derechos que se transmitan al asuntor no agoten la masa activa es válida aquella cláusula por cuya virtud no asume éste el pago de aquellos créditos que, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos en el momento de la admisión a trámite de la propuesta de convenio (v. art. 134.1 I). Por la misma razón, es evidente que en el convenio pueden introducirse cláusulas que supriman el derecho de los acreedores privilegiados a adherirse a la propuesta o votar a favor de la misma, así como a vincularse al convenio ya aprobado por el juez (v. art. 134.2). Aunque no previstas por la Ley Concursal, estas cláusulas de no vinculación son esenciales para posibilitar la formulación de propuestas de esta modalidad de convenio. Naturalmente, cabe también que, por pacto entre el asuntor y uno o varios acreedores privilegiados, asuma expresamente ésta el pago de esos créditos con privilegio general o especial, incluso aunque los bienes sobre los que se

hubiera constituido la garantía no formen parte del conjunto o conjuntos que se transmiten al asuntor.

En el convenio con asunción, el asuntor puede obligarse única y exclusivamente a pagar, total o parcialmente los créditos concursales - con o sin quita o con o sin espera - u obligarse también a satisfacer los créditos contra la masa. Si la propuesta de convenio no contiene referencia alguna a los créditos contra la masa, debe interpretarse en el sentido de que el asuntor no se obliga a pagar créditos de esta naturaleza, incluso aunque se trate de créditos anteriores a la declaración judicial de concurso (v. art. 84.2-11 y 21).

El principal problema que plantea el convenio con asunción es el de determinar si se trata de una asunción liberatoria de deuda o de una asunción cumulativa. En el primer caso, el concursado quedaría liberado de aquella porción del pasivo a cuyo pago se obligue el asuntor, con las quitas y esperas pactadas; y, en el segundo caso, no se produciría esa liberación, sino que los acreedores concursales podrían exigir el pago tanto del concursado como del asuntor en los términos pactados en el convenio. Como la Ley no resuelve expresamente esta importante cuestión, habrá que estar al contenido del convenio: las partes pueden configurar el convenio con liberación del concursado o sin liberación de éste. En defecto de expresa previsión en el convenio, hay que entender que existe una asunción cumulativa de deuda: el asuntor ingresa en la relación obligatoria quedan convertido en deudor juntamente con el concursado, el cual no queda liberado.

Cualquiera que sea la clase de asunción, si la propuesta obtiene las mayorías necesarias (art. 124) se producirán los efectos propios de la asunción que se hubiera pactado, variables según las distintas modalidades posibles, sin necesidad del consentimiento individual de cada uno de los acreedores (v. art. 1.205 C.c.). En el

concurso de acreedores, esta voluntad individual se sustituye por la voluntad colectiva, imponiéndose el convenio por asunción a los acreedores concursales ordinarios, aunque no se hubieran adherido a la propuesta o aunque hubieran votado en contra de ella, y a los acreedores subordinados (art. 134.1).

3. La transmisión de elementos del activo como contraprestación.

Como contraprestación a esta doble obligación de asumir la continuidad de la actividad y de asumir el pago de los créditos de los acreedores en los términos expresados en la propuesta de convenio, se transmiten al asuntor uno o varios conjuntos de bienes y derechos, o unidades productivas, existentes en la masa activa afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Es indiferente que se trate de un único conjunto o unidad o de varios: al lado de convenios con asunción en los que únicamente se transmite al asuntor un establecimiento, una explotación o cualquier otra unidad productiva de bienes o servicios, existirán convenios con asunción en los que el objeto de la transmisión será plural.

La única exigencia que contiene la Ley es que se trate de *conjuntos* o *unidades* afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. El primer requisito es el de la *unidad* de los bienes y derechos objeto de la transmisión. Esta unidad no debe entenderse en sentido absoluto. Es perfectamente posible, por ejemplo, que los administradores concursales separen algunos bienes o derechos de ese *conjunto*. Así, por ejemplo, si se trata de un establecimiento comercial, se pueden separar de los bienes y derechos que se transmiten los vehículos mediante los cuales se realiza la distribución material de las mercancías comercializadas por ese establecimiento. El segundo requisito es el de la *afección*:

esos bienes y esos derechos que forman unidad tienen que estar afectos a la actividad profesional o empresarial del concursado. Aunque pudiera interpretarse la exigencia en términos de *afección actual* - es decir, que, en el momento de la admisión a trámite de la propuesta de convenio, se trate de un *conjunto activo* -, no existe inconveniente en admitir convenios de asunción en los que los establecimientos, las explotaciones y demás unidades productivas se encuentren inactivas, bien por estarlo ya en el momento de la declaración judicial de concurso, bien por haberse decretado el cese o la suspensión de la actividad por el juez del concurso (art. 44.4). Lo esencial es que el asunto pueda continuar o, al menos, reanudar la actividad con el conjunto conjuntos de bienes y derechos que se transmiten.

4. La audiencia de los representantes legales de los trabajadores.

Como exigencia legal, en todos los casos de convenio con asunción, la Ley establece la necesidad de que sean oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100.2 II, inciso tercero), sean delegados de personal (art. 62 ET), sean comités de empresa (art. 63 ET). Por supuesto, esta audiencia sólo es exigible si existen trabajadores.

No precisa la Ley qué trabajadores deben ser oídos; y tampoco precisa el momento procesal. Por lo que se refiere a la primera cuestión, a falta de precisión normativa, es necesario entender que deben ser oídos los representantes legales no sólo de los trabajadores afectos a aquellos establecimientos, a aquellas explotaciones y a aquellas unidades productivas objeto de transmisión al asunto, sino también los representantes legales de los demás centros de trabajo, si existieran. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es dudoso si esos representantes deben ser oídos

antes de admitir a trámite la propuesta de convenio, antes de que los administradores concursales evalúen la propuesta (art. 107.2 y art. 115 1 y 2) o antes de proceder a la ejecución del convenio ya aprobado por el juez (como parece deducirse del artículo 64.1-41 ET para supuestos análogos). En la medida en que el parecer de los representantes legales de los trabajadores tiene singular importancia por cuanto que puede incidir en la viabilidad del convenio, parece preferible defender que los representantes legales de los trabajadores tienen que ser oídos antes de la evaluación de la propuesta por los administradores concursales.

VII. LAS PROHIBICIONES LEGALES.

1. La cesión en pago o para pago de los acreedores.

A pesar de la importancia histórica de los convenios de cesión de bienes a los acreedores - figura que aparece en los orígenes mismos de los procedimientos concursales -, la Ley prohíbe expresamente estas modalidades de convenio. Si el deudor no es insolvente, sigue teniendo la posibilidad de ceder los bienes a los acreedores en pago de sus deudas, cesión que, salvo pacto en contrario, produce como efecto la liberación de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos@ (art. 1.175 C.c.); pero si es insolvente y ha sido declarado en concurso de acreedores, el convenio no puede consistir en la cesión de bienes en pago o para pago de los créditos concursales (art. 100.3). A diferencia del convenio con cesión de bienes en pago o *pro soluto*, que es una transmisión de la masa activa con efectos solutorios de las deudas anteriores a la declaración judicial del concurso, el convenio con cesión de bienes para pago o *pro solvendo* no produce ese efecto solutorio inmediato sino que simplemente supone la atribución a los acreedores - o, como sucedía frecuentemente en la práctica

anterior, a una comisión de éstos - de la facultad de liquidar los bienes cedidos para proceder con el importe obtenido al pago de los créditos reconocidos en el concurso. Las dos modalidades ya no tienen cabida en los concursos de acreedores que se hubieran declarado a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio.

Ahora bien, no se encuentra prohibido aquel convenio en el que se prevé una cesión de uno o varios conjuntos de bienes y derechos existentes en la masa activa a una persona natural o jurídica determinada que asume la doble obligación de continuar el ejercicio de la actividad y pagar los créditos de los acreedores concursales en los términos expresados en la propuesta de convenio (v. art. 100.2 II); y tampoco se encuentra prohibido aquel convenio en el que se prevé la cesión de elementos aislados, no afectos a un establecimiento, a una explotación o a cualquier otra unidad productiva, a uno o varios acreedores, siempre que se observe lo establecido para los casos en los que la propuesta de convenio atribuya un trato singular (art. 125). Lo que la Ley prohíbe son las cesiones globales de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de los créditos concursales; y no las cesiones singulares de bienes y derechos integrados en la masa activa.

2. La liquidación global del activo.

La Ley prohíbe también que la propuesta consista en cualquier forma de liquidación global de la masa activa para la satisfacción de los acreedores concursales. Por liquidación global se entiende la liquidación en conjunto de los bienes y derechos que integran la masa activa, es decir, la liquidación como un todo del patrimonio concursal (v. art.149.1). No se admiten, pues, los convenios de liquidación global, sea directa o indirecta (o por conversión): no sólo están prohibidos aquellos convenios cuyo

objeto sea la liquidación global de la masa, sino también aquellos otros convenios de continuación en los que, en caso de incumplimiento, se atribuya a una comisión de acreedores o a los antiguos administradores concursales la facultad de proceder a la enajenación en conjunto de la masa activa para pagar a los acreedores con el producto obtenido en esa liquidación. Por el contrario, no existe inconveniente en atribuir a la comisión de acreedores o a los administradores concursales la facultad de enajenar bienes determinados (con los límites antes señalados) para el caso de que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos adquiridos (frente a los acreedores de la masa o frente a los propios acreedores concursales).

No prohíbe la Ley que, entre las cláusulas del convenio, se incluya una relativa a la liquidación (o enajenación) de singulares bienes y derechos de la masa activa, siempre que se determinen en la propuesta de convenio. Al tratar del plan de pagos, la propia Ley hace referencia, si bien incidentalmente, a la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, enajenación que permite aumentar los recursos previstos para el cumplimiento del convenio (art. 100.4). Pero, como ya ha habido ocasión de señalar, no tienen cabida aquellos convenios de liquidación parcial de la masa activa, a través de enajenaciones singulares de bienes y derechos, que afecten a la *mayor parte* de esa masa (o a la de *mayor valor*).

VIII. LOS DOCUMENTOS QUE DEBEN ACOMPAÑAR A LA SOLICITUD.

1. El plan de pagos.

Cualquier propuesta de convenio, sea propuesta anticipada, sea propuesta a tramitar durante la segunda fase, debe presentarse acompañada de un *plan de pagos* (art. 100.4). El plan de pagos es un documento independiente de la propuesta de convenio, que debe presentarse necesariamente con ella, cualquiera que sea el autor de la propuesta. En este sentido, la Ley no exonera de la presentación del plan de pagos ni siquiera en los casos en los que la propuesta procede de acreedores cuyos créditos superen la quinta parte del total pasivo (art. 113). De otro lado, esta exigencia constituye un requisito de carácter general, que no conoce excepción de clase alguna por razón del contenido del convenio. Incluso aunque el convenio fuera de simple quita, con pago inmediato, la propuesta de convenio debe ir acompañada de ese plan de pagos. Por esta razón, si no se presentara el plan de pagos, el juez deberá conceder al concursado el plazo de tres días para que subsane este defecto (art. 106.3 II y 114.1). Si no se subsanara esta falta, el juez no puede admitir a trámite la propuesta de convenio.

El contenido del plan de pagos es el especificado por la Ley: el plan debe detallar los recursos previstos para el cumplimiento del convenio. El término *recursos* es voluntariamente amplio. Con él se alude a los *medios* disponibles o de los que se prevé disponer para satisfacer los créditos concursales afectados por el convenio. Por regla general, en la masa activa existirán ya esos recursos, bien en dinero líquido, bien *in natura*; y el plan deberá limitarse a especificar cuáles de ellos está previsto sean utilizados para la satisfacción de los acreedores concursales. Si para el cumplimiento del convenio estuviera prevista la enajenación de bienes o derechos determinados, que formen parte de la masa activa, en el plan se especificarán e identificarán esos bienes y esos derechos y se detallarán las cantidades que previsiblemente pueden obtenerse en esa enajenación. Pero, en ocasiones, esos recursos

todavía no se encuentran en la masa activa, sino que podrán obtenerse como consecuencia del ejercicio de acciones contra terceros (v. gr.: el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los antiguos administradores de la sociedad declarada en concurso). En ese caso, el plan de pagos deberá especificar las acciones a ejercitar, las personas contra las que se dirigirá la acción y el resultado que se pretende obtener. Naturalmente, cuando la totalidad o parte de los recursos estén en función del ejercicio de acciones, es fundamental que, al formular la propuesta y al redactar el plan de pagos, se considere la previsible duración del proceso. Entre esos recursos pueden figurar los que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional; pero en ese caso al plan de pagos debe acompañar el plan de viabilidad (art. 100.5).

2. El plan de viabilidad.

2.1. El plan de viabilidad como documento especial.

Mucho más importante que el plan de pagos es el denominado plan de viabilidad, que la Ley impone se presente por el autor de la propuesta de convenio cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial (art. 100.5 I). Mientras que el plan de pagos es un documento general, en el sentido de que tiene que acompañarse a cualquier propuesta de convenio, el plan de viabilidad es un documento *especial* por cuanto que sólo tiene que presentarse en determinados casos. El hecho de que a la propuesta de convenio se acompañe el plan de viabilidad no exime de la obligación de acompañar también el plan de pagos: éste se tiene que acompañar siempre y en todo caso; el plan de viabilidad sólo cuando concurra el presupuesto legalmente establecido.

El presupuesto común a todos los casos en los que resulta exigible la presentación del plan de viabilidad es el de que el cumplimiento del convenio esté, en mayor o menor medida, en función de lo que se pueda obtener por la continuación, total o parcial, de la actividad profesional o empresarial. Es indiferente la proporción que, respecto de la totalidad de los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, representen los que se prevé generar por la continuación del ejercicio de esa actividad. Es indiferente que la persona natural o jurídica que continúe el ejercicio de la actividad sea el propio concursado o sea el asuntor (v. art. 100.2 II): en el convenio con asunción, es perfectamente posible que el asuntor especifique que el pago de la totalidad o de parte de los créditos a asumir se realizará, total o parcialmente, con los recursos que genere la continuación del ejercicio de esa actividad profesional o empresarial.

Si no se presentara plan de viabilidad debiendo hacerlo, el juez deberá conceder al concursado el plazo de tres días para que subsane este defecto (art. 106.3 II y 114.1). Si no se subsanara esta falta, el juez no puede admitir a trámite la propuesta de convenio.

El plan de viabilidad es un elemento esencial para la evaluación por los administradores concursales del contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en los que, para atender al cumplimiento, se previa contar con los recursos que genere la continuación del ejercicio de la actividad (arts. 107.2 y 115.1 y 2).

En los casos en que proceda la formación de la sección de calificación, el concurso se calificará como culpable si el plan de viabilidad contuviera graves inexactitudes, (art. 164.2-21).

2.2. El contenido.

En cuanto al contenido, la Ley señala que el plan de viabilidad debe especificar los recursos necesarios para el cumplimiento del convenio, los medios y las condiciones para obtenerlos y, en su caso, los compromisos de terceros. En primer lugar, el plan de viabilidad tiene que comenzar por la especificación de los recursos a obtener en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que se consideran necesarios para el cumplimiento del convenio. Es preciso realizar una previsión de ingresos, que incluya tanto lo relativo al momento en que se espera obtenerlos como lo referente a la cuantía de los mismos; y, dentro de esa previsión, es preciso también determinar qué proporción de esos ingresos se destinan al cumplimiento del convenio. En segundo lugar, el plan de viabilidad tiene que especificar los medios y las condiciones para la obtención de esos ingresos. Con los términos *Amedios@* y *Acondiciones@* se refiere la Ley a todas las técnicas económicas, sociales y jurídicas que se prevé adoptar para la obtención de esos ingresos o recursos. En fin, cuando la propuesta de convenio contenga compromisos a cargo de terceros, el plan de viabilidad deberá especificar el contenido o naturaleza de esos compromisos (v.gr.: obligación de refinanciar una deuda en determinadas condiciones; la obligación de prestar garantías personales o reales; la obligación de suscribir una ampliación de capital de la sociedad concursada; la renuncia a ejercitar un determinado derecho; etc.), la identidad del compromitente o de los compromitentes (que deberán haber firmado la propuesta de convenio: art. 99.1 II) y el momento o momentos de la prestación.

2.3. Los créditos de financiación.

Al tratar del plan de viabilidad, la Ley contiene una muy curiosa norma según la cual los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio (art. 100.5 II). Se trata del único caso en el que la naturaleza de unos determinados créditos y, por consiguiente, el régimen de exigibilidad, no depende de la Ley, sino de lo que el propio convenio establezca. Así, por ejemplo, es conforme a Derecho establecer que los créditos que se concedan al concursado para financiar la viabilidad del establecimiento, de la explotación o de la unidad productiva de que sea titular se cancelarán una vez íntegramente satisfechos los créditos concursales ordinarios o, incluso, una vez íntegramente satisfechos los créditos concursales subordinados. Con esta norma, créditos postconcursoales pueden sufrir una muy importante degradación por razón de lo establecido en el convenio en orden a la satisfacción de los mismos.

Los créditos a que se refiere esta norma son los que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad. La expresión legal es susceptible de una doble interpretación: conforme a la primera - que podría calificarse de estricta -, únicamente están comprendidos en la misma aquellos créditos ya comprometidos en la propuesta de convenio, es decir, aquellos créditos que los financiadores se han obligado a conceder al concursado (pero no al asuntor), haciendo explícita la existencia de la obligación mediante la firma de la propuesta de convenio (art. 90.1 II); y, conforme a la segunda interpretación, cualquier crédito que se conceda al concursado durante el período de cumplimiento de convenio para financiar el plan de viabilidad, aunque el financiador no se hubiera comprometido a ello mediante la firma de la propuesta, tiene que ser satisfecho en los términos fijados en el propio convenio.

Existen dos importantes argumentos en favor de la que hemos denominado interpretación estricta. En primer lugar, la propia literalidad de la norma y la ubicación sistemática de la misma ponen de manifiesto que la Ley parte de la idea de que esos créditos se corresponden con los compromisos a cargo de terceros para prestar financiación, asumidos en firme por dichos terceros para el caso de que el convenio resulte aprobado por el juez (v. art. 99.1 II). Sólo quienes han firmado la propuesta de convenio y asumido ese compromiso de financiación quedan afectados por los términos del convenio. En segundo lugar, en favor de esa primera interpretación, juega el hecho de que las personas que se obligan a prestar financiación con posterioridad pueden no conocer que, entre otras cláusulas, el convenio ha previsto el régimen de satisfacción de los créditos que concedan para financiar el plan de viabilidad. Ciertamente, a la sentencia que apruebe el convenio se tiene que dar la misma publicidad que a la declaración judicial del concurso de acreedores (art. 132); pero esa publicidad no garantiza que el contenido del convenio sea conocido por quien, ajeno por completo al pasado del concursado, decide concederle crédito durante el período de cumplimiento del convenio para financiar el plan de viabilidad. Los financiadores posteriores conocerán el plan de viabilidad, ya que han prestado crédito para financiar ese plan; pero no tienen por qué conocer ese específico contenido del convenio.