

El contenido de la propuesta de convenio concursal: los supuestos básicos y las prohibiciones*

The content of the insolvency agreement proposal: possible scenarios and prohibitions

JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ
Catedrático (Emérito) de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

Recibido: 12.05.2024 / Aceptado: 21.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8974

Resumen: En la evolución histórica del Derecho Concursal el convenio al que puedan llegar el deudor y sus acreedores ha cumplido una función principal de facilitar la conservación de la actividad, generalmente empresarial, afectada por la insolvencia, aunque con frecuencia los procedimientos concursales conducían a la liquidación de la masa activa como solución inevitable. En el Derecho Concursal actualmente vigente en España, tras la reforma de 2022, el convenio ha adquirido una flexibilidad en cuanto a su posible contenido que le hace especialmente útil para resolver situaciones de insolvencia que se estén tramitando como concursos de acreedores, lo que no impide reconocer que la prioridad está hoy en anticipar la solución en la fase preconcursal o de preinsolvencia a través de las técnicas de reestructuración más diversas.

En el presente trabajo se analiza especialmente el contenido que puede tener la propuesta de convenio concursal en nuestro ordenamiento, con especial atención tanto a la variada tipología de supuestos posibles (convenios con quita y espera, con proposiciones adicionales, con modificaciones estructurales), como al conjunto de prohibiciones que constituyen el límite de dicho contenido, sea porque afectan a los créditos, sea porque realmente implican una liquidación.

Palabras clave: Convenio concursal, contenido del convenio, quita y espera, proposiciones adicionales, modificaciones estructurales, prohibiciones, convenio liquidatorio.

Abstract: In the historical evolution of Insolvency Law, the agreement reached by the debtor and its creditors has fulfilled the main function of facilitating the preservation of the activity, generally business, affected by insolvency, although insolvency proceedings often led to the liquidation of the assets as an inevitable solution. In the Bankruptcy Law currently in force in Spain, after the reform of 2022, the agreement has acquired a flexibility in terms of its possible content that makes it especially useful for resolving insolvency situations that are being processed as bankruptcy proceedings, which does not prevent recognizing that the priority today is to anticipate the solution in the pre-bankruptcy or pre-insolvency phase through the most diverse restructuring techniques.

This paper analyzes in particular the possible content of the insolvency agreement proposal in our legal system, with special attention both to the various types of possible scenarios (agreements with wai-

*Para la elaboración de este trabajo, que dedico al Profesor Calvo Caravaca, en reconocimiento a su ejemplar trayectoria académica, he utilizado parte de los textos preparados como comentario a algunos artículos del Texto Refundido de la Ley Concursal, debidamente actualizados tras la reforma de 2022. Los textos originales, estando en vigor el Texto Refundido de 2020, están incorporados en el "Comentario al Texto Refundido de la Ley Concursal", dirigido por ABEL VEIGA y coordinado por MIGUEL MARTÍNEZ, publicado por la editorial Civitas-Thomson Reuters en 2021.

ver and waiting, with additional proposals, with structural modifications), and to the set of prohibitions that constitute the limit of such content, either because they affect the credits, or because they actually imply a liquidation.

Keywords: Insolvency agreement, contents of the agreement, waiver, additional proposals, structural modifications, prohibitions, liquidation agreement.

Sumario: I. El contenido de la propuesta de convenio: aspectos generales y evolución. II. Supuestos concretos de contenido: 1. Quita y espera. 2. Proposiciones adicionales. 3. Modificaciones estructurales. III. Las prohibiciones del contenido del convenio: 1. Las prohibiciones referidas a los créditos. 2. La prohibición del convenio liquidatorio. 3. Las nuevas prohibiciones de la propuesta de convenio. IV. Consideración final.

I. El contenido de la propuesta de convenio: aspectos generales y evolución

1. La cuestión del contenido del convenio concursal ha sido objeto tradicional de opiniones y criterios contrapuestos. De un lado, la posición favorable a entender que, teniendo el convenio naturaleza contractual, aunque con especialidades, su contenido debía estar orientado por los principios generales dispositivos que reconocen a las partes capacidad para fijar libremente el alcance de la relación jurídica que pretenden establecer; la libertad de pactos y la autonomía de la voluntad deben cumplir su función aquí, en la misma medida en que la cumplen en el Derecho de contratos, de manera que la necesaria aceptación de las partes ofrecerá la garantía suficiente de reciprocidad y proporción entre sus intereses respectivos, y, de no ser así, la alternativa de la liquidación terminará poniendo las cosas en su sitio. La posición contraria vendría a mantener que la peculiaridad del convenio concursal, teniendo en cuenta la pluralidad de intereses que en él concurren y la situación en que se encuentran las partes que van a quedar afectadas por su contenido (un deudor aquejado de insolvencia y un conjunto de acreedores expuestos a la comunidad de pérdidas), hace aconsejable establecer límites estrictos que, por un lado, minimicen los efectos previsiblemente perjudiciales que pueda tener, y, por otro, aporten seguridad a ambas partes en cuanto a la expectativa de cumplimiento, a la vez que eviten en la mayor medida posible tratamientos discriminatorios o injustificadamente desiguales entre los acreedores afectados.

2. Por supuesto, entre una y otra posición, aquí expuestas con la máxima simplicidad, caben posiciones intermedias, con muy diversos matices, que proponen combinar cierto ámbito de libertad de contenido dentro de los límites establecidos legalmente; estos sistemas mixtos suelen ser fácilmente reconocibles por la mezcla de opciones entre las que se puede elegir y de prohibiciones que no se pueden rebasar, todo ello complementado con variantes y especialidades de distinta naturaleza y complejidad. Tal orientación es la que inspira buena parte de los ordenamientos concursales, a la vez que explica, dentro de las variadas posibilidades que ofrece, la evolución que han experimentado, perspectiva a la que no es ajeno nuestro Derecho concursal.

3. 1En efecto, un simple examen comparativo del artículo 100 de la Ley Concursal de 2003, en sus diversas versiones a lo largo del tiempo, y el resultado final recogido en los artículos 317 y siguientes del vigente Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), tras la reforma de 2022, pone bien de manifiesto esa evolución. Así, cabe recordar que aquel primitivo artículo 100 restringía la quita y la espera en los créditos ordinarios, con límites que sólo podían ser levantados excepcionalmente y con estrictos requisitos, luego aligerados en la primera reforma que experimentó la Ley Concursal por Real Decreto-Ley de 27 de marzo de 2009, y prohibía la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos. La reforma de 2011 mantuvo sustancialmente este modelo con algunos pequeños matices, pero las de 2014 y 2015 (Real Decreto-Ley de 5 de septiembre de 2014, luego convertido en Ley de 25 de mayo de 2015) flexibilizaron notablemente la quita y la espera, trasladando los diversos niveles cuantitativos de una y otra al régimen de mayorías necesarias para la aceptación del

convenio (artículo 124 de la Ley Concursal) y para la extensión de sus efectos a las distintas categorías de acreedores (artículo 134), a semejanza del modelo establecido para la extensión de efectos de los acuerdos de refinanciación homologados en la también reformada Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, a la vez que abrieron alguna posibilidad a la cesión en pago de bienes y derechos no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

4. Ese régimen del contenido de la propuesta de convenio ha pasado al TRLC con una estructura sistemática mucho más reveladora: se distinguen ahora las “reglas generales sobre la propuesta de convenio” (317 a 323), que incluyen la quita y la espera, las proposiciones adicionales, las modificaciones estructurales, las propuestas con cláusula de intereses, con limitación de facultades al deudor, con atribución de funciones a la administración concursal y con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, a la vez que se contemplan también aquí las prohibiciones de alterar la cuantía o la clasificación de los créditos, de liquidar la masa activa como efecto del convenio y de presentar propuestas condicionadas, salvo en el caso de los concursos conexos. De esas reglas generales se diferencian supuestos de propuestas de convenios con contenido especial: las de asunción, en caso de adquisición por tercero del conjunto de la masa o de unidades productivas (324), y las de contenido alternativo, que incluyen las de convenio con conversión de créditos, y de créditos en acciones o participaciones, con cesión en pago, o con cesión de las acciones o los efectos de la reintegración (325 a 330).

5. En estas páginas nos limitamos a examinar, dentro del amplio contenido actual de las modalidades de convenio concursal, los que pueden considerarse, en la vertiente positiva, los supuestos más comunes de la propuesta de convenio, que son los previstos en los artículos 317 y 317 bis del TRLC, y, en la vertiente negativa, los supuestos de prohibición, también previstos en el artículo 318, todo ello dentro de lo que el propio TRLC considera como “reglas generales sobre la propuesta de convenio” en la Subsección 1ª de la Sección 2ª (Contenido de la propuesta de convenio) del Capítulo I (De la propuesta de convenio) del Título VII (Del convenio) del Libro I (Del concurso de acreedores) de dicho texto legal.

6. El artículo 317, en efecto, es el primero de los que el TRLC dedica al contenido que haya de tener, o pueda tener, el convenio a celebrar entre el deudor y sus acreedores. Tal contenido del convenio condiciona de manera evidente el que tenga la propuesta y ese es el motivo de que la cuestión se plantee ya en este momento inicial de la tramitación de la propuesta, pues no en vano el artículo 342, 1, exige que, para ser admitida a trámite por el juez, la propuesta debe cumplir no sólo las condiciones de tiempo y forma, sino también las de contenido que están legalmente establecidas; contenido que, igualmente, habrá de ser evaluado por la administración concursal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 348. Téngase en cuenta, además, que la propuesta de convenio no puede ser modificada ni revocada con carácter general una vez admitida a trámite (artículo 346), aunque puede el deudor dejarla sin efecto solicitando la liquidación de la masa activa en cualquier momento, lo que es razón suficiente para que el contenido de la propuesta, que será el contenido del eventual convenio, deba estar regulado de manera adecuada y suficiente. El artículo 317 bis, como habrá ocasión de examinar, se ha incorporado como novedad al nuevo TRLC resultante de la reforma de 2022, y bien podría haber formado parte del 317, sustituyendo a su apartado tercero, del que viene a ser un complemento evidente para el caso de que la propuesta de convenio contenga algún tipo de modificación estructural que afecte a la persona jurídica deudora. El artículo 318, por su parte, establece esa vertiente negativa que son las prohibiciones de contenido de la propuesta de convenio, también con los matices y especialidades que ha introducido la citada reforma de 2022.

7. El resto de los supuestos que antes se mencionaron, y que están previstos en los artículos 319 a 323, tienen un alcance notoriamente especial, por mucho que aparezcan incluidos dentro de las citadas reglas generales de la propuesta de convenio. Lo mismo ocurre, con más énfasis aún, en los supuestos del artículo 324 y del 325 al 330 (propuesta de convenio con asunción y propuesta de convenio con contenido alternativo, respectivamente), a los que el propio TRLC concede un tratamiento diferenciado, formalmente perceptible ya en su ubicación sistemática, pues ambos integran Subsecciones específicas

(la 2ª y la 3ª), sin quedar incluidos dentro del catálogo de modalidades previstas en la Subsección 1ª, donde están las reglas generales sobre la propuesta de convenio.

II. Supuestos concretos de contenido

1. Quita y espera

8. El primer objetivo de la propuesta de convenio ha de ser, por obvias razones derivadas del estado de insolvencia como imposibilidad actual o inminente de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, éste de reducir la cuantía del pasivo pendiente a cargo del deudor, o aplazar los vencimientos previstos, o ambas cosas a la vez. Así cabe afirmarlo a la vista del primer apartado del 317 donde la quita y espera aparecen como la primera referencia del contenido del convenio, con características bien definidas. Continúa así el TRLC la vieja tradición que siempre conectó la quita y la espera con las situaciones de crisis, ya fueran de insolvencia, de iliquidez, o de sobreendeudamiento del deudor, entendiéndose que ese era el remedio a convenir con los acreedores; y no sólo en el ámbito mercantil, donde se contemplaba tanto en el caso de la quiebra en el Código de Comercio, de aplicación privativa a comerciantes bajo aquel presupuesto objetivo del “sobreseimiento general en el pago de las obligaciones”, como en el de la suspensión de pagos en su propia Ley, sino también en el Código Civil, cuyos artículos 1917 y 1918 se referían al convenio de quita y espera habilitado para deudores no comerciantes. Derogado este Derecho Concursal histórico por la Ley Concursal de 2003, las proposiciones de quita, de espera, o de ambas, siguen constituyendo elemento fundamental de las propuestas de convenio.

9. Ante todo, se trata de un contenido obligado, que la propuesta de convenio debe incorporar, pues mientras que las demás proposiciones que acoge el precepto se presentan como posibilidades facultativas (“la propuesta podrá contener . . . , o podrá incluir . . .”), la propuesta “deberá contener proposiciones de quita, de espera, o de quita y espera”. La opción está en eso, en que contenga reducción, en más o menos cantidad, aplazamiento, con límite de diez años, o una combinación de ambos efectos, sea aumentando la espera sólo de los créditos no afectados por quita, si fuera el caso, sólo de los resultantes una vez aplicada la quita, sea de todos ellos; este es el margen que ofrece la fórmula legal, pues una de esas alternativas indicadas deberá figurar necesariamente en la propuesta. En todo caso, se trata de alternativas entre las que cabe optar por cualquiera de ellas, sea la quita, sea la espera, o bien combinarlas, como es frecuente hacerlo. La posibilidad de un convenio sin quita solo está expresamente contemplada en el artículo 320, como condición para poder incluir en la propuesta, que lo sería de un convenio de espera, una cláusula de intereses.

10. Dentro de este marco, las posibilidades casuísticas son ciertamente numerosas, tanto respecto de la quita, como de la espera, por separado, o de la combinación de ambas de manera conjunta. Así, por ejemplo, cabría una quita o espera, o ambas, de alcance diverso, esto es, desigual para unos u otros acreedores; más quita y menos espera, o menos quita y más espera; o solo quita, o solo espera, con mayor o menor cuantía o extensión para unos u otros acreedores, incluso tomando como base de cálculo el importe de los créditos para proponer una quita, o una espera, o ambas, con criterios de proporcionalidad, agrupando los créditos por tramos en razón de su importe para ofrecer un porcentaje de quita, o un tiempo de espera para cada tramo. Admitido este criterio de diversidad en la oferta, cabría plantear también la posibilidad de aplicar un criterio parcial o selectivo entre acreedores, y no para una oferta distinta a unos o a otros, como ya se ha comentado, sino para discriminar entre ellos, de manera que a alguno o a algunos se les ofrezca quita, o espera o ambas, y a otros solo quita, solo espera, o ninguna de las dos opciones, lo que supondría pagar a algunos acreedores de forma íntegra y puntual, mientras que otros, de aprobarse el convenio, quedarían afectados por la quita, la espera o ambas. Del texto legal no parece excluirse esa opción, pues el mandato del artículo 317 se cumpliría, ya que la propuesta de convenio contendría quita, espera, o ambas, aunque solo fuera para algunos acreedores y no para otros. Pero la configuración de los acreedores como una comunidad de pérdidas en el concurso podría ser un

inconveniente para este tipo de convenios discriminatorios, que permitirían alcanzar mayorías de aprobación mediante un cálculo oportuno de los créditos beneficiados, derivando de ello motivos para el rechazo judicial o para la impugnación por parte de los acreedores perjudicados.

11. Mientras que la espera no puede acordarse por plazo superior a diez años, no hay actualmente en la quita ningún límite, en ningún sentido. En el texto inicial de la Ley Concursal, en 2003, el artículo 100 no permitía quitas superiores a la mitad del importe de cada uno de los créditos ordinarios, ni esperas más allá de los cinco años contados desde la aprobación judicial del convenio, si bien existía la posibilidad de superar tales límites, por decisión judicial motivada, en el caso de empresas de especial trascendencia para la economía, si ello formaba parte del plan de viabilidad y si recaía informe de la Administración económica competente, requisito éste que fue eliminado ya en la primera reforma de 2009, debido, entre otras razones, a la inseguridad que derivaba de la propia determinación de la Administración competente. Los límites, sin embargo, permanecieron hasta que las reformas de 2014 y 2015 los suprimieron para la quita, permaneciendo el de la espera en los citados diez años, pero formando parte del sistema de mayorías crecientes que recogía el artículo 124, a semejanza del que se había establecido en la Disposición Adicional Cuarta a propósito de la homologación de acuerdos de refinanciación y a fin de extender sus efectos a acreedores financieros no participantes o disconformes, con o sin garantía real, en los diversos supuestos que allí se contemplaban.

12. En todo caso, en el sistema actual, el alcance cuantitativo de la quita, aún sin límite máximo, y el de la espera, dentro de su límite, tiene también algunos efectos bien significativos. En concreto, las mayorías exigidas para la aceptación de la propuesta de convenio están relacionadas, en el sistema del artículo 376 del TRLC, con el volumen de las quitas y con la longitud de las esperas. Tal distinción, sin embargo, ya no se hace en el artículo 446, a propósito de la apertura de la sección sexta, de calificación del concurso, donde antes se distinguía, a estos efectos, entre convenios gravosos y no gravosos, de manera que en éstos no procedía el “riesgo” de la calificación del concurso, sin perjuicio de que volviera a surgir en caso de incumplimiento del convenio, conforme al 452, lo que supone que la calificación del concurso se producirá en todo caso, haya habido convenio o liquidación, y sea cual sea el contenido cuantitativo del convenio.

13. Finalmente, hay que destacar que, aprobada una propuesta de convenio, los créditos se verán directamente afectados por la quita, la espera, o ambas, de manera directa y en los términos del contenido del convenio; así, el artículo 398 se refiere a la eficacia objetiva del convenio, señalando que los créditos ordinarios y subordinados, y los privilegiados a los que se extienda tal eficacia, quedan extinguidos en la parte a que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de la espera. Pero este doble efecto, remisorio y de condonación en la cuantía, de postergación y prórroga en el vencimiento, sólo se hace definitivo con el cumplimiento del convenio; de no ser así, los créditos afectados vuelven a su estado original, pues si se produjera el incumplimiento, y la declaración de tal circunstancia adquiriera firmeza, las quitas, las esperas y cualesquiera otras modificaciones de los créditos que se pactaron en el convenio quedan sin efecto, como así lo establece el artículo 404.

2. Propositiones adicionales

14. Con una fórmula ciertamente genérica, el apartado 2 del artículo 317 permite que la propuesta de convenio pueda contener lo que denomina “proposiciones adicionales”, con un amplio margen de disponibilidad en número y en contenido, con la única limitación de las normas legales de naturaleza imperativa. La expresión es bien reveladora al respecto: “cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes sin más limitaciones que las establecidas por la ley”.

15. En contraste con las proposiciones de quita y espera, que forman parte obligada del contenido de la propuesta, éstas proposiciones adicionales son estrictamente potestativas y voluntarias, como

de su propia naturaleza es fácilmente deducible. Se trata de ofertas añadidas, dirigidas a determinados acreedores en particular, previsiblemente con la intención de facilitar su aceptación del convenio, de lo que es un síntoma evidente el hecho de que la referencia antecedente, en el artículo 100, 2, de la Ley Concursal (en el texto de 2015, pues hasta entonces el artículo 100 sólo hablaba de proposiciones alternativas, no de adicionales), mencionara estas proposiciones adicionales a la vez que las proposiciones alternativas para todos o algunos acreedores, o clase de acreedores, con excepción de los acreedores públicos, indicando a continuación las distintas ofertas de conversión de créditos en un variado conjunto de opciones, que incluía “acciones, participaciones, cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, participativos, con intereses capitalizables, o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original”.

16. Lo que ha hecho el TRLC es diferenciar formalmente unas y otras modalidades de proposición: las adicionales, en este artículo 317, tienen un ámbito más amplio, como ahora se analizará, mientras que las de contenido alternativo, en los artículos 325 a 330, aparecen ejemplificadas en los supuestos de conversión de créditos que citaba el 100, 2, de la Ley Concursal, añadiendo la cesión en pago de bienes o derechos, también procedente del 100, 3, de la Ley Concursal, y la cesión de acciones o de efectos de la reintegración, que constituye novedad en el TRLC. Tal diferenciación, en todo caso, no impide apreciar la estrecha relación entre unas y otras proposiciones, de manera que una proposición alternativa se ofrezca precisamente como proposición adicional, o como una parte de ésta. La reiteración de los posibles destinatarios en ambos casos (todos o algunos acreedores, o clase de acreedores; todos o algunos créditos, o clases de créditos) y la respectiva amplitud de oferta (cuantas proposiciones adicionales considere convenientes; cualesquiera otras alternativas; sin más limitaciones que las establecidas por la ley en ambos casos) así parece confirmarlo.

17. La misma estrecha relación se observa respecto de las propuestas que atribuyan trato singular a determinados acreedores, que podrán presentarse formalmente como propuestas adicionales. A ellas se refiere el artículo 316, 2, conjuntamente con las de contenido alternativo, para exigir que los acreedores destinatarios firmen la propuesta de convenio en señal de aceptación cuando vayan a asumir en ella nuevas obligaciones, sin duda porque lo uno tendrá correspondencia con lo uno; y lo hace también el 378 para exigir que la aceptación de esa propuesta adicional que contenga trato singular a ciertos créditos o a grupos de créditos tenga el respaldo de la mayoría que corresponda y la adhesión o el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular contenido en la propuesta.

18. Finalmente, la amplitud con que está concebida la posibilidad de incluir proposiciones adicionales en la propuesta de convenio alcanza a todos sus aspectos: en el subjetivo, para los acreedores destinatarios; en el cuantitativo, para el número de proposiciones a presentar; y en el objetivo, para el contenido que pueden tener, en una clara muestra de la evolución hacia esa mayor “liberalización” en el contenido del convenio antes referida.

19. Las proposiciones adicionales pueden dirigirse a todos o algunos acreedores (o a alguno en particular), o a determinadas clases de acreedores, con la consabida exclusión de los acreedores públicos, objeto también aquí del conocido tratamiento especial, no exento de consideración crítica, por mucho que lo que pudiera constituir el objetivo de la proposición adicional (fraccionamiento y aplazamiento) se pueda alcanzar por otra vía. Salvo ésta, caben, por tanto, todas las opciones en este sentido: no hacer distinción alguna, hacer proposición adicional selectiva, sólo para algunos acreedores, con delimitación positiva o negativa, indicando a quienes se dirige, o a quienes se excluye, o hacer la indicación a través de una o varias clases, sin necesidad de que, en tal caso, esté a su vez incluida la clase entera. Por clase, a estos efectos, cabe entender cada una de las que constituyen referencia para la clasificación de los créditos en el artículo 269 (privilegiados, generales o especiales, ordinarios, subordinados), pero también cabría utilizar las que el artículo 287 considera subclases dentro de los créditos privilegiados (créditos laborales, financieros, comerciales y restantes), con expresa exclusión de los créditos públicos. Sin embargo, no parece que puedan utilizarse a estos efectos concursales las clases a las que se refieren

los artículos 622 y siguientes, que son las que se forman entre los acreedores titulares de créditos afectados por el plan de reestructuración preconcursal precisamente para votar agrupadamente la aprobación o no de dicho plan; se trata aquí de otro ámbito, el de la reestructuración preconcursal, y de otra técnica de formación de clases, por interés común de los integrantes, con una finalidad particular en este procedimiento, distinta de la que concurre en el ámbito del concurso, donde las clases de créditos tienen un objetivo último de ordenación de las preferencias de pago cuando llegue la liquidación, sin perjuicio de que puedan ser tomadas en consideración para fijar el alcance del contenido y efectos del eventual convenio concursal, que es el supuesto que aquí hay que tener en cuenta.

20. Por lo demás, llama la atención que este artículo 317, 2, se refiera expresamente como destinatarios de la proposición adicional a los acreedores, como también lo hace el 316, 2, a sus efectos, mientras que el 325, para las propuestas con contenido alternativo, y el 378, para las propuestas de trato singular, se refieran a los créditos, en vez de a los acreedores; pero no parece que de tal disparidad deriven consecuencias relevantes, pues cabe entender que ambas menciones son perfectamente complementarias: los destinatarios de las propuestas son siempre los acreedores a quienes se dirigen, pero lo que queda afectado por el contenido de las propuestas son sus créditos.

21. El margen de propuesta adicional no tiene un límite determinado: la expresión del precepto (“cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente o proponentes”) no deja lugar a duda. Podrá ser una para cada acreedor, una misma para un grupo, para una clase o parte de una clase, para todos, etc.; y cabrán varias propuestas alternativas (también el 325 habla de “cualesquiera otras alternativas”), o complementarias, para un mismo acreedor, varias para varios, o varias para todos, con ese mismo carácter, o cualquier otra combinación. Sin perjuicio de la esperable racionalidad de las diversas proposiciones adicionales, no hay en este aspecto cuantitativo un límite determinado de ellas, una vez que el precepto lo ha dejado a la simple conveniencia del proponente o proponentes, lo que también implica que, habiendo propuestas de convenio de diversos legitimados (deudor y acreedores), la variedad de propuestas, más o menos coincidentes o contrapuestas, puede ser notable.

22. Por último, la amplitud se manifiesta también en el contenido de las propuestas: tanto aquí, como en el caso de las propuestas de contenido alternativo, se utiliza la misma expresión (“sin más limitaciones que las establecidas por la ley”) y tampoco en las de trato singular hay mayor condicionamiento objetivo, hecha salvedad de los requisitos especiales de aceptación que indica el artículo 378. Tan amplio margen en el contenido remite entonces a lo que sean esas limitaciones legales, que habrán de estar expresamente establecidas: es el caso de las prohibiciones concretas del artículo 318, de la más genérica en el artículo 319, que impide someter a condición la eficacia del convenio, salvo en el caso de los concursos conexos, o de cualquier otra que derive de un mandato legal imperativo que contenga impedimento, sea en el TRLC, sea en cualquier otra disposición aplicable. Por supuesto, regla imperativa es también la que impone que la propuesta deba contener quita, espera, o ambas, por lo que no será admisible una proposición adicional que se presentara como sustitución o como alternativa de la obligada legalmente en cuanto al contenido indicado.

3. Modificaciones estructurales

23. El apartado tercero del artículo 317 recoge expresamente la posibilidad de que la propuesta de convenio incluya una modificación estructural, cuando el deudor sea una persona jurídica, conforme al texto resultante de la reforma de este apartado por la Disposición Final Segunda del Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, que regula las modificaciones estructurales en su Libro I. En el texto anterior se mencionaban expresamente los supuestos de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo, ahora sustituidos por esa remisión genérica a las modificaciones estructurales. La opción forma parte del ámbito voluntario del convenio y, aunque siempre fue admitida, no estaba expresamente mencionada en el originario artículo 100 de la Ley Concursal y fue introducida en su apartado tercero en reforma posterior

con la finalidad de caracterizarla como excepción frente a las prohibiciones de alteración de la clasificación o la cuantía de los créditos y del convenio liquidatorio.

24. Aunque la referencia a la persona jurídica deudora proporcione a tal opción un alcance más general, es evidente que la intención principal va dirigida a los deudores que son sociedad mercantil. El texto anterior planteaba algunas necesidades interpretativas, empezando por el propio carácter de la enumeración que contenía. El hecho de que contuviera una mención concreta a los tres supuestos de modificación estructural que citaba, y no una referencia genérica a las modificaciones estructurales, planteaba la duda de si estaban excluidas las no mencionadas, y más concretamente la transformación y el traslado del domicilio, que entonces regulaba la Ley de Modificaciones Estructurales de 2009. No hay duda ahora de que la transformación, en su doble supuesto de transformación por cambio de tipo, en el Derecho interno, y de transformación transfronteriza, con traslado de domicilio, tal como las distingue el Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, que ha venido a trasponer la Directiva europea de 27 de noviembre de 2019, configurando un nuevo régimen de las modificaciones estructurales, está comprendida en la remisión genérica antes citada. Y menos duda ofrece el hecho de que, además de la transformación, las distintas modalidades de las modificaciones estructurales han de entenderse incluidas: esto es, la fusión con creación de nueva sociedad y por absorción, las fusiones simplificadas o asimiladas, la escisión total y parcial, sea con sociedades nuevas o con sociedades preexistentes como beneficiarias, la segregación y la cesión global de activo y pasivo, todas ellas a tenor de su configuración como tales en la citada disposición y, obviamente, en las dos modalidades (internas y transfronterizas) ahora reguladas.

25. Por su parte, el régimen de la correspondiente modificación estructural contenida en la propuesta de convenio será el previsto en el Real Decreto-Ley que regula estas figuras (Libro Primero, artículos 1 a 126), pues el hecho de que vaya a materializarse como consecuencia del cumplimiento de un convenio concursal no supone, con carácter general, variación alguna en su naturaleza, requisitos o efectos. De manera que el procedimiento establecido para llevar a cabo estas modificaciones (proyecto, informes, acuerdo de junta general, publicidad, escritura, inscripción, etc.) deberá observarse también en este ámbito concursal, lo que supondrá coordinar un doble itinerario, de un lado, en cuanto al procedimiento de aprobación del convenio, y, de otro, en cuanto al procedimiento de aprobación societaria de la modificación estructural, que tendrá lugar en la fase de cumplimiento del convenio, de manera que, si no se acuerda la modificación por la junta general, el convenio resultará incumplido y sobrevendrá la liquidación.

26. Cosa distinta es que algunos aspectos concretos de ese régimen de la modificación deban ser adaptados a ese contexto concursal, o incluso revisados en cuanto a su aplicación; así, por ejemplo, no parece que tenga sentido ejercer aquí el régimen de protección de los acreedores, previsto en el artículo 13 para obtener garantía adecuada de los créditos, que ha venido a sustituir al tradicional derecho de oposición, ya que esos acreedores habrán podido tener en cuenta las garantías ofrecidas con ocasión de la aceptación del convenio, o aplicar las reglas especiales de responsabilidad frente a acreedores del artículo 70, en el ámbito de la escisión, una vez que los acreedores han aceptado el convenio del que emana la operación y en el que habrán podido preverse estas circunstancias, como también ocurre con la formulación de un balance especial cuando la situación patrimonial del deudor está ya determinada en el seno del procedimiento concursal.

27. Ahora bien, esta posibilidad de adecuación de algunos aspectos del régimen de la modificación estructural propuesta en el convenio estará justificada, como mucho, en el caso de la sociedad concursada, pero hay que tener en cuenta que en algunas de las operaciones incluidas (fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo, no en la transformación) participan otra u otras sociedades (la otra con la que fusiona la concursada para crear una nueva, la absorbente o la absorbida, según la posición que tenga la concursada, la escindida y la, o las, beneficiarias, la cedente y la cesionaria) que no estarán en concurso, aunque pudieran estarlo y contemplar la operación en su respectivo convenio; a estas sociedades participantes no concursadas les será de aplicación el régimen de las modificaciones sin otra

restricción, sin perjuicio de que resulte necesaria, en los términos del artículo 316, 2, del TRLC, su firma de aceptación, como tercero comprometido, en la propuesta de convenio si ésta contiene su compromiso de participar en la operación. Precisamente para solventar este aspecto, el nuevo artículo 317 bis, introducido en el TRLC de 2022 y también modificado en 2023, exige la firma de los representantes de todas las entidades participantes.

28. Finalmente, plantea problemas especiales, y de singular complejidad en muchos casos, la coordinación de los efectos más propios de las modificaciones estructurales, como son la extinción de todas o alguna de las sociedades participantes y, sobre todo, la sucesión universal en el conjunto del patrimonio de la extinguida por otra sociedad (absorbente, beneficiaria, cedida) que, en condiciones normales, se subrogaría en su posición, pero que, en el caso de la sucesión de una sociedad concursada, no parece razonable que eso ocurra si la subrogada no está en situación de insolvencia; más bien habrá de subrogarse entonces en la satisfacción de los créditos pendientes, en el estado que éstos resulten del convenio aprobado, lo que puede suponer una reducción de la cuantía, o un aplazamiento, en virtud de la quita o espera que se haya acordado, pues cabrá la posibilidad de que ambas cosas, la quita o espera y la modificación estructural se combinen de manera conjunta en el contenido de la propuesta de convenio. Distintos, en todo caso, son los problemas derivados de la realización, antes de la declaración del concurso, de modificaciones estructurales que, por su carácter perjudicial, pudieran ser objeto de acciones de reintegración que pretendan su revocación, como distintos, y especiales, lo son también los supuestos en que la modificación estructural forme parte de un plan de reestructuración preconcursal homologable, teniendo en cuenta las peculiaridades del artículo 631 en cuanto a la adopción del correspondiente acuerdo por los socios de la sociedad deudora.

29. Como acaba de indicarse, la reforma del TRLC de 2022 ha incorporado el nuevo 317 bis, que viene a complementar, reiterándolo en parte, lo que ya establecía el apartado 3 del artículo 317, que también se mantiene en el nuevo texto, afectados ambos por la reforma derivada del Real Decreto-Ley de 23 de junio de 2023, que ha sustituido en ambos la parcial enumeración de supuestos por una remisión genérica a la categoría de las modificaciones estructurales, lo que permite incluir a todas ellas, como bien lo muestra el apartado segundo al mencionar a la sociedad transformada, siendo así que en el texto anterior no aparecía la transformación.

30. Cabe, desde luego, pensar si no hubiera sido más conveniente poner en común ambos elementos, bien incorporando lo que ahora añade el 317 bis a ese apartado 3 del 317, bien unificando en el nuevo 317 bis lo que mantiene el 317, 3, dada la coincidencia, al menos entre el 317, 3, y el primer inciso del 317, bis, 1. Ciertamente, entre uno y otro texto puede apreciarse una diferencia de matiz: en el 317, 3, se contempla la posibilidad de que la propuesta de convenio incluya una modificación estructural (transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada), por lo que se refiere a tal hipótesis en abstracto, como una eventualidad genéricamente permitida, mientras que el 317 bis, parecería referirse más bien a algunos requisitos exigibles cuando la propuesta de convenio incluya de manera efectiva una modificación estructural, con mención de las mismas variantes de esta categoría. En todo caso, este supuesto “salto de la potencia al acto” no hubiera impedido la unificación del texto doble en un único precepto que contemplara la “propuesta de convenio con modificación estructural”, al igual que otros artículos contemplan a continuación modalidades singulares de propuesta de convenio con contenido particular, a fin de establecer las reglas propias que les son aplicables.

31. Dicho esto, lo que hace el nuevo artículo 317 bis en su primer apartado es añadir un requisito perfectamente lógico a esta propuesta de convenio: cuando la propuesta contenga la realización de una modificación estructural de la persona jurídica concursada, teniendo en cuenta que en ella podrán ser parte otras entidades que vayan a participar en la modificación, se exigirá la firma del respectivo representante, con poder suficiente, además de quien ostenta la representación de la propia persona jurídica. La regla, más allá de su carácter específico en este caso, viene a tener un significado similar al que tiene la del 316, 2, cuando la propuesta contenga compromisos a cargo de acreedores o terceros, como los que allí se citan.

32. Sin embargo, el requisito de la firma, a pesar de su aparente simpleza, plantea algunas cuestiones, principalmente de naturaleza societaria, que conviene matizar.

33. En primer lugar, la firma en la propuesta habrá de exigirse adecuándolo a cada supuesto: si la sociedad concursada va a fusionarse con otra para crear una nueva, se exigirá la firma de la otra sociedad fusionada; si la concursada va a ser absorbida o absorbente, se exigirá, respectivamente, la firma de la absorbente o de la absorbida; si la concursada se escinde en favor de beneficiarias preexistentes, la firma de cada una de éstas, pero si se escinde en favor de beneficiarias de nueva creación, habrá que tener en cuenta que éstas aún no existen en el momento de presentar la propuesta; y criterio similar se aplicará en la cesión global de activo y pasivo. Las otras modificaciones estructurales, concretamente la transformación, sea la que ahora se identifica como “cambio de tipo” en el ámbito del Derecho interno, sea la que el nuevo régimen de las modificaciones estructurales regula como transformación transfronteriza con cambio de domicilio, a partir de la trasposición de la Directiva de 27 de noviembre de 2019 por el Real Decreto-Ley de 28 de junio de 2023, no plantearía cuestión a este respecto, tratándose de operaciones unilaterales en que solo participa la sociedad concursada.

34. La otra cuestión relevante sería la que atañe a la suficiencia del poder de representación para la firma. Tratándose de administradores de sociedades, su poder de representación suficiente deriva de la posición orgánica que ocupan en virtud del nombramiento, la aceptación y la inscripción registral, como así se deduce tradicionalmente de las competencias legalmente atribuidas en los artículos 209 y 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital. Con eso bastará para la firma de la propuesta con suficiencia en el poder de representación; otra cosa será la necesidad de que, en el cumplimiento del convenio, deba recaer acuerdo de la junta general de la sociedad correspondiente para aprobar la correspondiente modificación estructural, aunque no cabría excluir la posibilidad de que las sociedades participantes, si los administradores lo han previsto así, hayan celebrado junta general previamente para asumir la propuesta de modificación estructural en que van a implicarse si el convenio resultara aprobado.

35. Además, el apartado 2 del nuevo artículo 317 bis ha establecido una prohibición particular para los supuestos de convenio con modificación estructural, que afecta no tanto a la propuesta de convenio con ese contenido, sino a la propia operación que vaya a realizarse en cumplimiento del convenio. Se trata de un límite patrimonial, con el que se pretende que la modificación estructural convenida no provoque situaciones negativas en las sociedades participantes, de tal modo que, más allá del efecto que pudieran tener para la sociedad concursada, incluso favorable por el hecho del cumplimiento del convenio, el impacto negativo en las sociedades participantes, o resultantes, sea causa de nuevas crisis para ellas, incluso en forma de insolvencias y nuevos concursos. Tal limitación, en efecto, aparece formulada como una prohibición absoluta (“en ningún caso”), con lo que, si el efecto de “transfusión patrimonial negativa” que se trata de impedir se percibiera ya en la propuesta de convenio, daría lugar a la inadmisión a trámite de ésta, mientras que si se pusiera de manifiesto en el propio convenio, aceptado ya por los acreedores, habría de negarse la aprobación judicial prevista en el artículo 381, bien directamente por el juez, bien como consecuencia de la impugnación formulada por acreedores no adheridos, o por la administración concursal., conforme al artículo 382 y siguientes.

36. Menciona el precepto como sociedades a proteger frente a este impacto negativo a la sociedad transformada, por si el cambio de tipo o el cambio de domicilio a otro país, según el supuesto de transformación de que se trate, produjeran menoscabo patrimonial en la adaptación al nuevo tipo o al nuevo régimen legal del país de destino; a la sociedad absorbente, en la que el riesgo procede precisamente de la incorporación del pasivo, por sucesión universal de la sociedad absorbida que se extingue, que será generalmente la sociedad concursada; a la nueva sociedad, resultante de la fusión de la sociedad concursada con otra, por el mismo efecto sucesorio en el pasivo; a las sociedades beneficiarias de la escisión, se entiende que de la sociedad concursada, que es la escindida que traspasa su patrimonio negativo a aquéllas; o a la sociedad cesionaria, por ese mismo motivo, si bien lo mismo ocurrirá si las cesionarias son varias sociedades. En la enumeración no se hace distinción en cuanto a que el resultado

patrimonial negativo se produzca en otras sociedades participantes o en la propia sociedad concursada; y habrá que entender que ambas situaciones están incluidas, pues lo que se pretende es que ni aquéllas, ni ésta lleguen a tener el patrimonio neto negativo que se menciona. Así, la sociedad absorbente puede ser otra distinta, o la propia concursada, lo mismo que una u otra pueden ser las beneficiarias de la escisión, o las cesionarias de la cesión global, alcanzando a todas la prohibición. No ocurrirá eso con la nueva sociedad en una fusión con creación, pues la concursada, lo mismo que otra u otras que participan, habrán quedado extinguidas; sin embargo, no se menciona en la escisión parcial a la escindida, sino solo a las beneficiarias, tanto en la escisión total, como en la parcial, siendo así que la prohibición de llegar a tener patrimonio neto negativo también debiera alcanzar a la sociedad escindida que permanece, tanto si es la concursada, como si es otra sociedad que transmite parte de su patrimonio a la concursada como beneficiaria.

37. Finalmente, el presupuesto objetivo de la prohibición es que las sociedades mencionadas “lleguen a tener patrimonio neto negativo como consecuencia de la modificación estructural” acordada en el convenio. Ello ocurrirá si el pasivo que reciben en la operación, por sí mismo o acumulado al que ya tuvieran antes de la modificación, es superior al activo, incluyendo igualmente en éste tanto el que tuvieran como el que reciban, lo que habrá que entender adaptado a cada situación (por ejemplo, la absorbente, o las beneficiarias y cesionarias, si no son de nueva creación, ya tienen previamente activo y pasivo, mientras que la nueva sociedad resultante de la fusión tiene solamente el activo y pasivo que recibe de las fusionadas, una de las cuales será la concursada. La situación patrimonial negativa tiene que ser, además, consecuencia de la modificación estructural, pues lo que se prohíbe es que sea resultado o efecto de ella (la expresión “llegar a tener un patrimonio neto negativo” así quiere indicarlo), o, dicho en otros términos, que se provoque esa situación de desbalance en una sociedad que no la tenía antes de realizarse la modificación estructural correspondiente, lo que hace pensar que el ámbito más reconocible para que tal prohibición opere será previsiblemente el de las modificaciones estructurales intragrupo, que buscan trasladar el pasivo de una filial a otra, preexistente o nueva, prolongando así la situación deficitaria del grupo.

III. Las prohibiciones del contenido del convenio

38. La amplitud de contenido del convenio que se ha venido mencionando, y que tiene su clara expresión en las diversas modalidades que el TRLC acoge en esta Sección 2ª, del Capítulo I, del Título VII, tiene también algunas limitaciones, que se muestran como prohibiciones de distinta naturaleza y alcance. Así lo indica el artículo 318, que contiene un conjunto de prohibiciones directas y expresas; pero no son las únicas. Junto a ellas, hay alguna otra prohibición, igualmente directa, como es el caso de las propuestas condicionadas del artículo 319, con la excepción de los concursos conexos, y con la consecuencia de que, lejos de tener la condición por no puesta, es la propia propuesta la que se tiene por no presentada.

39. Pero hay también prohibiciones indirectas, que hay que entender como implícitas cuando, al exigirse un determinado contenido para la propuesta de convenio, se está afirmando la prohibición de cláusulas que lo obvien o contradigan, sea de forma positiva o negativa; así, si la propuesta de convenio con asunción (artículo 324) exige compromiso de continuidad de la actividad por el adquirente, por tiempo mínimo, y de obligación de pago, no cabría liberarle de tales obligaciones; o si la propuesta de convenio con cesión en pago no permite ceder bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado, no cabrán propuestas en que esté permitida esa cesión.

40. Señalado esto, el artículo 318 recoge dos supuestos de prohibición: la que se refiere a la protección de los créditos, impidiendo alterarlos, sea en su cuantía, sea en su calificación, y la que se refiere al respeto de la propia naturaleza del convenio que es la que impide que la propuesta consista en la liquidación de la masa activa para satisfacer los créditos.

1. Las prohibiciones referidas a los créditos

41. De las dos prohibiciones de alteración de los créditos que acaban de mencionarse, la primera se refiere a la cuantía que venga legalmente establecida, debiendo entenderse por tal la que finalmente figure en la lista de acreedores del artículo 285, que, conforme al artículo 293, acompaña como anejo, junto al inventario de la masa activa, al informe que debe presentar la administración concursal en el tiempo y forma que regulan los artículos 289 y siguientes. Tal prohibición de alterar la cuantía alcanza tanto a los créditos concursales, como a los créditos contra la masa, enumerados en el artículo 242, pues, ni este artículo 318 hace distinción, ni se trata de créditos ajenos a la lista de acreedores, como lo demuestra el hecho de que el artículo 288 mande detallarlos y cuantificarlos en una relación adjunta a la lista de acreedores.

42. La cuantía de referencia debe estar ya inicialmente indicada en la comunicación del crédito que el acreedor titular debe hacer a la administración concursal, en los términos de los artículos 255 y siguientes, como así lo indica el artículo 256 al precisar el contenido de la comunicación, que debe incluir los datos relativos al crédito, entre los que expresamente se cita ya la cuantía. Una vez que el crédito comunicado haya sido reconocido por la administración concursal, siguiendo las reglas de los artículos 259 y siguientes (donde aparecen supuestos especiales de reconocimiento con efecto sobre la cuantía), pasará a formar parte de la lista de acreedores, en cuyo contenido consta expresamente la cuantía por principal y por intereses a que se refiere el artículo 286, teniendo en cuenta para la fijación de los intereses las reglas de los artículos 152, sobre devengo, y 320, sobre cláusula de intereses. No se olvide, además, por la relación tan directa que tiene con la determinación de la cuantía, que el artículo 267 ordena que todos los créditos que se reconozcan se computen en dinero y se expresen en moneda de curso legal, sin que ello suponga conversión ni modificación del crédito, pues se realiza a los solos efectos de la cuantificación del pasivo.

43. En todo caso, la cuantía así reconocida puede ser objeto de impugnación. En efecto, la impugnación de la lista de acreedores, regulada en los artículos 297 y siguientes, puede referirse tanto a la inclusión o exclusión de los créditos, como a la cuantía o clasificación de los reconocidos, tal como expresamente lo indica el artículo 298, 2. Si esto ocurre, y la impugnación prospera, la lista de acreedores resultará modificada en lo que se considera el “texto definitivo” de los artículos 304 y siguientes, sobre el que sólo procederán ya las modificaciones que, de forma precisa, enumera el artículo 308; entre ellas, el apartado tercero se refiere a las que tengan lugar “cuando se dicten resoluciones judiciales en el concurso de las que resulte, entre otras, la modificación del importe de un crédito concursal”.

44. Descrito así el marco en que queda fijada en las distintas situaciones “la cuantía de los créditos establecida por esta ley” que no puede alterarse en una propuesta de convenio, hay que añadir la salvedad, expresamente invocada en el precepto, de los efectos de la quita o quitas que pudiera contener la citada propuesta. Se trata, obviamente, de una circunstancia distinta: una cosa es que la propuesta no pueda suponer alteración de la cuantía de los créditos, y otra bien distinta que, si se propone quita para algún crédito, o quitas para varios o para todos, y el convenio resulta aceptado por los acreedores y aprobado por el juez, los créditos afectados queden extinguidos en la parte a que alcance la quita, como expresamente lo reconoce el artículo 398, al referirse a la eficacia objetiva del convenio. La quita, en suma, no es una alteración de la cuantía, que se proponga como tal, sino el efecto remisivo de un convenio aprobado, hasta el punto de que, si el convenio resulta incumplido, el crédito retornará sin alteración a su estado originario, quedando sin efecto la quita, según prescribe el artículo 404.

45. Tras la prohibición de alterar su cuantía, la otra prohibición de alteración alcanza también a la clasificación de los créditos que resulte de lo establecido en la ley, y en términos muy similares a lo indicado respecto de la cuantía, pues la asignación de cada crédito a una de las clases previstas sigue el mismo procedimiento antes indicado. En efecto, también la comunicación del crédito, a tenor del artículo 256, ha de expresar sus características y la clasificación que se pretenda, lo mismo que el reco-

nocimiento es inseparable de la clasificación de los créditos concursales en alguna de las categorías previstas en los artículos 269 y siguientes, de modo que en la lista de acreedores se exprese la “calificación jurídica de cada uno de los créditos de que el acreedor fuera titular” (286, 1). Igualmente, la clasificación de los créditos reconocidos puede ser motivo de impugnación de la lista de acreedores (298, 2), dando lugar al “texto definitivo”, con los cambios que proceda (304), y, en su caso, a las modificaciones que puedan afectarles, entre ellas la que supone modificación de la clase del crédito (308, 3°).

46. El régimen de la clasificación de los créditos concursales constituye un aspecto ciertamente complejo en el seno del procedimiento concursal, que no procede examinar aquí en detalle, pues las conocidas clases de créditos (privilegiados, ya sea el privilegio especial o general, ordinarios, y subordinados) tienen en el TRLC un desarrollo notablemente detallado en el Capítulo III del Título V (De la masa pasiva), que abarca los artículos 269 a 284. Conviene simplemente añadir una doble precisión: por un lado, que la prohibición de alteración de la clasificación debe extenderse también a las clases en que el artículo 287 “subclasifica” a los créditos privilegiados (de derecho público, laborales, financieros y restantes, entre los que se incluyen los acreedores por operaciones comerciales); por otro, que, a falta de distinción en este 318, 1, 2°, la prohibición de alteración debe igualmente alcanzar a la atribución de la naturaleza de créditos contra la masa a aquellos que figuren en la relación adjunta a la lista de acreedores, a la que se refiere el artículo 288.

2. La prohibición del convenio liquidatorio

47. El número 3° del primer apartado del artículo 318, que en el texto anterior figuraba como apartado segundo, sin que haya variado el contenido, prohíbe que la propuesta de convenio consista en la liquidación de la masa activa para satisfacción de los créditos. Se trata, sin duda, de una prohibición singular, de distinto carácter a las anteriores, lo que justificaba su expresión diferencial en el precepto, y justifica ahora su análisis particularizado.

48. Tal prohibición es la consecuencia evidente del carácter alternativo que el convenio y la liquidación tienen en el procedimiento concursal, de donde deriva una incompatibilidad, que hace imposible la simultaneidad de ambas formas de solventar y concluir el concurso. La regla tiene varias manifestaciones, en distintos momentos y con distinta finalidad, a lo largo de dicho procedimiento: así, por ejemplo, el artículo 315, 2 impide presentar propuesta de convenio si el concursado ha solicitado la liquidación de la masa activa, lo que puede hacer en cualquier momento (artículo 406), mientras que el 318, 1, 3°, prohíbe que, habiendo optado por presentar propuesta de convenio, el contenido de ésta tenga suponga la liquidación efectiva de la masa activa para satisfacer los créditos, siendo así que el convenio está típicamente vinculado a la continuidad de la actividad del deudor en las condiciones aceptadas con sus acreedores y aprobadas por el juez. Por eso se exige un plan de viabilidad en los términos del artículo 332 y por eso, estando el convenio en fase de ejecución, la liquidación sólo procederá si se declara su incumplimiento (409, 1, 5°), o desde que se conozca la imposibilidad de cumplirlo (407). Esa es también la razón por la que el artículo 342, 3, no permite admitir a trámite propuestas de convenio ya presentadas si el concursado ha solicitado la liquidación, y por la que, conforme al artículo 346, quedarán sin efecto las propuestas de convenio ya admitidas a trámite si el concursado solicita la liquidación. En el sentido inverso, el artículo 340 ordena al juez acordar de oficio la apertura de la fase de liquidación si, cumplidos los plazos, no se han presentado propuestas de convenio o no han sido admitidas a trámite las presentadas.

49. Hasta ahí, la prohibición es clara y justificada, y así estuvo establecido en los textos concursales precedentes, ya desde la Ley de 2003, cuyo artículo 100, 3, incluso con más énfasis, indicaba que “en ningún caso la propuesta de convenio podrá consistir en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas”, extendiendo entonces la prohibición a la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos., extremo éste que resultó

posteriormente matizado al admitirse la cesión en pago de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad del deudor y cuyo valor no superara el del crédito a extinguir por la cesión. Es precisamente de esta evolución permisiva, que ha ido permitiendo que el convenio produzca alteraciones en la masa activa, de donde surge la necesidad de combinar el alcance de la prohibición del convenio de liquidación con la posibilidad de acometer ciertas modalidades de reestructuración concursal, que implican enajenaciones y cesiones patrimoniales, a través del convenio; a tal fin, no deja de resultar útil la referencia a la “liquidación global” como objeto de la prohibición, en la medida en que permite un ámbito de operaciones patrimoniales que no tienen ese alcance, o que sólo suponen liquidación parcial, a pesar de que el texto del 318 no ha recogido tal calificativo.

50. En efecto, la posibilidad de que la propuesta de convenio contenga previsiones para la enajenación de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial (323), o de cesión en pago a los acreedores de bienes y derechos de la masa activa como contenido alternativo (329), o de cesión de acciones o efectos de la reintegración (330), implica algún grado de efecto patrimonial liquidatorio, aunque no suponga liquidación global. Más efecto tiene aún, en ese sentido, la posibilidad del convenio de asunción (324), que entronca con los supuestos de enajenación de bienes y derechos de la masa activa permitidos en el artículo 206, como excepción al deber de conservación (204) y a la prohibición general de enajenación, precisamente hasta la aprobación del convenio o hasta la apertura de la fase de liquidación (205), y muy especialmente cuando se trate de unidades productivas (215 y siguientes), que es lo que este tipo de propuestas de convenio pretende, a través de la adquisición del conjunto patrimonial afecto a la actividad del deudor, o de determinadas unidades productivas, con compromiso de continuidad y obligación de pago.

51. No dejaba de ser revelador el hecho de que estas opciones de convenio citadas (la cesión en pago y la asunción o adquisición del conjunto patrimonial o de unidades productivas, en concreto) eran también opciones de liquidación que el antiguo artículo 417 contemplaba en el contexto de los “criterios legales de elaboración del plan de liquidación”, actualmente sustituidos por las “reglas especiales de liquidación”, que puede fijar el juez en los términos del artículo 415, una vez que el Texto refundido vigente ha derogado los artículos 416 a 420, donde se regulaba el plan de liquidación, que entonces elaboraba el administrador concursal y aprobaba el juez. Lo que permitía concluir que la prohibición absoluta del convenio de liquidación admitía cierta graduación de forma expresa, con el razonable objetivo de alcanzar por convenio soluciones que podrían parecer más propias de la liquidación, mientras que en el modelo actual de liquidación habrá de ser el juez quien incorpore esas opciones a las reglas especiales, para lo que dispone de un amplio margen de decisión (reglas especiales que considere oportunas, indica el artículo 415), previa audiencia o informe del administrador concursal. En todo caso, circunscribir la prohibición del 318, 1, 3º, a los supuestos de liquidación global de la masa activa para satisfacción de los créditos, admitidas como están, o pueden estar, las opciones citadas, parece una consideración razonable.

3. Las nuevas prohibiciones de la propuesta de convenio

52. El TRLC de 2022 ha añadido finalmente a las prohibiciones ya comentadas, procedentes todas ellas del texto anterior, estas dos nuevas, en los apartados 2 y 3 del artículo 318. Ambas están dirigidas a preservar los concretos créditos que en ellas se indican de forma particular, con distinta técnica y con distintas medidas, lo que aconseja tatar cada una de las prohibiciones separadamente.

53. La primera de las nuevas prohibiciones está dirigida a proteger indistintamente los créditos públicos y los créditos laborales, mediante un conjunto de medidas limitativas del contenido de la propuesta de convenio, que añaden más intensidad a lo que ya es una orientación prácticamente general, en el concurso y en el precurso, de favorecimiento de esas categorías de créditos, hasta el punto de que esté suficientemente extendida su consideración, especialmente en el caso del crédito público, como crédito privilegiado al que no alcanzan muchos de los efectos que derivan para los demás créditos de

la situación de crisis del deudor. Por más que tal circunstancia haya sido ampliamente criticada, más en relación con el crédito público que con el crédito laboral, la reforma de este artículo 318 ha ampliado la singularidad de idéntica manera para ambos créditos con cuatro prohibiciones en el contenido de la propuesta de convenio.

54. Se hace necesario, antes incluso de examinar el alcance de cada una de las prohibiciones, delimitar su campo de aplicación, pues la propia estructura gramatical del apartado 2, donde se enumeran, suscita alguna duda interpretativa. En efecto, si se lee el texto en sus propios términos podría pensarse que solo la primera prohibición (el cambio de ley aplicable) está referida a los créditos públicos y laborales, mientras que las demás tendrían aplicación general, pues no están enlazadas en una serie o sucesión única (lo hubieran estado de haberse introducido cada una con la conjunción negativa “ni”), si no que están separadas por un signo (punto y coma) que parece darles identidad propia al romper la vinculación gramatical con el primer inciso donde están mencionados los créditos públicos y laborales. Hágase así la simple lectura y podrá comprobarse que esta interpretación es gramaticalmente factible. Sin embargo, parece evidente que la intención del legislador al agrupar ese conjunto de prohibiciones en este apartado, más allá de la deficiencia literal, era referirlas exclusivamente a los créditos públicos y laborales; incluso solo así se explica la enumeración, pues de otro modo, si se pretendiera su aplicación general, no tendría sentido, por ejemplo, prohibir la conversión de los créditos (de todos los créditos, y no solo de los públicos y laborales) en acciones o participaciones sociales, cuando esta opción constituye precisamente una modalidad lícita del contenido alternativo de la propuesta de convenio prevista en los artículos 327 y 328. Aclarado, pues, este aspecto en el sentido indicado, las cuatro prohibiciones que se han introducido de nuevo tienen, cada una de ellas, su particular significado.

55. En primer lugar, la propuesta de convenio no puede suponer para los citados créditos “el cambio de la ley aplicable”; prohibición que llama la atención, pues no parece posible que un convenio concursal pueda tener como efecto el cambio de la ley aplicable, sea a estos créditos, o a otros de distinta naturaleza, lo que alcanza tanto a su inaplicación, sustituyendo la ley aplicable por otra, como a su modificación, si esto es lo que se hubiera querido prohibir con la referencia al cambio de ley aplicable. Lo que sí podría ocurrir es que el convenio alterara las circunstancias, de hecho o jurídicas, que determinan la aplicación de una determinada legislación, con el objetivo, o con el efecto, de que resulte aplicable otra distinta. Eso sucedería si, por ejemplo, se alterara en el convenio algún elemento del crédito en cuestión para que no le resultara aplicable la legislación administrativa, si era público, o la legislación laboral, si tenía este carácter. Y eso es lo que el nuevo precepto ha querido prohibir de manera específica para estos créditos, si bien tal prohibición tal vez se hubiera podido entender ya derivada, en este aspecto, de la que contiene el nº 2 del apartado 1 de este mismo artículo, donde se prohíbe alterar la clasificación de los créditos establecida en la propia ley concursal.

56. En segundo lugar, se prohíbe “el cambio de deudor, sin perjuicio de que un tercero asuma sin liberación de ese deudor la obligación de pago”. Se trata, pues, de que el deudor concursado mantenga esa condición respecto de los créditos públicos y laborales, aunque cambie respecto de los demás créditos. En efecto, se habrá producido cambio de deudor si la propuesta fuere de convenio con asunción, previsto en el artículo 324, que conlleva “obligación de pago, total o parcial, de todos o de algunos de los créditos concursales” por parte del adquirente; o, en caso de convenio con modificación estructural, previsto en el 317 bis, que supone transferencia de activo y pasivo, por sucesión universal, de la concursada a una sociedad absorbente, o a la beneficiaria de la escisión, o a la cesionaria, con el consiguiente cambio de deudor; o, incluso, si se ha producido la enajenación de unidades productivas de la concursada, con efecto de sucesión de empresa y con obligación de pago, aunque solo en los términos de los artículos 221 y 224, que parecen necesitados de alguna coordinación con este nuevo 318, 2, precisamente en cuanto a la permanencia como deudor del concursado. En esos casos ese cambio de deudor supondrá la subrogación del adquirente o sucesor, como nuevo deudor, respecto de todos los créditos concursales, también de los públicos y laborales que corresponda; sin embargo, y como consecuencia de la prohibición, el deudor concursado lo seguirá siendo respecto de estos créditos, aunque deje de serlo

respecto de los demás, asumidos por el tercero, ya que la asunción no le libera de la obligación de pago. Y habrá que entender que, concurriendo obligación de pago de ambos deudores respecto de los mismos créditos públicos y laborales, su responsabilidad será solidaria, si bien con los límites de la quita, espera, fraccionamiento o aplazamiento a que haya lugar, en virtud del convenio que se apruebe o de los acuerdos que se alcancen.

57. La tercera prohibición alcanza a “la modificación o extinción de las garantías que tuvieren” los créditos públicos y laborales. De nuevo aquí, la amplitud de contenido de la propuesta de convenio que está recogida en el artículo 317 permitirá modificar o extinguir garantías, sea para cambiar la estructura de las existentes, sea para sustituirlas por otras, sea simplemente para eliminarlas, si así resulta del convenio aprobado. Eso no será posible respecto de los citados créditos. Ya el propio 317, 2, al ofrecer la abierta posibilidad de que la propuesta de convenio, además de quita y espera, contenga “las proposiciones adicionales que considere convenientes”, remite a “las limitaciones establecidas por la ley”; pero también, lo que es más significativo a estos efectos, excluye expresamente a los acreedores públicos de la amplia referencia a “todos o algunos de los acreedores, o determinadas clases de acreedores”, como destinatarios de estas proposiciones adicionales. No excluye a los acreedores laborales, lo que implica que, para éstos, habrá que acudir a las prohibiciones específicas que les afecten, como es el caso de las enumeradas en este 318, 2, entre las que figura ésta de la modificación o extinción de las garantías que tuvieren. No será posible, por tanto, variar algún aspecto de las garantías existentes (ni la modalidad, cambiando una hipoteca por una prenda, o por una garantía personal, por ejemplo; ni las condiciones, económicas, de cuantía, temporales, etc., de la garantía; ni para reducir la garantía, por supuesto, ni para ampliarla, pues también esto supone modificación); tampoco será posible eliminar las garantías existentes, aunque sea para sustituirlas por otras nuevas y distintas. Lo que no parece que esté impedido es añadir garantías diversas a las existentes, pues la prohibición se refiere exclusivamente a modificar o extinguir las que tuvieren previamente los créditos, de manera que añadir otras, permaneciendo sin variación las existentes, no estaría dentro del ámbito de la prohibición.

58. Por último, la cuarta prohibición se refiere a la “conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en créditos o préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos a aquellos que tuviere el crédito originario”. También ocurre aquí que esta opción de conversión está contemplada como válida posibilidad de una propuesta de convenio de contenido alternativo, en los términos de los artículos 327 y 328, de manera que lo que la prohibición hace es vetar tal opción de conversión para los créditos públicos y laborales. La cuestión que se plantea es que en estos preceptos la enumeración de lo permitido es más amplia que la que hace el 318, 2, para lo prohibido de forma expresa, lo que pudiera suscitar duda respecto al alcance exacto de la prohibición. En efecto, en el 327 se mencionan expresamente las cuotas, las obligaciones convertibles de la sociedad concursada o de otra sociedad, los créditos participativos, pero solo por periodos no superiores a diez años, los créditos subordinados y los créditos con intereses capitalizables, mientras que en el 318, 2, lo que se prohíbe expresamente es la conversión en acciones o participaciones sociales, créditos o préstamos participativos. Ocurre, sin embargo, que las dos enumeraciones se cierran con una remisión genérica, amplia y abierta a “cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de los que tuvieran los créditos originarios”, en el 327, para lo permitido, y a “cualquier otro crédito de características o de rango distintos a aquellos que tuviere el crédito originario”, en el 318, 2, para lo prohibido. El significado de la fórmula vista su casi completa similitud, es evidente: lo que se pretende es facilitar cualquier tipo de conversión de los créditos concursales en general, alterando su carácter, su rango o su vencimiento, y, a la vez, impedir cualquier tipo de conversión en los créditos públicos y laborales, de manera que no se alteren las características o el rango que tengan los créditos originarios. De manera que cualquier conversión que estuviera habilitada por la remisión genérica del 327, estaría igualmente prohibida para los citados créditos por la misma remisión genérica del 318, 2, y muy especialmente en el caso de las opciones de conversión del 327 (cuotas, obligaciones convertibles, créditos subordinados, o con intereses capitalizables) que, no estando expresamente mencionadas en el 218, 2, estarían igualmente cubiertas por la variante genérica de la prohibición de toda conversión en crédito distinto al originario.

59. La otra prohibición de nuevo cuño es la incorporada en el apartado 3 de este artículo 318. Se trata ahora, con una estructura ciertamente más simple que la del apartado anterior, de dejar a salvo de la quita y la espera ciertos créditos de los que es titular acreedora la Seguridad Social: de un lado, los créditos correspondientes a los porcentajes de las cuotas de la seguridad social a abonar por el empresario por contingencias comunes y por contingencias profesionales; de otro lado, los créditos correspondientes a los porcentajes de la cuota del trabajador que se refieran a contingencias comunes o accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

60. Más allá del alcance concreto de cada concepto de cotización, aspecto que hay que remitir a la legislación correspondiente aplicable a la materia, lo que el precepto supone es una excepción tajante a lo que es el contenido más común, por obligado, de las propuestas de convenio, tal como está concebido en el artículo 317, 1, esto es, la quita y la espera, de modo que los créditos devengados por la Seguridad Social frente al deudor, empresario concursado, e impagados por éste, sea en la parte de la que es deudor directo, sea en la parte que retiene del salario del trabajador, por corresponder a éste, para ingresarla a la Tesorería de la Seguridad Social, permanezcan íntegros en cuantía y puntuales en vencimiento, ya que la prohibición afecta tanto a la quita como a la espera. Tales créditos, por tanto, pasarán incólumes por la propuesta de convenio y por éste, si resulta aprobado, sin ninguna alteración en esos aspectos, de cuantía y vencimiento, sin duda porque se trata de créditos especialmente protegidos por su carácter social, incluso más allá de su carácter público. Recuérdese que en el propio artículo 318, 1, 1º, se prohíbe alterar la cuantía de los créditos legalmente establecida, pero se dejan a salvo la quita o quitas que pudiera contener la propuesta de convenio; de manera que lo que hace este apartado 3 del precepto en definitiva es introducir una excepción a la excepción, prohibiendo la quita, como también la espera, de estos créditos sociales, con lo que, para ellos, la prohibición de alterar la cuantía, además del vencimiento, es absoluta.

IV. Consideración final

61. Hasta aquí este análisis general de la doble dimensión, positiva y negativa, opciones y prohibiciones de contenido, de la propuesta de convenio. Como ya se advirtió al comienzo hay luego todo un conjunto de modalidades especiales de propuesta de convenio, llenas de variedad, de requisitos y de efectos, que no se han considerado en estas líneas, salvo para establecer alguna consideración comparativa o interpretativa, en lo que pueden tener de variante singular respecto de la propuesta de “convenio común”. Baste enumerarlas, tal como están enunciadas en los artículos 319 a 330, para percibir el alcance de la especialidad en cada caso: las propuestas condicionadas, con cláusula de intereses, con limitación de facultades, con atribución de funciones a la administración concursal durante el periodo de cumplimiento del convenio, con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, con asunción del conjunto de bienes y derechos de la masa activa o de determinadas unidades productivas con compromiso de continuidad, o, en fin, con contenido alternativo, donde se incluyen como subespecialidades la conversión de créditos, a su vez con múltiples variantes, y la cesión en pago de bienes o derechos, así como la cesión de las acciones o los efectos de la reintegración.

62. Pero conviene advertir, en todo caso, que tanto las circunstancias económicas, como la evolución de la política jurídica concursal, han hecho del convenio un instrumento de solución y conclusión del concurso prácticamente residual. En la primera época de aplicación de la Ley Concursal de 2003, como bien se recordará, la profunda crisis económica que se desencadenó desde 2008 en adelante dió al traste con el modelo ideal de afrontar la insolvencia que había diseñado aquella Ley que modernizó el Derecho Concursal español, sustituyendo el que venía funcionando desde el siglo XIX y principios del XX, con la quiebra y la suspensión de pagos como opciones. Si ese modelo ideal consistía en priorizar el convenio, de manera que la liquidación quedara reducida a un remedio fatal de última instancia, la realidad se encargó de invertir los términos hasta sus últimas consecuencias. La estadística de aquella etapa alcanzó el grado de lo tremendo: como media, el 95% de los concursos que se declaraban transi-

taban a la liquidación por vías cada vez más directas, que se fueron habilitando en sucesivas reformas, para facilitar lo que los acontecimientos imponían. Y más aún, bastantes de los convenios celebrados, en ese pírrico 5% de la estadística, retornaron a la liquidación una vez incumplidos, en algunos casos porque tampoco estaba contemplada la modificación del convenio, alternativa al incumplimiento, en aquellos momentos.

63. La evolución jurídica ha caminado luego en otra dirección, con otros planteamientos, tampoco favorecedora de la celebración de convenios concursales, aunque ahora por motivos bien distintos y más positivos desde el punto de vista de la forma de abordar las crisis de insolvencia. En aquel contexto de aplicación inicial de la Ley de 2003, tan atribulado por las indicadas razones, se puso enseguida de manifiesto que, salvo la opción de anticipar la solicitud de concurso por insolvencia inminente, no había otra alternativa, más allá de los acuerdos particulares con los acreedores, para evitarlo antes de que se hiciera irreversible. En suma, no se había previsto un escenario preconcursal que permitiera abordar la dificultad ordenadamente, antes de que la insolvencia se hiciera actual, e incluso inminente. Se fueron disponiendo instrumentos sobre la marcha, con cierta precipitación, añadiendo pasos a medida que se detectaban nuevas necesidades o deficiencias; así entraron en escena los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos, como bien se recordará. Hasta que la Directiva de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, ha venido a cerrar el círculo de esa evolución, colocando los planes de reestructuración preconcursal en el lugar de preferencia, desplazando incluso al concurso de acreedores en su conjunto a un lado del escenario. Obviamente, este efecto de desplazamiento opera con especial intensidad respecto del convenio concursal, y en menor medida de la liquidación cuando ésta se haya hecho inevitable. Incluso en ese procedimiento especial de las microempresas, que se ha incorporado con ocasión de la trasposición de las Directivas, el efecto es similar, aquí en términos de plan de continuación y plan de liquidación, que sustituyen a la reestructuración y al concurso. Tras la reforma del TRLC en 2022, esta es la situación actual, que deja el convenio concursal reducido en todos los aspectos, en su función y en su utilidad; la prioridad es la reestructuración en cualquier supuesto (proximidad a la insolvencia, pero también insolvencia actual o inminente) y el concurso estará previsiblemente habilitado para una liquidación ordenada, llegado el caso, no tanto para un convenio que, de haber posibilidad, lo lógico es que se haya materializado anticipadamente en forma de plan de reestructuración.