

# La participación en los Convenios Concursales de los Organismos Públicos

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO.—2.1. Propuestas de pago de créditos.—2.2. Propositiones alternativas de pago.—2.3. Intervención de terceros en los compromisos de pago.—2.4. Documentación que debe acompañar a la propuesta.—2.5. Prohibiciones.—III. ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE EL CONVENIO CONCURSAL.—3.1. Los créditos que gozan de privilegio especial y general.—3.1.1. Adhesión al convenio.—3.1.2. Suscripción de un Acuerdo singular de condiciones de pago.—3.2. Los créditos clasificados como ordinarios.—3.2.1. Asistencia a la Junta de acreedores.—3.2.2. Votación o no a favor del Convenio.—3.3. Los créditos clasificados como subordinados.—3.4. Breve referencia a las Propuestas anticipadas de convenio.—IV. EFICACIA DEL CONVENIO EN RELACIÓN A LOS CRÉDITOS PÚBLICOS.—4.1. Crédito privilegiado.—4.2. Crédito ordinario y subordinado.

## I. PLANTEAMIENTO

La participación activa de los Organismos Públicos<sup>1</sup> en los Convenios Concursales se remonta a finales de la década de los años ochenta<sup>2</sup> introdu-

---

★ Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Agencia Estatal de la Administración Tributaria como titular de los créditos tributarios u otros cuya gestión recaudatoria tenga encomendada y la Tesorería General de la Seguridad Social por créditos por cuotas de Seguridad Social y otros conceptos de recaudación conjunta. También el Fondo de Garantía Salarial por subrogación de los créditos salariales que anticipa, conforme al 33.5 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) entre otros a nivel Estatal, pero también las Haciendas Forales donde la haya y las Administraciones Autonómicas y Locales.

<sup>2</sup> El artículo 106 de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, modifica el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (RDLg 1091/1988, de 23 de septiembre) introduciendo la posibilidad de que la Hacienda Pública transija en el marco de un procedimiento concursal sobre sus derechos. Y por lo que a la Seguridad Social se refiere mediante la disposición adicional novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado que introduce en la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, un nuevo artículo con el número 17 bis con la siguiente redacción, de contenido análogo a la del artículo 39 citado: «No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Seguridad Social ni someter a arbitraje las con-

ciendo en el ordenamiento jurídico la excepción a la regla general de la prohibición de que la Administración Pública transija sobre sus derechos si no es mediante Real Decreto del Consejo de Ministros previo informe del de Estado, salvo en el marco de un procedimiento concursal. Y tal sacrificio en el interés general que sirven las Administraciones Públicas<sup>3</sup> encuentra su justificación, a nuestro juicio, en una doble vertiente:

Por un lado, en la propia naturaleza y finalidad de la institución concursal y en la situación de crisis económica del deudor que se objetiva y evidencia mediante la declaración judicial de concurso, que justifica el sacrificio de los acreedores (y también los de naturaleza pública) en favor, del también interés público que subyace en todo proceso judicial<sup>4</sup>.

Y, por otro lado, la experiencia adquirida por la Administración Pública en este ámbito también ha constatado que una solución convenida en el pago de los créditos o la participación activa de la misma en una liquidación ordenada supone en muchas ocasiones la obtención de un mejor resultado en la recuperación de créditos y en definitiva en el interés general que sirven al que ya se ha aludido.

De esta forma, la posibilidad de transigir por las Administraciones Públicas en procedimientos concursales, ha resultado ser un instrumento de gran utilidad (sobre todo en épocas de crisis económica) para superar situaciones verdaderamente dramáticas desde diferentes puntos de vista, como el social, el económico y empresarial, con la contribución activa de las Instituciones Públicas que han alcanzado convenios con empresas cuya viabilidad se ha hecho patente con posterioridad a ello. Si bien, el convenio (como proclama la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal —en adelante, LC—), no puede ser un mero mecanismo de saneamiento de empresas, mediante la reducción del pasivo a través de las quitas de los créditos públicos, y su mantenimiento en el tráfico jurídico mercantil a pesar de su inviabilidad y compitiendo en el mercado en régimen de desigualdad, bajo la sombra de la legislación de la Unión Europea y el régimen de ayudas de Estado que no en pocas ocasiones ha considerado las quitas de las Instituciones como una financiación pública ilegal e incompatible con el mercado único<sup>5</sup>.

Con la entrada en vigor de la LC hace tres años, las premisas descritas no han cambiado y siguen estando vigentes, pero sí lo ha hecho el escenario o marco de actuación, derivado fundamentalmente de las nuevas y heterogéneas reglas sobre clasificación de créditos que contiene la LC<sup>6</sup>, que en

---

tiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social podrá suscribir directamente los acuerdos o convenios en procesos concursales previstos en las Secciones 1.ª y 8.ª del título XII y en la sección 6.ª del título XIII de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922».

<sup>3</sup> Artículo 103.1 de la Constitución Española.

<sup>4</sup> Artículo 24 de la Constitución Española.

<sup>5</sup> Al amparo de los artículos 87 y ss. del Tratado de la UE.

<sup>6</sup> Véase nuestro trabajo en esta misma Revista, núm. 11, diciembre de 2004, «La clasificación de los créditos Públicos en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

éste, como en otros ámbitos, han generado todo tipo de distorsiones. Y ello porque se somete al crédito público a una variada clasificación y como novedad y expresión de la llamada «*poda de privilegios*», se despoja a parte de los referidos créditos de los privilegios de que gozaban tradicionalmente en atención a su naturaleza jurídico-pública. Lo que ha dejado a los artículos 10.2 de la Ley General Presupuestaria<sup>7</sup>, 164.4 de la Ley General Tributaria y 24 de la Ley General de la Seguridad Social, que contemplan la posibilidad de transigir antes descrita<sup>8</sup>, con un ámbito de aplicación más limitado, dado que escapa a la esfera de voluntad de las Instituciones a que se refieren, los créditos clasificados como ordinarios y subordinado que estarán sujetos a lo que establezca el convenio mayoritariamente aprobado en junta, por lo que a la posibilidad de «poder» transigir sobre sus derechos que establecen tales preceptos habría que añadir que, «deberán» hacerlo obligatoriamente si así lo acuerdan el resto de acreedores. Aunque, como veremos, no ha desaparecido la capacidad de maniobra de las Instituciones para alcanzar convenios o influir en los que se puedan adoptar por la Junta de acreedores.

Dicho lo anterior, analicemos en lo que sigue las peculiaridades, a nuestro juicio, más relevantes, con las que se encuentran los Entes Públicos en relación a los convenios concursales, comenzando por las referidas a la regulación de la LC en torno al contenido que deben tener las propuestas de convenio, para referirnos después a su actuación ante tales propuestas y terminar con la eficacia del los convenios ante los créditos de titularidad pública.

---

<sup>7</sup> Artículo 10.2 de la Ley General Presupuestaria, 47/2003, de 26 de noviembre (BOE de 27 de noviembre de 2003): «El carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, de conformidad con la Ley o en virtud de convenio, con observancia, en este caso de lo convenido.

Cuando se trate de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente, de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo.

En los restantes créditos de la Hacienda Pública estatal la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurren créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurre con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades».

<sup>8</sup> El artículo 24 de la LGSS en la redacción dada por la LC establece que la TGSS puede suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores.

## II. CONTENIDO DE LAS PROPUESTAS DE CONVENIO

Si bien el convenio por definición ha de ser la expresión de la autonomía de la voluntad de las partes que lo conciertan, la LC establece, sin embargo, una especie de mínimos o de marco en el que deben moverse las propuestas de convenio, con prescripciones en torno al pago de créditos, sus posibles alternativas y responsables, cuestiones de forma y alguna prohibición a las que nos vamos a referir a continuación, fijándonos en su incidencia sobre los créditos públicos.

### 2.1. Propuestas de pago de créditos

La LC se ciñe a indicar que las propuestas de convenio deberán contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Y respecto de los créditos ordinarios exclusivamente, dado que los privilegiados no se ven afectados por el convenio, como ya hemos señalado, se establece una limitación en el artículo 100 de la LC, consistente en que las quitas no pueden superar la mitad del importe de cada uno de ellos, y las esperas el plazo de cinco años, lo que resulta de aplicación a los acreedores públicos en igual medida que a los particulares, limitación que ha de ser bienvenida desde el punto de vista del interés general que satisfacen tales créditos. Si bien dicha regla conforme al mismo artículo tiene excepciones, como son las empresas con una actividad de especial trascendencia para la economía<sup>9</sup>, si se acompaña un plan de viabilidad e informe emitido al efecto por la Administración económica competente<sup>10</sup>, y también en propuestas anticipadas de convenio si se solicita la continuidad empresarial, y se adjunta un plan de viabilidad que así lo prevea, a las que luego me referiré.

### 2.2. Propositiones alternativas de pago

El artículo 100.2 LC dispone que *«las propuestas de convenio podrán contener, además, proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión de crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos»*.

Esta posibilidad legal, además de lo paradójico que resulta que una sociedad mercantil cuente con accionistas como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria o la Tesorería General de la Seguridad Social, plantea a nuestro entender, algunas dificultades, ya que, por un lado, exige la transfor-

<sup>9</sup> Aquí entra, por tanto, en juego otro interés general susceptible de protección.

<sup>10</sup> Que no se dice cuál es, pudiendo servir como criterio la amplitud o extensión espacial de la proyección de la empresa afectada. El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Tolosa autorizó la superación de tales límites por Auto de 4/07/05 basándose en el Informe emitido, entre otros, por el Departamento de Industria y Comercio del Gobierno Autonómico.

mación de la naturaleza del crédito público, que pasará de ser un crédito por cotizaciones sociales en el caso de la Seguridad Social, de naturaleza tributaria o con carácter de ingreso de derecho público en cualquier caso, a ser un crédito jurídico privado desprovisto de privilegio alguno una vez levantado el procedimiento. Y, por otro lado, y en el caso de las acciones y participaciones sociales hay que tener presente que los Entes Públicos están sometidos a rígidas normas en cuanto a la adquisición, tenencia y enajenación de patrimonio, que en este caso sería mobiliario. Lo que nos hace cuestionarnos si la adquisición de tales valores mobiliarios mediante un convenio concursal no supondría la infracción de tal normativa, o, por lo contrario, si se podría entender que la capacidad de transigir en concurso que posibilitan las normas enunciadas antes, comprende también la inaplicación de tales normas administrativas<sup>11</sup>.

Lo anterior se simplifica con las propuestas que consistan en la suscripción de créditos participativos, ya que en este supuesto no tiene incidencia la normativa sobre Patrimonio, dado que no se adquieren títulos de la sociedad, sino que la forma de recuperación del crédito se efectúa con cargo a la parte de los eventuales beneficios de la empresa en los términos acordados en el convenio. Si bien la dificultad en la suscripción de estos acuerdos viene determinada por el seguimiento y el control de cumplimiento del mismo que conlleva la fiscalización de las cuentas del deudor, para lo que no siempre se cuenta con medios en la Administración Pública.

### 2.3. Intervención de terceros en los compromisos de pago

Dado que las propuestas de convenio se basan en la continuidad de la empresa y ésta se halla por definición en crisis, es habitual que se cuente con los recursos de un tercero para garantizar o asumir las obligaciones que se derivan del convenio, o lo que es igual, el pago de los créditos subsistentes tras el mismo. Y aquí debemos diferenciar dos supuestos de intervención:

a) El del fiador, financiador o compromitente, que es al que se refiere el artículo 99.1, párrafo 2.º, de la LC, que dispone que cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, se exige que la propuesta de convenio deba ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente.

---

<sup>11</sup> En este sentido y por lo que a la Seguridad Social se refiere, el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre, sobre patrimonio de la Seguridad Social dispone que:

*«La adquisición por la Seguridad Social de acciones, obligaciones, bonos y demás títulos representativos del capital, sea por suscripción o compra, se acordará por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, previo informe de la Dirección General de la Tesorería General de la Intervención de la Seguridad Social. Corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social la tramitación del oportuno expediente y la formalización, en nombre de la Seguridad Social, de dichos actos. Los títulos o los resguardos de depósito correspondientes se custodiarán por la Tesorería General de la Seguridad Social. Corresponde al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el ejercicio de los derechos atribuidos a la Seguridad Social, como partícipe directo de empresas mercantiles.»*

b) El adquirente de la actividad empresarial o profesional, supuesto que sería el que contempla el artículo 100.2, párrafo 2.º, donde no estaríamos ante un mero financiador, sino ante un comprador de la propia empresa o unidades productivas completas de la misma, en los siguientes términos:

*«También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada.»*

Y en tales casos la LC exige que las proposiciones incluyan necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores.

En ambos casos las prevenciones de la LC, relativas a la firma del convenio por parte del garante en el primer supuesto, y la subrogación del adquirente en el pago de los créditos de los acreedores (en los términos expresados en la propuesta de convenio) en el segundo de ellos, son de gran importancia para la Administración Pública acreedora, ya que ello supone la introducción de un tercero en la relación jurídico-administrativa que le unía con el deudor (ya sea como responsable solidario o como garante de la misma), lo que exigirá el dictado de un acto administrativo al efecto, pero cuya fuente o título será el propio convenio y no la Ley *stricto sensu*, como sucedería en su gestión ordinaria<sup>12</sup>.

## **2.4. Documentación que debe acompañar a la propuesta de convenio**

Los convenios concursales conforme al artículo 100.4 de LC han de ir acompañados necesariamente de un Plan de pagos donde se detallarán los recursos previstos para su cumplimiento. Y de un Plan de viabilidad, cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, detallando los recursos necesarios, los medios y condiciones para su obtención y los compromisos de su prestación por terceros, en su caso.

Ambos documentos son trascendentales, a nuestro juicio, y es de ellos de donde se desprenden las posibilidades de éxito de un convenio, y en atención a ambos debe descansar en gran medida la decisión de la Administración Pública de adhesión al mismo. Y ello porque es en el Plan de Pagos donde ha de determinarse la forma en que se prevén pagar todos los créditos y no sólo

---

<sup>12</sup> Ya que la sucesión en la titularidad de la empresa o negocio implica subrogación del sucesor en los derechos y obligaciones (tributarias, de seguridad social y laborales) del sucedido en virtud de los artículos 42.1.c) de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, 127.2 de la LGSS y 44 del ET.

los sometidos al convenio, sino también los créditos privilegiados de titularidad pública que no se ven afectados por su contenido, como ya hemos referido, dado que si no se hace el Plan de Viabilidad que debe acompañarlo resultará ficticio. De igual forma, el preceptivo informe de evaluación de las propuestas que debe emitir la administración, en este caso, concursal conforme a los artículos 107.2 LC (en propuestas anticipadas) y 115.1 de la LC (para las ordinarias) debe fundarse en los referidos textos.

## **2.5. Prohibiciones**

Por último, vamos a analizar las prohibiciones que la LC establece en relación al contenido de los convenios, y que no son sino límites a la autonomía de la voluntad, que, sin embargo, caracteriza el convenio como pacto, como ya dijimos. La primera de ellas sobre la que nos queremos detener, es la relativa a la prohibición de la alteración de la clasificación de los créditos o de su cuantía, como dispone el artículo 100.3 de la LC. De esta forma entendemos que el convenio no podrá desposeer a ciertos créditos de su privilegio o posponer el pago de unos sobre otros, en contra de las normas de pago de créditos que se asientan en aquella clasificación. De igual modo el convenio no podrá modificar la cuantía de los créditos reconocidos a pesar del acuerdo de todos para ello, sin perjuicio claro está de las quitas que puedan alcanzarse en el mismo, que sería una cuestión distinta.

Otra prohibición de suma importancia la constituye el que en ningún caso las propuestas podrán consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas. Es decir, desaparecen los convenios de liquidación muy habituales en la práctica, conforme a la legislación anterior donde podía alcanzarse un convenio en el juicio de quiebra. Por el contrario, el legislador quiere que cuando la empresa esté abocada a la liquidación se someta a las normas contenidas en la LC para ello, donde no existe la posibilidad de alcanzar acuerdo alguno, sino atenerse al plan de liquidación elaborado por la Administración Concursal. Es decir, no cabe transacción alguna de créditos en liquidación, lo que en ocasiones puede suponer un inconveniente para la gestión de las Instituciones Públicas, ya que a diferencia de los particulares que pueden verse satisfechos con lo obtenido en la liquidación, el crédito público no atendido no se extingue si no es por causa legal (pago, prescripción, etc.), estando vedada la condonación como tal causa en liquidación.

Por último, el artículo 101.1 LC prohíbe con toda lógica que la propuesta que someta la eficacia del convenio a cualquier clase de condición se tendrá por no presentada.

### III. ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS ANTE EL CONVENIO CONCURSAL

Las posibilidades de actuación varían en función de la clasificación de cada crédito de que son titulares los Entes Públicos, como ya hemos referido por lo que haremos el análisis a partir de cada categoría. Y así podemos distinguir:

#### 3.1. Los créditos que gozan de privilegio especial y general

Dado que los mismos ostentan la cualidad de no verse vinculados por el convenio que se alcance o, lo que es igual conforme a la terminología tradicional, abstenerse de los efectos establecidos en el mismo para el resto de acreedores, nuestro análisis ha de centrarse en el ejercicio o renuncia de tal derecho de abstención, básicamente por las razones de oportunidad que hemos enunciado al comienzo y en aras de una mayor recuperación de créditos.

Existen distintos mecanismos por los que puede articularse la transacción de derechos por parte de las Administraciones Públicas respecto a sus créditos privilegiados, pudiendo distinguir entre la adhesión al convenio general en sus propios términos o mediante la suscripción de un acuerdo singular de condiciones de pago entre el deudor concursado y la Entidad Pública de que se trate.

##### 3.1.1. *Adhesión al convenio*

La LC prevé en su artículo 123.3 que el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios (lo que sucederá siempre con los tributarios y de Seguridad Social, en virtud de las reglas sobre clasificación) se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación. No obstante, el acreedor público puede renunciar a tal derecho como hemos venido señalando y condonar parte de su créditos mediante su adhesión al convenio concursal en atención a las razones de oportunidad y conveniencia para el interés general que se han descrito. A tal efecto, el artículo 103.4 de la LC dispone que la adhesión a los convenios de los acreedores públicos se hará respetando las normas legales y reglamentarias especiales que los regulan. Y en este sentido la vinculación de los créditos públicos a los convenios de acreedores requerirá siempre autorización expresa del órgano competente<sup>13</sup>, sin perjuicio

---

<sup>13</sup> El artículo 10.2 de la LGP se la atribuye a la AEAT. Y por lo que a la Seguridad Social se refiere, la instrucción sexta de la Resolución de 16 de julio de 2004 de la TGSS (BOE 14/8/2004) establece: «Las Direcciones Provinciales de la Tesorería serán competentes para la suscripción de los acuerdos o convenios previstos en el artículo 24 de la Ley General de Seguridad Social, respecto de deudores que pertenezcan a su ámbito territorial, siempre que en la propuesta de convenio concurren las siguientes circunstancias:



de que la adhesión la efectúen quienes, conforme a la legislación que les sea aplicable, puedan representar y defender en procedimientos judiciales<sup>14</sup> a las Administraciones Públicas, sus organismos públicos, los Órganos Constitucionales y, en su caso, las empresas públicas que sean acreedoras (art. 118 de la LC).

Por otro lado, la LC contempla la posibilidad de que el propio convenio establezca condiciones particulares para los acreedores privilegiados que se adhieran al mismo, conforme a su artículo 125.1, en los siguientes términos:

*«Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular.*

*A estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios.»*

En otro caso la adhesión de los organismos públicos al convenio lo es en los mismos términos que el resto de acreedores, ya que tal adhesión ha de ser pura y simple, sin introducir modificación ni condicionamiento alguno (art. 103.2 LC). Lo que puede presentar el inconveniente o prohibición ya señalado de no poder someter al crédito público a condiciones más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores, aunque nótese que se trata de condiciones más favorables, lo que no impediría alcanzar iguales condiciones.

Por último, también debemos señalar que la adhesión al convenio general por parte de estos acreedores, y como incentivo a ello, puede producirse con posterioridad a su aprobación, ya que el artículo 134.2 dispone que los acreedores privilegiados podrán vincularse al convenio ya aprobado por los acreedores y aceptado por el juez, antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso también quedarán afectados por el convenio.

### 3.1.2. Suscripción de un Acuerdo singular de condiciones de pago

A medio camino entre el ejercicio del derecho de abstención y la adhesión al convenio, se encuentra la posibilidad de que los Entes Públicos suscri-

a) Que la quita no exceda del 25 por ciento del crédito ordinario, siempre que dicho porcentaje, incluyendo el importe del crédito subordinado, no supere 180.000 €.

b) Que la espera no exceda, en ningún caso, de los cinco años.

En los demás casos, el Subdirector General de Procedimientos Ejecutivos y Especiales de Recaudación o los Directores Provinciales de la Tesorería General podrán suscribir convenios concursales, previa autorización del Director General de la misma. A tal efecto, los Directores Provinciales deberán elevar todas las propuestas de convenio, con un informe valorativo, a la citada Subdirección General.»

<sup>14</sup> Conforme a la Ley 52/2007, de Asistencia Jurídica del Estado e instituciones públicas, Abogado del Estado, Letrado de la Administración de la Seguridad Social, etc.

ban un acuerdo singular de condiciones de pago de sus créditos privilegiados fuera del convenio general. Decimos a medio camino, porque técnicamente se ejercita el derecho de abstención en el procedimiento concursal, pero finalmente se transige mediante un instrumento menos rígido que aquél. Dicha posibilidad recordemos que está expresamente contemplada en el artículo 10.2 de la LGP, ya que bajo el marco del procedimiento concursal se permite además de suscribir los convenio previstos en la legislación concursal, *«acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago»*, con el mismo.

Esta posibilidad supone acordar quitas y esperas sobre el crédito privilegiado (que a estos efectos no se ven limitadas por el artículo 100 LC en cuanto a su cuantía y duración, como ya señalamos), añadidas a las impuestas por el convenio general sobre el crédito ordinario y subordinado, lo que requiere la debida ponderación en relación a la totalidad del mismo, la especial atención y justificación conforme a criterios meramente técnicos del caso concreto de que se trate, además de la constitución de las oportunas garantías, como refiere el precepto. Por último, debemos señalar que tal posibilidad de suscribir un acuerdo singular, desde un punto de vista estrictamente jurídico y bajo la lógica del marco normativo específico y concursal, y dejando a un lado las razones de oportunidad en cuanto al momento para hacerlo, se extendería, sin embargo, mientras perviva la situación concursal, que es lo que posibilita transigir sobre los crédito públicos, hasta la conclusión del procedimiento, mediante la declaración judicial de cumplimiento del convenio (art. 141 de la LC), lo que supone una novedad de la Ley en este aspecto.

### **3.2. Los créditos clasificados como ordinarios**

Como ya hemos señalado, estos créditos no tienen aparejado el derecho de abstención; por consiguiente, quedan en cualquier caso vinculados al convenio que se apruebe (art. 134-1.º LC) y, por tanto, entendemos que tales créditos no son susceptibles de regularización en un acuerdo singular como al que nos acabamos de referir; sin embargo, las posibilidades de actuación de los Organismos Públicos no son irrelevantes, pues puede influir en el resultado del proceso desde su asistencia o no a la Junta para la aprobación de convenio y posteriormente, dado que ostenta derecho a voto, por lo que podemos contemplar las siguientes situaciones:

#### **3.2.1. Asistencia a la Junta de acreedores**

Puede ocurrir que interese al acreedor público que no exista quórum de constitución de la Junta conforme al artículo 116.4 de la LC que exige la concurrencia de acreedores que titulen la mitad del pasivo ordinario y evitar así la aprobación de un Convenio excesivamente gravoso para su crédito, sin perder de vista en tal decisión, la repercusión social que dicha actitud puede

producir, dado que ello llevaría a la empresa a la liquidación. Dilema que estará presente en todas las decisiones relativas a la adhesión o votación a los convenios como iremos viendo.

### 3.2.2. *Votación o no a favor del Convenio*

A pesar de la vinculación de los créditos ordinarios al contenido del convenio por imperio de la ley, la experiencia nos está enseñando que el voto favorable de las Instituciones es necesario, en muchos casos, para obtener la mitad del pasivo del crédito ordinario requerido para la aprobación del convenio (art. 124 LC), de tal suerte que sin el voto de la mismas la propuesta no saldría adelante, arrastrando a la empresa a la liquidación conforme al artículo 143.1.2.º de la LC. Por lo que esa circunstancia junto a razones de eficacia en la mayor recuperación del crédito posible, mediante la vinculación de ese voto favorable a la satisfacción de los créditos privilegiados o a su regularización, aconsejan que la Administración Pública otorguen con frecuencia su consentimiento a la propuesta de convenio de que se trate.

Por el contrario, si las circunstancias descritas en el apartado anterior no se producen, la posición de la Administración Pública será la votación en contra del convenio que se propone. Si bien, debemos señalar en este aspecto que, salvo en el supuesto a que se refiere el artículo 124 LC en su segundo párrafo (cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al 20 por ciento), que será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo ordinario superior a la que vote en contra, en los demás supuestos resulta irrelevante para el resultado de la votación la emisión de un voto en contra o la abstención (en el sentido de no votar ni a favor ni en contra), porque lo que se computan son sólo votos favorables, en concreto los que representen la mitad del pasivo ordinario del concurso (art. 124.1 LC). Es decir, si el voto del Organismo acreedor es necesario para que el convenio salga adelante, tanto el voto en sentido negativo como la abstención impedirán que el convenio sea aprobado. Por el contrario, si el voto de dichos entes no es decisivo y el convenio resulta aprobado por el resto de acreedores también resultará irrelevante, el voto en contra o la abstención porque ninguno de las dos posturas será tenida en cuenta para la aprobación del convenio. Por lo que entendemos que la postura de la abstención sería la idónea para atenuar el impacto que puede acarrear la falta de apoyo a un convenio por parte de las instituciones públicas, expresado mediante el voto en contra.

Por ultimo, el voto a favor de los acreedores públicos ha de valorarse a la luz de otra cuestión, y es el régimen jurídico de los fiadores avalistas o responsables solidarios del concursado, y que la LC regula en el artículo 135 recogiendo la tesis que mantenía la Jurisprudencia al respecto en los siguientes términos: los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste, respecto a la subsistencia de sus derechos fren-

te a los fiadores avalistas o responsables solidarios, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos. Y de igual forma, los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio sí quedarán vinculados al mismo y, por tanto, la responsabilidad de los fiadores, avalistas y obligados solidarios se regirá por lo que establezca el convenio. Por lo que en tales casos lo lógico es la votación en contra (o no votación a favor en los términos de la Ley) para no perjudicar los derechos frente a posibles responsables solidarios del deudor cuya derivación de responsabilidad se efectúa por la Administración en vía administrativa por variados motivos<sup>15</sup>.

### **3.3. Los créditos clasificados como subordinados**

En relación a estos créditos en caso de Convenio, hay que resaltar que quedarán igualmente vinculados a la decisión de la Junta pero sin tener además derecho a voto en la misma (art. 122.1 LC), por lo que las Instituciones como cualquier otro acreedor no tienen facultades sobre ellos. Si bien debemos también señalar una cuestión importante, ya que el artículo 134.1 LC dispone que los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Y respecto a su pago, sólo se procederá a ello cuando se hayan satisfecho totalmente los créditos ordinarios. Pues bien, dicho precepto es favorable a los acreedores públicos en cuanto que son titulares, normalmente de créditos subordinados, pero a la hora de evaluar las razones de oportunidad a las que antes aludíamos para suscribir un Convenio, ha de tenerse en cuenta que ello implica satisfacer (en el doble de plazo pero finalmente se pagan) créditos como el que ostentarían alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo 93 de la LC (que tienen lógicamente carácter subordinado), entre los que se encuentran los socios que conforme a la Ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un 5 por ciento del capital social, los administradores, de derecho o de hecho, o las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios. Es decir, los propios generadores de la deuda que se estaría condonando y al tiempo satisfaciendo en el convenio.

### **3.4. Breve referencia a las Propuestas anticipadas de convenio**

Se está acudiendo a ella con relativa frecuencia, se trata de un beneficio que la Ley concede exclusivamente al concursado para que si así lo desea pueda presentar propuesta de convenio en un momento anterior al estable-

<sup>15</sup> Por sucesión en la titularidad de la empresa o negocio, por ejemplo, artículos 42 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre, 15 de la LGSS y 44 del ET.

cido en la Ley para ello (arts. 104 y ss. LC) , tramitándose hasta su aprobación en la llamada fase común del procedimiento, sin llegar a abrirse formalmente la fase de convenio.

Para que pueda tramitarse la propuesta anticipada, deberán acompañarse adhesiones de acreedores que representen al menos una quinta parte del pasivo. Admitida a trámite la propuesta anticipada, podrá aprobarse si se adhieren durante la fase común, como ya hemos señalado, aquellos acreedores que representen la mitad del pasivo ordinario.

Las ventajas de esta posibilidad de convenio para el concursado son manifiestas. De una parte, puede finalizarse el concurso de forma satisfactoria en un breve espacio de tiempo, con un costo menor y sin necesidad de celebrar una Junta de Acreedores, lo que en concursos con un amplio número de acreedores representa un verdadero problema en cuanto a lugar de celebración y gestión de la misma. Por otra parte, la LC permite, como ya se ha indicado anteriormente, romper el límite establecido en cuanto a la quita y espera, siempre que se produzca la continuidad de la actividad empresarial, se acompañe un plan de viabilidad, y así se acuerde por el Juez del concurso. Si bien dichas ventajas son inconvenientes para las Administraciones Públicas, dado que su crédito puede sufrir un sacrificio mayor y sobre todo porque la adhesión a las propuestas anticipadas exige una toma de decisión muy rápida y en muchas ocasiones sin tener conocimiento todavía de la verdadera composición del activo y del pasivo de la empresa, ya que el plazo de adhesión es coincidente con el de emisión del informe (que se compone de lista de acreedores e inventario de bienes) de la administración concursal y su impugnación. Por todo ello la adhesión de los Acreedores Públicos a este tipo de convenios suele ser excepcional.

#### IV. EFICACIA DEL CONVENIO EN RELACIÓN A LOS CRÉDITOS PÚBLICOS

Ya hemos venido señalando parcialmente cuál es la eficacia del convenio respecto a cada clase de crédito en el apartado anterior, ya que ello condiciona necesariamente la actuación de las Instituciones ante el mismo antes de su posible aprobación. Pero analicemos ahora los efectos del convenio una vez aprobado y cuáles son, a su vez, las posibilidades de actuación o de reacción de los Entes Públicos para la satisfacción de sus créditos en tal situación. Para ello nos detendremos de nuevo en cada tipo de crédito, donde veremos que cada uno se ve sometido a un régimen jurídico distinto que distorsiona en cierta medida la gestión administrativa de los mismos, debido a la división del crédito por la clasificación concursal extraña al ordenamiento jurídico administrativo. Y en este sentido los aspectos que nos gustaría resaltar respecto a los créditos públicos son los siguientes:

#### 4.1. Crédito privilegiado

Ya señalamos, y así lo dispone el artículo 134.2 relativo a la extensión subjetiva del convenio, que *«los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable»*.

Por lo tanto, y en relación al efecto novatorio propio del convenio que regula el artículo 136 de la LC e interpretado *a contrario sensu* respecto de los privilegiados, éstos quedan al margen del convenio y, por tanto, no sufren ningún tipo de novación. El artículo 136 LC dispone: *«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 espera y, en general, afectados por el contenido del convenio.»*

Lo anterior hace que las instituciones titulares de los mismos exijan su pago con carácter previo al resto de créditos sometidos al convenio<sup>16</sup> y de manera íntegra, aunque ello no impediría, a nuestro juicio, su regularización mediante un aplazamiento administrativo conforme a las normas y requisitos establecidos reglamentariamente<sup>17</sup>, como para cualquier otro crédito no sometido a concurso.

No obstante lo anterior, debemos analizar ahora qué ocurre en caso de impago o no regularización, como se ha dicho, de tales créditos, dado que al estar desvinculados del convenio éste deja de ser la fuente, en sentido técnico de tales obligaciones, o, lo que es lo mismo, no puede invocarse el convenio para su satisfacción, o no puede, por el mismo motivo, denunciarse su incumplimiento por la falta de pago de los mismos. Y ante tal situación, a nuestro entender, la Administración puede hacer dos cosas:

a) Iniciar o reanudar, si se suspendió, la ejecución administrativa de tales créditos privilegiados, ya que conforme al artículo 133.2 LC relativo al comienzo y a la eficacia del convenio que estamos analizando, y que dispone que con la aprobación del mismo cesan los efectos de la declaración de concurso, como lo es la paralización de la ejecuciones que dispone a su vez el artículo 55 de la LC (relativo a los *efectos del concurso sobre los acreedores*). Es decir, a nuestro entender, la Administración recupera con la aprobación del Convenio, su potestad de ejecución separada de manera íntegra<sup>18</sup>.

b) Además y dado que tenemos dudas de poder denunciar el incumplimiento del convenio por la falta de pago de los créditos privilegiados al no estar afectados por él, puede acudir a otro mecanismo que nos conduce al

<sup>16</sup> Ya dijimos en otra parte de este trabajo que tal previsión debería quedar contemplada en el plan de pagos.

<sup>17</sup> Artículo 65 de la Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre. Artículo 20 de la LGSS y 31 a 36 de la RD 1415/2004, de 11 de junio (RGRSS), por lo que a las deudas de Seguridad Social se refiere.

<sup>18</sup> En este mismo sentido A. Desdentado Bonete y E. Desdentado Daroca, «La Seguridad Social en la nueva Ley Concursal», *Revista del MTAS*, núm. 49, 2005.

mismo lugar que aquél y que no es otro que la «amenaza» de la apertura de la liquidación al amparo del artículo 142.4 LC, que dispone que:

*«Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 2 de esta Ley. El juez dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 de esta Ley y resolverá mediante auto si procede o no abrir la liquidación.»*

Es decir, vigente el convenio, que constituye el supuesto de hecho que el precepto contempla y dado que el impago de los créditos públicos constituye situación objetiva de concurso conforme al artículo 2.4 de la LC (más de tres mensualidades de cuotas o tributos impagados) como normalmente sucederá, se abre la posibilidad a las Instituciones acreedoras de solicitar al juez la apertura de la liquidación.

#### **4.2. Crédito ordinario y subordinado**

Como se desprende del artículo 134 señalado, su vinculación al convenio se produce *ex lege* y su régimen jurídico es el establecido en el mismo, produciéndose la novación a que se refiere el artículo 136 de la LC. Y desde el punto de vista de gestión de la Administración, el efecto novatorio del convenio se concretará en la data de la parte de crédito que ha sido objeto de quita y el resto de crédito queda modificada la exigibilidad del pago con la espera que se disponga en el convenio.

Debiendo señalar además una importante cuestión más, y es que dichos créditos junto a los subordinados conforme al artículo 134 LC se verán vinculados por el convenio, aunque por cualquier causa no hubiesen sido reconocidos. Lo que está sucediendo con los créditos de las Administraciones con cierta frecuencia, por su presentación extemporánea (en contra de nuestro criterio, ya que consideramos que conforme al artículo 86.2 de la LC se deberán incluir necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que consten reconocidos por certificación administrativa, con independencia del momento en que se insinúen) y, no obstante tal circunstancia, quedan igualmente afectados por el convenio y, por tanto, minorados en su cuantía y aplazados en su exigibilidad.