

## ARTÍCULO 135. Límites subjetivos

1. *Los acreedores que no hubieran votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente frente al concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.*

2. *La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios que, sobre el particular hubieren establecido (\*).*

(\*) En el Derecho que se deroga no existía norma alguna que regulara los efectos del convenio sobre los terceros que responden del pago de los créditos concursales. En contraste, la jurisprudencia sobre esta materia es ingente. Inicialmente, un número significativo de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales se decantaban por no reconocer efectos al convenio sobre las acciones que los acreedores pudieran tener sobre terceros (v., por ejemplo, SSTS 18-2-1952 y 15-11-1967, respecto de un aval en letra de cambio; STS 6-10-1986, frente al fiador del descontatario de una letra de cambio; STS 7-6-1983, frente a una entidad aseguradora; STS 19-12-1986, respecto del descontatario de una letra de cambio impagada habiendo votado el acreedor a favor del convenio; STS 27-1-1989, respecto del descontatario de una letra de cambio impagada; STS 20-6-1989, frente a unos fiadores solidarios, no habiéndose opuesto el acreedor a la espera pactada; STS 19-12-1989, respecto de un avalista cambiario; STS 10-4-1995, respecto de un aval solidario; SAP Granada 23-3-1993, respecto de fiadores; SAP Pontevedra 12-1-1998; AAP Granada 17-2-1998; SAP Almería 23-3-1998, respecto de un afianzamiento mercantil; SAP Las Palmas 25-5-1998, respecto de los endosatarios de unos pagarés; SAP Madrid 9-6-1998, respecto de un avalista cambiario). No obstante, junto a esta línea jurisprudencial se fue desarrollando otra que mataba esta afirmación en función del signo del voto favorable o no favorable expresado por el acreedor que participa en el convenio (v. entre otras, STS 26-5-1988, respecto de dos convenios de dación en pago, votando a favor de uno y no concurriendo al otro queda afectado por el primero; STS

1-7-1988, en la que el acreedor votó a favor de una cláusula que aparentemente impediría la subrogación de los fiadores tras el pago; STS 24-1-1989, en la que el acreedor vota en contra de un convenio de quita y espera y conserva sus acciones frente al fiador; STS 16-11-1991, conservación de acciones frente a los fiadores de unas letras de cambio al no haber dado el acreedor su voto favorable; STS 8-1-1997, en la que el acreedor vota en contra de un convenio de suspensión de pagos que contiene una cláusula de liberación de los fiadores y no queda afectado por el mismo; SSTS 22-7-2002 y 27-2-2004, en las que el acreedor no aprueba el convenio y conserva sus acciones frente a los fiadores; SAP Burgos 13-11-1998, se extienden los efectos del convenio a los fiadores cuando el acreedor presenta una propuesta de convenio que es aceptada por la entidad suspensa; SAP Barcelona 30-3-2001, no constando que el acreedor votara a favor del convenio; STS 26-5-1988, respecto de dos convenios de dación en pago, votando a través de uno y no concurriendo al otro; STS 1-7-1988, en la que el acreedor votó a favor de una cláusula que aparentemente impediría la subrogación de los fiadores tras el pago; STS 24-1-1989, en la que el acreedor vota en contra de un convenio de quita y espera y conserva sus acciones frente al fiador; STS 8-1-1997, en la que el acreedor vota en contra de un convenio de suspensión de pagos que contiene una cláusula de liberación de fiadores y no queda afectado por el mismo). El voto afirmativo se entiende en unos casos como expresión de una suerte de renuncia a las acciones frente a los terceros, mientras que en otras es el acto que permite trasladar sobre acreedor determinados resultados. Por el contrario, el voto no favorable se entiende

## COMENTARIO

SUMARIO: I. EL CONTENIDO DEL CONVENIO Y LOS TERCEROS OBLIGADOS: 1. *Introducción*. 2. *El alcance del convenio respecto de terceros*. 3. *El conflicto de interés entre acreedor y tercero*.—II. EL COMPORTAMIENTO DEL ACREEDOR EN EL CONVENIO: 1. *Las consecuencias de incumplir el contenido del acuerdo*. 2. *Las consecuencias del régimen legal*.—III. LOS PAGOS PARCIALES Y EL CONVENIO CONCURSAL.

## I. El contenido del convenio y los terceros obligados

### 1. Introducción

Este precepto establece la eficacia del convenio cuando existan terceros que respondan del pago de los créditos afectados por el concurso. Entre estos terceros la Ley menciona paradigmáticamente a los obligados solidarios del deudor, a los fiadores y a los avalistas. La enumeración es meramente *ejemplificativa* y recoge los supuestos más habituales en los que resultará aplicable la norma. Por lo tanto, ha de extenderse a cualquier supuesto que de modo análogo a los mencionados añada

como la expresión de la voluntad del acreedor de mantener sus acciones frente a los terceros (curiosamente, incluso en el caso de una dación en pago; v. STS 26-5-1988, respecto de aquel convenio al que no concurrió).

En los textos prelegislativos que han precedido a la Ley 22/2003, de 9 de julio, se refleja esta evolución jurisprudencial. En el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 (art. 113-II) se dispone claramente que tras la aprobación del convenio los acreedores conservan sus acciones por la totalidad del crédito frente a los fiadores, a los coobligados del concursado y a los obligados en vía de regreso. Una regla prácticamente idéntica se consagra posteriormente en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 234). El matiz del voto a favor o en contra del convenio aparece por primera vez en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (art. 174), que sólo mantiene incólumes frente a los terceros las acciones de aquel acreedor que no hubiera votado a favor del mismo. Aunque con una redacción distinta, esta idea se traslada a la versión originaria de este precepto (v. los Anteproyectos de Ley de 2000 y 2001), así como el Proyecto de Ley concursal presentado al Congreso de los Diputados (art. 134). Allí se disponía que consentida esa modificación por parte del acreedor que vota afirmativamente, ésta afectaba a los terceros en los términos previstos por el régimen general de cada una de las obligaciones.

Este artículo sufrió una importante modificación durante la tramitación parlamentaria, al añadirse al apartado segundo una última regla procedente de la enmienda número 540 presentada al

Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). En ella se reconoce que con frecuencia se celebran acuerdos con los terceros responsables —se dice, fiadores y avalistas— que autorizan el voto afirmativo del acreedor. Se entiende, entonces, que las consecuencias de votar afirmativamente en estos supuestos vengan dadas por el propio acuerdo y no por el régimen legal. Estos acuerdos se presentan como beneficiosos, pues permiten que se alcancen en el convenio las mayorías precisas sin que se vean afectados los derechos del acreedor frente a los terceros. Además, con esta enmienda se aclara definitivamente la eficacia de unos acuerdos que habían sido objeto de alguna controversia en sede judicial. Con la introducción de este último inciso *se altera la lógica inicial del precepto*. La distinción entre el voto afirmativo y el voto no afirmativo no se traduce de manera inmediata en una renuncia del acreedor o en una decisión imputable al mismo que traslada las consecuencias de lo acordado en el convenio a su relación con el tercero. La posibilidad de que se determinen contractualmente las consecuencias del voto afirmativo sobre las acciones del acreedor frente al tercero pone al intérprete sobre la pista de que, en realidad, las reglas contenidas en este precepto funcionan como un instrumento para solucionar los *conflictos de interés* que surgen entre el acreedor principal y el tercero respecto del ejercicio del derecho de voto en el convenio.

Tras su paso por el Congreso de los Diputados también resultó alterado el numeral del precepto. Durante el resto de la tramitación parlamentaria, la norma no volvió a sufrir modificación alguna.

un patrimonio en garantía de la obligación. Este es el caso de los fiadores reales, de los obligados cambiarios en vía de regreso, o de los avalistas cambiarios, etc. Por el contrario, las normas contenidas en este artículo no son de aplicación a los socios de una sociedad civil o de una sociedad mercantil, colectiva o comanditaria. El particular carácter de la responsabilidad de los socios de las sociedades civiles y colectivas, así como de los colectivos de las sociedades comanditarias determina que éstos respondan de las deudas sociales de la misma forma en que lo hace la sociedad y, por consiguiente, podrán invocar frente a los acreedores societarios el contenido del convenio del mismo modo en que lo haga ésta. Ahora bien, los acreedores de la sociedad concursada sólo podrán dirigir sus acciones frente a los socios en los términos previstos en la Ley (v. art. 48.5). Naturalmente, distinto es el supuesto en el que uno de esos socios otorguen una fianza para garantizar el endeudamiento social. En ese caso, el socio quedará afectado por el contenido del convenio en los mismos términos que cualquier otro fiador.

El parámetro de que parte la Ley es la participación del acreedor principal en el convenio adhiriéndose a una propuesta de convenio o votando en unos casos a favor de ella, votando en otros en contra y en otros absteniéndose (art. 135.1). Para que un acreedor pueda adherirse es necesario que previamente el crédito haya sido reconocido en el concurso (v. comentario al art. 86). El crédito del acreedor principal quedará reconocido cuando lo haya comunicado y también cuando concurra con el tercero al trámite de comunicación, pues es preferido su reconocimiento frente al crédito eventual de regreso de los coobligados, fiadores o avalistas (v. comentario al art. 87). No obstante, ese crédito eventual podrá ser reconocido en el concurso bien cuando el acreedor principal no participe en el mismo (v. *gr.*: porque no tenga interés en hacerlo; porque así lo acordó con el fiador al otorgarse la fianza; o porque lo pacta con éste antes de declararse el concurso, etc.), o bien si aquél participa, cuando el tercero pague totalmente al acreedor y se incorpore al concurso por vía de subrogación (v. comentario al art. 87). En el primer caso se le tratará como un crédito contingente y, aunque en principio tienen limitado *ex lege* su derecho de voto, podrá solicitar del juez del concurso que le permita votar al ser previsible que deba satisfacer al acreedor cuando el crédito devenga exigible (v. comentario al art. 87). En el segundo caso, el tercero participará en el concurso con un crédito actual y con todos los derechos asociados al mismo. A salvo quedan los supuestos en los que estos terceros hayan pagado al acreedor antes de la declaración de concurso, pues participarán en el procedimiento con su propio derecho de crédito y podrán ejercitar en el mismo los derechos que les correspondan: por ejemplo, el derecho a obtener la cuota de liquidación, el derecho de voto, el derecho de adhesión al convenio, etc.

## 2. El alcance del convenio respecto de terceros

El principio implícito en la norma es que *el convenio concursal no afecta a las relaciones entre el acreedor y el tercero*. Este principio explica, precisamente, que la aprobación sin el voto favorable del acreedor (apartado primero), o con su voto a favor consentido por el tercero (apartado segundo), *deje a salvo sus acciones frente*

a los terceros. La razón de ser de esta resistencia se encuentra en la propia naturaleza de las quitas y de las esperas que constituyen el contenido típico del convenio (v. art. 100.1). En rigor, se trata de *pactos de non petendo* en virtud de los cuales los acreedores se comprometen bien a no exigir al deudor una parte del crédito por tiempo ilimitado (quita), o bien a no exigírselo durante un determinado período de tiempo (espera). Estos compromisos se superponen a la relación obligatoria, pero no producen sobre la misma ni una modificación, ni una novación (así, p. ej., SAP Almería 23-3-1998; STS 19-12-1989; v. también comentario a los arts. 100-II.1 y 136-II.1). Los pactos de *non petendo* sólo pueden ser invocados por el deudor a quien benefician y, por lo tanto, no pueden ser esgrimidos en vía de excepción ni por los demás deudores solidarios, ni por el fiador. En ese sentido vendrían a integrarse en la restrictiva categoría de las excepciones de carácter puramente personal del deudor (v. art. 1853 CC, en materia de fianza; y también art. 1148 CC en la medida en que se admita la extensión del régimen de la fianza a estos supuestos).

A la vista de lo anterior, no procede la aplicación de preceptos tales como los artículos 1143 y 1146 del Código Civil, respecto de las obligaciones solidarias; o de los artículos 1826, 1835, 1847 y 1851 del mismo cuerpo legal, en el caso de las relaciones de fianza. Respecto de este último caso la espera concursal no cae dentro del supuesto de hecho contemplado en la misma, pues no prolonga la obligación del fiador de seguir afianzando la obligación. En la medida en que la espera tan sólo difiere en el tiempo la exigibilidad del crédito principal, el cumplimiento de la misma será exigible al fiador en el momento acordado por las partes en el contrato de fianza.

En contraste, sí quedan afectadas por el contenido del convenio las acciones que el tercero tenga frente al deudor una vez haya satisfecho al acreedor. En efecto, reconocido el crédito principal en el concurso, el tercero que pagó íntegramente podrá repetir contra el deudor a través del propio procedimiento concursal, subrogándose para ello en el derecho del acreedor (v. arts. 1210.3 y 1838 CC). Al someterse al concurso, queda necesariamente vinculado por los beneficios concedidos al deudor en el convenio (v. art. 134). Éste experimenta así una pérdida que se cifra en la diferencia de lo que debió pagar al acreedor y lo que recibe del deudor por vía de convenio. Esa pérdida no resulta en principio injustificada, pues constituye una consecuencia inmediata de la posición de garantía que el tercero asumió. A fin de cuentas, los pactos de quita y espera no representan otra cosa que la *concreción del riesgo de insolvencia* con la que el tercero ha de pechar al haber prestado su patrimonio para reforzar las posibilidades de satisfacción del crédito principal.

No obstante, el acreedor siempre podrá *renunciar* a las acciones que le corresponden frente a los terceros si ése es realmente su interés. No hay inconveniente para que esta renuncia pueda llevarse a cabo en el propio convenio concursal como una medida aplicable a los acreedores que gocen de dichas garantías. Un ejemplo es el que nos proporciona la siguiente cláusula: durante la vigencia del convenio quedan limitadas las acciones que tuvieran los acreedores frente a los terceros responsables en los mismos términos que el ejercicio de los derechos de crédito frente al deudor. Como se trata de un acto de disposición no podrá imponerse a los acreedores por mayoría; para prescindir de dicha garantía será necesario su consenti-

miento individual que en modo alguno puede presumirse (v. art. 6.2 CC). Se entiende entonces que no pueda equipararse a la renuncia de dichas acciones ni la aprobación de un convenio concursal, ni la decisión del acreedor de participar en dicho procedimiento (en la jurisprudencia, entre otras, v. SAP Pontevedra 12-1-1998, siendo el acreedor quien propuso el convenio; SAP Madrid 9-6-1998, respecto de un avalista cambiario, habiendo votado el acreedor a favor del convenio; STS 10-4-1995, respecto de la inclusión de un crédito afianzado y su participación en el procedimiento de suspensión de pagos; STS 19-12-1986, respecto de un acreedor que vota afirmativamente en un convenio de suspensión de pagos; STS 8-1-1996, respecto de la inclusión en el convenio de una cláusula de liberación de los fiadores aprobada por mayoría y sin el consentimiento de los acreedores).

Distinto de los acuerdos examinados son los supuestos de cesiones de bienes a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos. Por sí mismas, las cesiones de bienes para el pago de los créditos (cesiones *pro solvendo*) no producen efecto liberatorio alguno. La liberación sólo se produce en la parte en que llegue a satisfacerse el acreedor con cargo al producto de los bienes entregados. Mientras tanto la garantía subsiste y podrá dirigirse el acreedor al tercero reclamando el pago íntegro de la obligación. La «renuncia» al cobro de la parte no cubierta tiene, en principio, la misma consideración de pacto de *non petendo* y produce los efectos ya señalados (v. STS 14-9-1987, frente a unos fiadores solidarios, habiéndose acordado una cesión de bienes *pro solvendo* y con una referencia no demasiado clara respecto de la eventual cobertura de los fiadores de la parte no satisfecha). A diferencia de lo anterior, las *daciones de bienes en pago* (cesiones *pro soluto*) sí extinguen la obligación y con ella la garantía (v., p. ej., en sede de fianza, art. 1849 CC; en sede de solidaridad pasiva, art. 1143 CC; v. STS 15-12-1989, al compararla con la cesión de bienes para el pago que es el caso que ocupa a la sentencia). No obstante, en la Ley la determinación de los efectos sobre los terceros de ambos acuerdos ha dejado de ser problemática al haber sido eliminadas del contenido del convenio (v. art. 100.3). Lo que sí permite es que a través del convenio ciertos créditos queden capitalizados, esto es, convertidos en acciones, participaciones o cuotas sociales (v. art. 100.2). Estos acuerdos no son equiparables a una dación en pago, pues tras ellos sólo hay un compromiso de pagar esos créditos en todo o en parte por compensación (v. *gr.*, entre la deuda de aportación y los créditos adeudados por la sociedad concursada). Entonces, la obligación quedará extinguida cuando el acreedor reciba las acciones a cambio de su crédito. Mientras tanto podrá reclamar el pago del crédito al tercero siendo éste el que luego quede subrogado en la posición del acreedor (v. STS 15-11-1967). Cuestión distinta será determinar de qué modo afecta ese acuerdo al interés del tercero (v. *infra* II).

### 3. El conflicto de interés entre acreedor y tercero

Como se acaba de indicar, la aprobación de un convenio traslada sobre los terceros responsables las consecuencias de la insolvencia del deudor. Este resultado hace patente la existencia de un *conflicto de interés* entre el acreedor que participa en el convenio y el tercero responsable que se queda al margen del mismo. Ese con-

flicto puede describirse de la siguiente manera: el acreedor nada pierde favoreciendo con su adhesión o con su voto la aprobación de un convenio pues puede seguir reclamando al tercero el pago íntegro del crédito; sin embargo, el tercero, como destinatario final de lo pactado, tiene un interés evidente en controlar su contenido al objeto de que sus posibilidades de reintegrarse no resulten perjudicadas. En esta situación, el tercero que quisiera tutelar su derecho de reintegro en el concurso se vería obligado a anticipar el pago de la obligación para rescatar de manos del acreedor su derecho a votar en el convenio.

La Ley ha pretendido dar una respuesta a ese conflicto a través de las reglas contenidas en este precepto. La solución diseñada advierte la existencia de una *cotitularidad* o *comunidad de interés* sobre el derecho de voto: el acreedor es el titular formal del crédito reconocido en el concurso y el tercero es el destinatario directo de las consecuencias que el convenio genere. Pues bien, existiendo dicha comunidad, la Ley impone al acreedor que participa en el concurso el deber de actuar como *representante de la misma* contemplando al votar todos los intereses concurrentes y no sólo el suyo propio. Cuando así lo haga (*v. gr.*: porque vote conforme a lo acordado por ambos o porque su voto se entienda *ex lege* como no lesivo), se mantendrán intactas sus acciones frente a éste; por el contrario, cuando el acreedor se comporte de manera egoísta y vote en el convenio ignorando el interés del tercero (*v. gr.*, votando en contra de lo acordado o votando en un sentido que se considere *ex lege* lesivo), quedarán afectadas sus acciones en los términos previstos por las normas aplicables a la obligación, sean éstas legales o convencionales.

En este precepto se considera que el acreedor contempla típicamente el interés del tercero cuando consulta o acuerda con éste el signo de su voto. Así lo evidencia el supuesto de hecho del último inciso del apartado segundo: el acreedor que acuerda con el tercero votar a favor del convenio no padece las consecuencias que se derivan de las normas aplicables a la obligación y que, en esencia, vienen a limitar la responsabilidad del tercero frente al acreedor (*v. infra* II). Los acuerdos entre el acreedor y el tercero pueden ser previos a que se declare el concurso (por ejemplo, en un contrato de fianza, el acreedor y el fiador podrán acordar que cuando participe el primero en el procedimiento, éste se opondrá a cualquier quita superior al 25 por 100 del importe del crédito y a cualquier espera que se prolongue por un período superior a dos años; o simplemente que el acreedor puede votar como tenga por conveniente, etc.); pero también pueden adoptarse para el caso concreto (*v. gr.*: el acreedor informa al fiador del contenido de la propuesta de convenio presentada por el deudor y acuerda con éste votar a favor de la quita del 30 por 100 y de la espera de tres años incluidas en el mismo). A falta de tales pactos, la Ley dispone que el voto del acreedor a favor del convenio resulta lesivo para el interés del tercero y, por lo tanto, puede afectar a las acciones que tuviera frente al mismo; por el contrario, no votar a favor no le perjudica y, por lo tanto, deja incólumes las acciones que el acreedor tenga frente al tercero.

La distinción que lleva a cabo la Ley entre voto o adhesión a favor y voto no a favor se explica fácilmente. El voto del acreedor a favor del convenio sin el refrendo del tercero apoya la limitación del derecho que tiene éste a reintegrarse por el valor anticipado, pues de aprobarse el convenio, los derechos del tercero frente al deudor

quedan afectados por el contenido del mismo. Por el contrario, no votar a favor del convenio y, con ello, no favorecer su aprobación deja teóricamente intactas las opciones del tercero para reintegrarse con cargo al patrimonio del deudor (v. gr.: si finalmente no se aprueba el convenio, no se producen tales recortes sobre su reintegro y el tercero siempre podrá ejercitar su reembolso por la parte no cubierta a resultas de la liquidación si el deudor viene a mejor fortuna después del concurso). En el régimen legal no se plantea la posibilidad de que el voto negativo pueda ser perjudicial para el interés del tercero (v. gr.: porque al producirse la extinción de la persona jurídica a resultas de la liquidación no pueda recuperar la parte no cubierta en la liquidación; porque hubiera sido más conveniente desde el punto de vista de las cuantías recuperables que no se abriera la liquidación, etc.). Por ello, el carácter pernicioso de este voto deberá venir determinado por acuerdo entre las partes (v. gr.: acordando que el acreedor no votará en contra de aquellos convenios cuyas propuestas de pago sean más valiosas que las cuotas de liquidación que puedan corresponder a los acreedores).

Una forma de contemplar el interés de los terceros que no ha sido explicitada en la Ley, pero que también puede resultar interesante, es apoderarlos para que sean ellos quienes voten en el convenio. Ciertamente, estando ya reconocido el crédito del acreedor en el concurso resulta más práctico que sea él mismo quien tome parte en el convenio como representante de la comunidad. Ahora bien, también pueden comparecer en el convenio los propios terceros votando conforme a dicho interés (v. gr.: para asegurar que el voto se emite en un determinado sentido). A tal fin, el acreedor deberá otorgarles los poderes necesarios para que voten su lugar. No obstante, dicha posibilidad queda sujeta a las limitaciones impuestas por la Ley respecto de las personas especialmente vinculadas con el deudor (v. art. 118).

Aunque la Ley no dispone nada sobre el particular, la comunidad sobre el derecho de voto sólo subsiste *mientras el acreedor no pueda exigir el pago de la obligación* (v. gr.: porque la obligación aún no se encuentra vencida frente al tercero) y estén, en consecuencia, limitadas las posibilidades del tercero de participar en el concurso. Una vez que la obligación deviene exigible (v. gr.: en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado establecida en el contrato de fianza; en atención a la apertura anticipada del regreso cambiario ex art. 50 LCCh, etc.), el acreedor puede ya reclamar el pago al tercero y con dicho pago queda deshecha la comunidad sobre el derecho de voto. Será entonces el tercero quien deba velar por sus propios intereses durante la tramitación del convenio. Si el tercero se niega a atender el pago de la obligación ya exigible, el acreedor no viene obligado a contemplar su interés y podrá votar en el convenio como tenga por conveniente sin que sus acciones experimenten perjuicio alguno.

El artículo se refiere sólo al voto del acreedor en el convenio y no dispone nada sobre *la eficacia de las adhesiones* para desencadenar estos efectos. En los casos de *propuesta anticipada de convenio*, la referencia al voto ha de extenderse a las adhesiones prestadas a la misma por los acreedores y no revocadas, pues este trámite prescinde de la junta y los acreedores prestan su asentimiento al convenio mediante aquéllas (v. arts. 108 y 109). Distinto es el papel que juega la adhesión a una propuesta cuando se tramita la *fase de convenio*. En principio, esa adhesión no produce

los efectos atribuidos al voto afirmativo, pues el acreedor siempre puede acudir a la junta de acreedores en la que haya de aprobarse el convenio y corregir con su voto la voluntad expresada anteriormente (v. arts. 115 y 121.4-I). Ahora bien, si el acreedor que se adhiere a la propuesta no asiste luego a la junta, dicha adhesión tendrá la consideración de voto afirmativo y desencadenará los efectos contemplados en este precepto (v. art. 121.4-II).

## II. El comportamiento del acreedor en el convenio

### 1. Las consecuencias de incumplir el contenido del acuerdo

El acreedor desconoce el interés del tercero cuando hace caso omiso del acuerdo celebrado con éste en el que se determina la manera en la que ha de votar. Las consecuencias de incumplir dicho acuerdo quedan en todo caso limitadas a la esfera interna, esto es, a las relaciones entre el acreedor y el tercero. Eso significa que el voto emitido por el acreedor será válido y que la eficacia del convenio no podrá ser atacada por dicha circunstancia (así, *v. gr.*: el tercero no podrá pretender que no sea tenido en cuenta el voto del acreedor en contra del convenio y que no se abra la fase de liquidación cuando contravino el acuerdo de votar a favor del mismo para evitar una solución que apenas dejará líquido para pagarle). No cabe duda de que las consecuencias del incumplimiento podrán pactarse en el mismo acuerdo en el que se decidió acerca del signo del voto (*v. gr.*: las partes podrían acordar que en esos casos la relación de fianza se extingue; o que el acreedor quede vinculado frente al tercero por el contenido del convenio; o que las acciones del acreedor frente al tercero queden reducidas en la misma medida en que queden afectadas las posibilidades de reintegro del tercero, etc.). Así se contempla expresamente en la Ley, cuando se dispone que la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores y avalistas del concursado frente a los acreedores que hubieran votado a favor del convenio se regirá «por los convenios que sobre el particular se hubieran establecido». A falta de pacto sobre las consecuencias de dicho incumplimiento, entra en juego el régimen aplicable por defecto (*v. infra* 2).

### 2. Las consecuencias del régimen legal

El acreedor también desconoce el interés del tercero cuando prescinde de toda consulta y toma por sí mismo la decisión de cómo votar en el convenio. Como ya se ha advertido, la Ley establece que el voto a favor del convenio perjudica al tercero y que los votos no a favor no le perjudican, razón por la cual mantienen intactas sus acciones frente a coobligados, fiadores y avalistas.

El voto afirmativo tiene consecuencias sobre las acciones del acreedor para exigir el pago íntegro del crédito al tercero responsable. Estas consecuencias son las que se derivan de «las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído». Éstas constituyen el *remedio específico* al incumplimiento del deber de consulta del acreedor. Especialmente significativa resulta en este punto la posibilidad que se con-

fiere al fiador, siendo, incluso solidario, de liberarse de la fianza cuando haya visto perjudicada su subrogación por un hecho imputable al acreedor (art. 1852 CC). Ciertamente, aunque la norma legal se encuentra en materia de fianza, no debe haber inconveniente para extender su aplicación a otros supuestos en los que el garante goce de la posibilidad de subrogarse en el derecho del acreedor para recuperar las cantidades que anticipó y que, sin embargo, debe satisfacer el deudor insolvente (*v. gr.*: en el caso de los deudores solidarios, respecto de las cantidades que pueda reclamar de éste *ex art.* 1210.3 CC). Esta analogía cuenta, además, con el respaldo de la literalidad del propio art. 1852 del Código Civil, que hace extensiva la regla a otros supuestos (*v. gr.*: los fiadores solidarios aun cuando, como es sabido, su régimen jurídico venga por lo dispuesto en las normas sobre la solidaridad, *v. art.* 1822-II CC). Para que se produzca la liberación del fiador, el perjuicio de la subrogación ha de producirse de manera efectiva. Si el acreedor vota a favor del convenio, pero no resulta aprobado, no hay perjuicio para el tercero y entonces responderá por la diferencia no cubierta con el producto de la liquidación. De presentarse un nuevo convenio a aprobación, habrá que juzgar el comportamiento del acreedor con relación a esa nueva propuesta.

El perjuicio en la subrogación se cifra típicamente en la limitación de los derechos que padece el tercero a resultas de los acuerdos aceptados por el acreedor. Es evidente que a través de los mismos queda alterada la relación entre deuda y responsabilidad que se estableció inicialmente y, por ello, el tercero queda facultado para liberarse de la obligación. La liberación del tercero perjudicado por el convenio ha de concretarse de la siguiente manera. Tratándose de un perjuicio limitado a una parte de la obligación, como el que representa una quita parcial (*v. gr.*: sobre el 50 por 100 remitido), el fiador estará legitimado para liberarse de aquella parte en la que queda perjudicada su subrogación (*v. gr.*, sobre ese 50 por 100). En el caso de las esperas, el perjuicio consiste en impedir al fiador compensarse de la totalidad de la deuda durante el tiempo que ésta alcance y, por esa razón, la liberación será total. Lo mismo sucederá en los acuerdos mixtos de quita y espera, así como con cualquier otro acuerdo que resulte particularmente gravoso para el fiador (*v. gr.*: cuando por pura voluntad del acreedor, cuya pretensión se encuentra garantizada con una hipoteca, se somete al convenio y el fiador pierde el derecho a ejecutar fuera del procedimiento *ex art.* 56; en el supuesto en el que se acuerde en un convenio privar de subrogación a los fiadores como parece suceder en el caso analizado en la STS 1-7-1988, etc.).

En los casos de la solidaridad común estos efectos liberatorios sólo se proyectan sobre la parte de la obligación correspondiente en la relación interna al deudor concursado y cuyo pago frente al acreedor asegura el coobligado *in bonis* frente al acreedor. Es con relación a esta parte que el codeudor actúa como una suerte de garante. A modo de ilustración, véase el siguiente ejemplo: A y B son deudores solidarios frente a C de un crédito de 1.000. A es declarado en concurso y C reclama el pago íntegro de la obligación a B, pero al mismo tiempo ha votado en el convenio a favor de una espera de tres años y de una quita del 50 por 100. En ese caso, B entregará a C la parte que le corresponde de la obligación (*v. gr.*, 500), pero podrá liberarse del cumplimiento de la parte correspondiente a A en aquello que le perjudique, pues es ésta la que padecería los efectos de un convenio que se ha aprobado sin tomar

en consideración su interés. Siendo esto así, a tales efectos es importante considerar los repartos de las cuotas de deuda que contractualmente puedan haber realizado los codeudores (p. ej., A debe satisfacer el 80 por 100, mientras que B sólo debe satisfacer el 20 por 100 restante).

En aquellos supuestos en los que no sea aplicable este remedio específico y no haya otro disponible, así como respecto de aquellos daños que padezca el tercero y que no queden cubiertos por estas acciones, éste podrá reclamar al acreedor *los perjuicios ocasionados* por su comportamiento de ese representante desleal que sería el acreedor.

### III. Los pagos parciales y el convenio concursal

Hasta el momento se ha supuesto que el acreedor participaba en el concurso con la totalidad de la deuda, sin que se produjera pago alguno procedente del tercero. Sin embargo, también puede suceder que el acreedor reciba pagos parciales de los terceros. Procede entonces determinar qué consecuencias que pueden tener estos pagos en materia de voto en el convenio y mantenimiento de las garantías personales del acreedor.

Como ya se ha indicado, los pagos parciales realizados antes de la declaración de concurso confieren al tercero que satisface la obligación el derecho a participar en el concurso por la parte satisfecha en el derecho de crédito. Eso significa que podrá votar en el convenio por esa parte del crédito tutelando su propio interés. El régimen legal sólo pretende evitar que la satisfacción del tercero que sólo paga una parte de la deuda se realice en perjuicio del acreedor (v. comentario al art. 87). Entonces, el tercero podrá votar en el convenio por su crédito actual como tenga por conveniente. Sólo por la parte no satisfecha se genera la situación de cotitularidad respecto del derecho de voto, siempre que aún no fuera exigible el derecho al tercero.

El caso de los pagos parciales posteriores a la declaración de concurso no se reconoce efectos a la subrogación en el procedimiento (v. comentario al art. 87). En esencia, eso significa que por la parte satisfecha, el acreedor deberá votar siguiendo las instrucciones del tercero, mientras que por la parte no satisfecha habrá que seguir las reglas aquí previstas.

## ARTÍCULO 136. Eficacia novatoria

*Los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (\*).*

### COMENTARIO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EFICACIA DEL CONVENIO: 1. *El contenido del convenio (remisión).* 2. *La eficacia de la parte necesaria del convenio: los pactos de quita y de espera.* 3. *La eficacia de la parte potestativa del convenio.* 4. *Novación versus modificación.*

## I. Introducción

Como es sabido, el convenio establece una forma de satisfacción de los acreedores distinta a la liquidación de la masa activa. En concreto, el convenio confiere a los acreedores el derecho a obtener la satisfacción de los créditos en los términos allí acordados. Pues bien, en este precepto se establece de qué modo afecta el contenido del convenio a la forma en la que han de satisfacerse los créditos sometidos

---

(\*) En el Derecho anterior no faltaban los preceptos en los se establecían cuáles habían de ser los efectos del convenio sobre los créditos. En particular, hay que recordar lo dispuesto en el Código de Comercio de 1885 para el procedimiento de quiebra (art. 905), así como en el Código Civil (art. 1919), para el concurso de acreedores. La literalidad de ambas normas era bastante similar a la del precepto ahora comentado. Sin embargo, no hay ninguna referencia a la eficacia novatoria del contenido del convenio, que ahora rubrica el precepto comentado. En contraste, la Ley de Suspensión de Pagos describía el contenido posible del convenio, pero no fijaba los efectos de estos pactos en sede de suspensión de pagos (art. 14 LSP). No obstante, no parece dudoso que pudieran extenderse al convenio de suspensión de pagos las previsiones hechas para los demás procedimientos.

Los *textos prelegislativos* mantienen en lo sustancial el contenido de las viejas reglas concursales. El Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959 describe las consecuencias de los pactos de quita y de espera sin hacer tampoco mención alguna de la eficacia novatoria (art. 114) y lo mis-

mo sucede en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (art. 235). Es en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 donde se introduce la referencia al efecto novatorio sobre los créditos del contenido del convenio, al establecer que, por virtud del convenio, los créditos ordinarios y los legalmente postergados quedarán *definitivamente* extinguidos en la parte objeto de la quita y salvo que en el propio convenio se establezca lo contrario; y que la exigibilidad de esos créditos quedará *definitivamente* aplazada conforme a lo pactado (art. 173). Con esa doble y expresa referencia al carácter definitivo de esos efectos, la Propuesta optaba claramente por la eficacia novatoria del convenio. La Ley 22/2003, de 9 de julio, sigue un criterio distinto, dejando inalterada, sin embargo, la rúbrica del artículo.

Este artículo no ha sufrido modificaciones desde su redacción originaria. Tanto en el Anteproyecto de Ley Concursal de marzo de 2000, como en el Anteproyecto de septiembre de 2001 aparece formulada con la redacción que hoy tiene en la propia Ley (art. 135). A resultas de otras modificaciones, este precepto ha sufrido una alteración en su numeral.

al mismo. Los créditos a los que alcanzan los efectos del convenio son los ordinarios, los subordinados, así como los privilegiados que hubieran decidido someterse al mismo y que, en consecuencia, votaron afirmativamente. Las cuestiones relativas a la extensión subjetiva ya han sido tratadas en el comentario correspondiente (v. comentario al art. 134).

## II. La eficacia del convenio

### 1. El contenido del convenio (remisión)

Como ya se ha señalado, las maneras en que pueden satisfacerse los créditos en el convenio son muy variadas (v. *supra* comentario art. 100). Los acuerdos que necesariamente integran su contenido son los pactos de quita y de espera, así como los acuerdos mixtos, esto es, los que acumulan ambos pactos (art. 100.1). La espera es un pacto de *non petendo de eficacia limitada en el tiempo* (v. *gr.*: la que deudor y acreedores acuerden). La Ley ha puesto límites a la libertad de pacto de las partes: la duración de las esperas no puede exceder de cinco años, salvo excepciones (arts. 100.1-II y 104.2). Aún así, las esperas que el legislador ha considerado particularmente gravosas para los acreedores, esto es, aquéllas cuya duración sea superior a tres años, desencadenan la apertura de la fase de calificación del concurso (art. 163.1-1). La quita es un pacto de *non petendo* que tiene *una eficacia ilimitada en el tiempo*. En el convenio sólo pueden pactarse quitas que no excedan del cincuenta por ciento del importe de los créditos ordinarios, con algunas limitadas excepciones (arts. 100.1-II y 104.2). Al igual que sucedía con la espera, las quitas más gravosas, esto es, las superiores a un tercio del importe de los créditos, provocan la apertura de la fase de calificación del concurso (art. 163.1-1). Además de ese contenido necesario, el convenio puede incluir contenidos alternativos. A título de ejemplo, en la Ley se cita la conversión de los créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos, ni las propuestas de enajenación de ciertos activos empresariales con cesión simultánea de pasivo (art. 100.2). Sin embargo, no son posibles los acuerdos de liquidación global del patrimonio del concursado, ni los acuerdos en virtud de los cuales se altere la clasificación de los créditos, ni los que prevean la cesión de bienes y derechos en pago a los acreedores o para el pago de sus créditos (art. 100.3).

### 2. La eficacia de la parte necesaria del convenio: los pactos de quita y espera

La Ley ha caracterizado los efectos que generan estos pactos sobre los créditos: del pacto de espera se afirma que aplaza la exigibilidad de los créditos hasta un momento posterior, mientras que del pacto de quita se dice que produce la extinción parcial de las obligaciones afectadas por la misma. Estas consideraciones son exactas respecto del *pacto de espera*. En efecto, este acuerdo retrasa la exigibilidad de los créditos a un momento ulterior. A diferencia de lo que sucede con el pacto de espera, la descripción de los efectos del convenio en el caso de *la quita* merece alguna matización. En rigor, la quita concursal no produce la extinción de la obligación

en la parte remitida, pues sus efectos no son los propios de la condonación (art. 1156 CC). Lo que el legislador quiere poner de manifiesto con la referencia a la extinción es que el deudor queda *de facto* liberado de pagar la parte remitida en el convenio (para la previsión contraria respecto de los pagos parciales, v. art. 1157 CC). Esta liberación no proviene propiamente de la extinción de la obligación, sino de la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor durante un tiempo indefinido (pacto de *non petendo*). Ésta produce en la práctica un efecto de extraordinaria similitud: el deudor queda materialmente exonerado de satisfacer la parte remitida en el convenio porque los acreedores no pueden ejercitar contra él acciones reclamando el pago de dicha parte, pero no porque haya quedado extinguida la obligación. Buena prueba de ello es que el deudor podrá excepcionar la existencia de dicho pacto frente a las acciones que pudieran ejercitar éstos reclamando el pago (art. 405 LEC, si se trata de un juicio declarativo; art. 556.1 LEC, si el acreedor pretendiera la ejecución). Negar el carácter de condonación en sentido técnico-jurídico de la quita concursal no es baladí. Obsérvese que si se mantiene la interpretación en virtud de la cual la quita sería una condonación, habría que aceptar que el convenio produciría consecuencias exorbitantes sobre obligaciones no sujetas al concurso, pues extinguiría no sólo de la obligación frente al deudor, sino de aquéllas que sean accesorias respecto de ésta (v. *gr.* la obligación del fiador *ex art.* 1847 CC). Esta conclusión choca, sin embargo, con lo dispuesto en la propia ley, que vincula el ejercicio de las acciones frente a los garantes al signo del voto y no propiamente al contenido del convenio (art. 135.1). Además, construir la quita como una renuncia a exigir el pago total del crédito resulta más respetuosa con la auténtica voluntad de las partes que, realmente, no pretenden extinguir la obligación, sino limitarse a reclamar al deudor una parte de la deuda para asegurarse el cobro del resto.

Una vez sentado que la quita concursal no constituye una condonación, hay que realizar alguna consideración respecto de la naturaleza de la parte remitida. Es un lugar común afirmar que respecto de ésta subsistiría entre el deudor y el acreedor una *obligación natural*. Ciertamente, la parte remitida de los créditos guarda grandes similitudes con las obligaciones naturales: los acreedores no pueden reclamarlas, pero el pago espontáneo es irrepetible. Pero, en realidad, y al igual que sucede con la prescripción de una deuda, el pacto de *non petendo* no transforma la obligación civil en una natural; simplemente compromete al acreedor a no exigir el pago de esa parte de la obligación civil, habilitando al deudor para oponer una excepción frente a su eventual reclamación. La obligación remitida es, pues, una obligación civil que subsiste después de la aprobación del convenio, pero que en virtud del compromiso asumido los acreedores no están legitimados a reclamar. No obstante, si el deudor paga espontáneamente esa deuda subsistente, ese pago será válido.

Puesto que no es condonación, la quita concursal no puede considerarse como hecho imponible a los efectos del Impuesto de Sucesiones y Donaciones [art. 3.1-b) LISD, *in fine*]. No obstante, podría argumentarse que un pacto de *non petendo* de eficacia indefinida en el tiempo generaría un efecto análogo a la condonación y que, por dicha razón, también éste habría de someterse a tributación por tal impuesto. El argumento definitivo para excluir estas operaciones del gravamen del tributo es la inexistencia en este tipo de pactos de causa lucrativa alguna. Salta a la vista que la renuncia al cuarenta por ciento de un crédito para recuperar el sesenta en lugar

de nada es contraria a la esencia de la gratuidad, esto es, provocar el enriquecimiento del deudor a costa del empobrecimiento del acreedor. De ahí que difícilmente pueda considerarse el acuerdo de quita como un hecho sujeto a tributación por dicho impuesto.

### 3. La eficacia de la parte potestativa del convenio

Una vez establecida la eficacia de los acuerdos de quita y espera concursal, la Ley establece que los créditos «quedarán en general afectados por el contenido del convenio». Con esta expresión, se refiere a la eficacia del resto de las previsiones del convenio sobre los créditos. Estos acuerdos afectan al contenido de los créditos tal y como se encuentran reconocidos en el concurso. A la vista de lo variadas que pueden resultar estas previsiones, no puede establecerse de manera unitaria cuáles serán los efectos de las mismas. En esencia, éstos dependerán de los distintos pactos que puedan incluirse en aquél. Así, por ejemplo, y tomando como base los supuestos que maneja el legislador (v. art. 100.2), en lugar de quedar afectados por las quitas y esperas acordadas por el convenio, los créditos serán aportados a la sociedad reestructurada y los acreedores recibirán a cambio de acciones o de participaciones sociales (v. arts. 156 LSA y 74.2 LSRL). Igualmente, podrán ser cedidos a un tercero a favor de quien se enajene simultáneamente una determinada unidad empresarial.

Desde el punto de vista fiscal, se declaran exentos de tributación los aumentos de capital realizados por la sociedad concursada para atender a una conversión de créditos en capital [v. art. 45.1-B) 19.<sup>a</sup>, de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en la redacción que le da la disp. fin. 12.<sup>a</sup>.1]. Sin embargo, no se beneficia de dicha exención la enajenación parcial de activos y cesión de pasivos. Respecto de esta operación se dispone, que a los efectos de su valoración, se tomará el valor fijado en el concurso para bienes y créditos (art. 46.5, en la redacción que le da la disposición final 12.<sup>a</sup>.2).

### 4. Novación *versus* modificación

La Ley ha rubricado los efectos del convenio que se acaban de describir como eficacia novatoria (v. *supra* 3 y 4). Sin embargo, a pesar de la rúbrica no puede mantenerse que el convenio produzca una novación en sentido propio de los créditos afectados por el mismo. Ni siquiera puede mantenerse que genere una novación en sentido impropio o modificativa, pues sólo se limita a aplazar en beneficio del deudor la exigibilidad de los créditos de forma limitada o ilimitada en el tiempo. Éste es, pues, el efecto que se ha confundido con la novación y que se ha querido destacar en la rúbrica del precepto. No faltan argumentos para mantener esta interpretación. En primer lugar, la existencia de una novación en sentido propio exige la decisión de las partes de extinguir la obligación existente y sustituirla por otra nueva distinta de la anterior. Es más que cuestionable que esa voluntad esté presente en la decisión de los acreedores que aprueban un convenio concursal bien de forma expresa, bien de forma tácita —v. *gr.*, porque sea incompatible con ésta— (art. 1204 CC). En

segundo lugar, hay que traer a colación lo dispuesto en la propia ley para el caso de incumplimiento del convenio (art. 140.4). El incumplimiento produce la rescisión y con ella desaparecen sobre los créditos los efectos que modificaron su contenido. Y en segundo lugar, mantener la tesis de la novación supondría entender que una vez extinguida la obligación originaria, ésta habría de reaparecer automáticamente en su condición prístina a resultas de la «rescisión» del convenio, o, lo que es lo mismo, a resultas de la resolución por incumplimiento del pacto que ha provocado su extinción. Esto no parece compatible con el régimen de la novación tal y como se configura en el Código civil. El incumplimiento y posterior resolución de la obligación no hace revivir la obligación original. La posibilidad de que resurja la obligación afectada por la novación queda limitada en el régimen general a un supuesto excepcional: cuando el primitivo deudor obró de mala fe y conocía o pudo conocer la insolvencia del nuevo deudor (art. 1206 CC).

Ni siquiera respecto del llamado contenido facultativo del convenio tiene sentido mantener la idea de la novación de los créditos afectados por éste. En rigor, el negocio de aportación a una sociedad poco o nada tiene que ver con la novación (v., por ejemplo, arts. 36 y 39 LSA). Tampoco la enajenación de una parte del activo y cesión de parte pasivo del deudor se corresponde ni con una delegación de la deuda celebrada entre el primitivo y el nuevo deudor, ni con una expresimisión acordada entre el tercero y los acreedores (art. 1205 CC). Es sabido que sólo estos cambios del deudor tienen naturaleza novatoria. Como se ha dicho, se trata de una enajenación parcial de activo y de una cesión de parte del pasivo que coloca al nuevo deudor en la misma posición del primitivo (v. art. 1526 y ss. CC).