

Concursal

Algunas ideas sobre la legitimación activa para formular oposición a la aprobación judicial del convenio

El artículo 382 de la Ley Concursal, relativo a la legitimación activa para formular oposición a la aprobación judicial del convenio concursal, fue reformado en el 2022. La regla se simplificó notablemente, pero con ello no se despejaron todas las dudas que se planteaban bajo el régimen anterior ni dejaron de suscitarse otras nuevas. En esta nota abordaremos algunas de estas cuestiones.

ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

§ 1. La propuesta de convenio, una vez aceptada por haber obtenido apoyo suficiente de los acreedores, queda sometida a la aprobación judicial (art. 381 de la Ley Concursal —LC—). Esta *aprobación* constituye (en su caso) el contenido de una resolución —que revestirá forma de sentencia— que se dicta una vez comprobada de oficio la inexistencia de motivos de oposición y una vez resueltas negativamente —si las hubiera— las oposiciones planteadas por los sujetos activamente legitimados. Como regla general (esto es, a falta de otro pronunciamiento sobre la cuestión),

el convenio adquirirá eficacia en la fecha de la sentencia que lo apruebe (art. 393.1 LC), si bien el juez puede retrasar esta eficacia (total o parcialmente) hasta la firma de dicha resolución aprobatoria (art. 393.2 LC). La alternativa a la aprobación del convenio es, hoy, única y exclusivamente, su *rechazo* definitivo (y total), con la consiguiente apertura de oficio de la liquidación concursal (art. 409.1.3.º LC).

§ 2. Hay que distinguir, por tanto, entre la *aceptación* y la *aprobación* del convenio. Hablaremos de *convenio aceptado* cuando una propuesta haya alcanzado las adhesiones

de los acreedores legalmente exigidas para su aceptación (art. 376 LC), pero aún no se haya producido su aprobación judicial. Y reservaremos la expresión *convenio aprobado* para aquel convenio sobre el que haya recaído un pronunciamiento judicial positivo. Ello, con independencia de que en el Derecho vigente la aceptación expresa por el concursado de la propuesta que finalmente se someta a la aprobación judicial sea imprescindible para que ésta se produzca (art. 359 LC).

§ 3. La aprobación judicial del convenio es condición necesaria de su eficacia (art. 393.1; sin perjuicio del posible inicio cautelar de su cumplimiento: art. 387 LC). Y la oposición a dicha aprobación constituye el expediente que la ley dispone para que los acreedores legitimados y la administración concursal traten de evitar que el convenio ya aceptado alcance eficacia. Con todo, debe advertirse que, en la medida en que la ley requiere que el juez examine de oficio si concurre algún motivo de oposición (art. 392 LC), la oposición a la aprobación judicial del convenio no aparece como el *único* instrumento de control previsto (aunque —conviene recordarlo— el juez no podrá rechazar el convenio de oficio ni por entender que su cumplimiento es objetivamente inviable —según se deduce de la conexión entre los artículos 392 y 383 de la Ley Concursal— ni por concurrir el motivo de oposición recogido en el artículo 383.6.º).

§ 4. Resulta así que, en el «episodio» o «trámite» de aprobación del convenio concurre la facultad de los legitimados activamente de plantear un incidente de oposición con el deber del propio juez de realizar un examen de oficio de su legalidad. Precisamente el objeto de estas notas es revisar algunas de las principales modificaciones introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, en relación con la legitimación activa para

formular oposición a la aprobación judicial del convenio.

2. La legitimación activa para formular oposición

§ 5. Según la regla vigente (art. 382 LC), están activamente legitimados para oponerse a la aprobación judicial del convenio «quienes no se hubieran adherido a la propuesta, así como la administración concursal».

§ 6. La fórmula es mucho más sencilla que la precedente (que, además, se desdoblaba en dos apartados). Ello es debido —en parte— a que en la actualidad el convenio no puede ser aceptado en junta de acreedores ni tramitado anticipadamente y a que se ha suprimido también el régimen especial de la tramitación escrita. De ahí que ya no sea necesario vincular expresamente la referencia a «quienes no se hubieran adherido a la propuesta» con los supuestos de propuesta anticipada de convenio o de tramitación escrita; y de ahí también que ya no sea preciso prever, como se hacía antes, que, en caso de celebración de junta de acreedores, la legitimación correspondería a «los acreedores no asistentes a la junta, a los que hubieran sido ilegítimamente privados del derecho de voto, y a quienes hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría». Aparte de lo anterior, y por razones que trataremos de explicar más adelante (*infra*, 2.3), ha desaparecido también del artículo 382 cualquier mención del concursado (anteriormente el segundo apartado del precepto se ocupaba específicamente de la legitimación activa del deudor).

§ 7. Ahora bien, la sencillez de la nueva fórmula no significa que no genere cuestiones que merezca la pena tratar ni que se hayan resuelto todas las que se suscitaban con

anterioridad. De algunas de ellas nos ocuparemos a continuación, siquiera sea brevemente.

2.1. Los acreedores

§ 8. La fórmula legal «quienes no se hubieran adherido a la propuesta» ha de entenderse como una referencia a los titulares de créditos concursales, que son quienes, de manera necesaria o eventual, quedarán sometidos al contenido del convenio (arts. 396 y 397 LC). Los titulares de créditos contra la masa no estarán nunca legitimados para oponerse a la aprobación judicial. Básicamente porque el convenio no los vincula. Ningún interés legítimo tendrán, por tanto, en oponerse a la aprobación de un convenio que para ellos es, técnicamente, *res inter alios acta*. Ante esta consideración, el argumento literal de que los titulares de créditos contra la masa son acreedores que no se habrán adherido a la propuesta (lo cual es verdad, porque no pueden *adherirse* a ella, como tampoco pueden hacerlo al convenio ya aceptado o incluso aprobado por el juez —cosas que sí pueden hacer los acreedores privilegiados—) resulta ciertamente débil (como lo es también en relación con la posición del concursado, según veremos posteriormente: *infra*, 2.3).

§ 9. Los acreedores ordinarios estarán legitimados siempre que no se hubieran adherido a la propuesta finalmente aceptada (es indiferente que se hubieran adherido a otra u otras). Por tanto, no les es preciso, para gozar de legitimación, haberse opuesto a dicha propuesta (*cfr.* art. 351.3 LC). También estarán legitimados los acreedores ordinarios que, habiéndose adherido en su momento, hubieran luego revocado eficazmente su adhesión (art. 360 LC): la revocación

consiste en una declaración de voluntad contraria a otra previa (la de adhesión) y sus efectos radican, precisamente, en privar de efecto a esta última. Por lo demás, y aunque la ley no lo establezca así en términos expresos, tampoco estarán legitimados para oponerse los acreedores que hayan presentado la propuesta de convenio aceptada (art. 338.1 LC): a los efectos de la legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio, la firma de la propuesta debe tener las mismas consecuencias que su aceptación mediante la adhesión.

§ 10. Un caso particular se plantea en relación con los créditos sindicados (*cfr.* art. 353 LC). Supuesta la vigencia del sindicato, se considerará que todos sus integrantes se han adherido a la propuesta de convenio cuando la suma de sus adhesiones represente, al menos, el setenta y cinco por ciento del importe de los créditos sindicados (salvo que en el pacto de sindicación se hubiese establecido una mayoría inferior, en cuyo caso será ésta la considerada). La regla señalada significa que, a efectos de computar las adhesiones que ha recibido una propuesta, se considerará adherido todo el pasivo sindicado si se adhiere a dicha propuesta una mayoría cualificada de aquél, de manera que se podrá *computar* como adherida aquella parte del pasivo sindicado que no manifestó su voluntad de adherirse. Pero, a mi juicio, ello no quiere decir que los titulares de este pasivo que se consideren adheridos (a efectos de cómputo) como consecuencia de una decisión mayoritaria que no han contribuido a formar carezcan de legitimación para oponerse a la aprobación del convenio (suponiendo que hubiera llegado a aceptarse efectivamente la propuesta a la que el sindicato se hubiera adherido;

si se aceptó otra, su legitimación no ofrecerá dudas). En efecto, una cosa es favorecer que se alcancen las mayorías precisas para la aceptación del convenio y otra, que se pueda impedir el ejercicio de un derecho en principio «no sindicado», como es el de formular oposición al convenio aceptado. En otros términos: la regla resulta aplicable *únicamente* al cómputo de las mayorías necesarias para la aceptación del convenio, pero, a mi juicio, no altera —al menos a falta de pacto en otro sentido— la posición individual de cada acreedor sindicado, de forma que no convierte en adheridos a otros efectos (por ejemplo, a los de excluir su legitimación para formular oposición) a los acreedores disidentes o no participantes (convendrá apuntar que éste es el mismo criterio que —según creo— mantiene la Ley Concursal en relación con los planes de reestructuración: art. 630).

§ 11. A estos argumentos hay que unir, a mi juicio, otro específicamente referido al motivo de oposición recogido en el artículo 383.6.º de la Ley Concursal. En efecto, por sus propias características se trata de un motivo de oposición a la aprobación del convenio que tiene un claro propósito de protección del interés *individual* del acreedor. No va dirigido a poner de manifiesto que se ha producido una infracción del régimen legal que impida la aprobación del convenio, sino a establecer una mínima garantía patrimonial para cada uno de los acreedores: no es posible —por mucho que en la tramitación y en la aceptación del convenio se hayan respetado escrupulosamente todas las previsiones legales— privar al acreedor singular, mediante un acuerdo mayoritario, de su «cuota de liquidación concursal» (hipotética, naturalmente). Sólo con su consentimiento (esto es, con su adhesión o con su firma de

la propuesta o, previamente, con la suscripción de un pacto de sindicación en el que se prevea esta consecuencia en caso de decisión mayoritaria favorable a la adhesión) podrá el convenio atribuirle una cuota de satisfacción inferior. Y, siendo así las cosas, sería seguramente excesivo —a falta de una norma legal que expresamente lo prevea— que un acreedor no pudiera hacer efectiva esta garantía patrimonial mínima (esto es, que no pudiera oponerse a la aprobación del convenio) debido a un acuerdo adoptado mayoritariamente en el seno del sindicato sin contar con su aquiescencia.

§ 12. Los titulares de créditos subordinados han de considerarse todos ellos legitimados para oponerse a la aprobación del convenio. Aunque no pueden adherirse a él (art. 352 LC), quedarán vinculados por sus previsiones. Negarles legitimación para oponerse a su aprobación supondría impedirles hacer valer reglas de gran transcendencia para sus intereses (por ejemplo, el artículo 396.2 de la Ley Concursal —*cfr.* art. 383.1.º LC—) o la falta de superación de la prueba de su mejor interés (art. 383.6.º LC). En consecuencia, parece razonable reconocer su interés en oponerse a la eficacia de un convenio que puede perjudicarlos (o que, en cualquier caso, los afectará) y, por tanto, la legitimación activa correspondiente. En el fondo, lo que pretende el artículo 382 de la Ley Concursal no es otra cosa —a mi juicio— que negar legitimación activa a los acreedores concursales afectados por el convenio que, de una manera u otra, hubieran manifestado previamente su apoyo a la propuesta aceptada (bien por haberse adherido a ella, bien por haberla presentado). Desde esta perspectiva, reconocer legitimación a los acreedores subordinados parece coherente con el

sistema. La misma regla será aplicable a las personas especialmente relacionadas con el concursado que hubieran adquirido un crédito ordinario o privilegiado por actos entre vivos después de la declaración del concurso (art. 352 LC).

§ 13. En lo que concierne a su legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio, los acreedores privilegiados (*rectius*: los titulares de créditos a los que corresponda dicha clasificación y en la medida en que les corresponda) pueden encontrarse, según creo, en una de las tres siguientes situaciones:

- a) Pueden haber sido autores de la propuesta aceptada o haberse adherido a ella o haberse adherido en forma al convenio ya aceptado. En este caso carecerán de legitimación activa para oponerse a la aprobación del convenio por aplicación directa de la regla general del artículo 382 de la Ley Concursal. Si el convenio finalmente se aprueba, quedarán vinculados por él (art. 397.1 LC).
- b) Pueden no haberse adherido a la propuesta ni haberla firmado ni haber tampoco quedado sometidos al convenio en atención a la decisión mayoritaria de la clase en la que se integren (art. 287 LC) por aplicación del mecanismo de «arrastre» previsto en el artículo 397.2 de la Ley Concursal. En tal caso, tampoco gozarán de legitimación para oponerse a la aprobación judicial del convenio porque, dado que éste no los vinculará, carecen de un interés material que fundamente tal pretensión.
- c) Finalmente, y éste es el supuesto más delicado, pueden estar en situación

de quedar vinculados al convenio —si se aprobara— en virtud del citado artículo 397.2 de la Ley Concursal, aunque individualmente no se hayan adherido a la propuesta aceptada (ni la hayan firmado). En esta hipótesis estaríamos ante acreedores privilegiados no «adheridos» (en el sentido de que no habrían manifestado individualmente su apoyo a la propuesta en cuestión), pero que, al poder quedar vinculados por el convenio una vez aprobado, deben gozar de legitimación para formular oposición. Una cosa es que un acreedor quede vinculado sin consentirlo y otra que quede privado de los medios de defensa que le incumban. De hecho, esa vinculación forzosa —«arrastre»— se proyecta precisamente sobre los acreedores privilegiados que, en sentido estricto, no se han adherido a la propuesta, por lo que creo que su posición encaja perfectamente en el supuesto de hecho del artículo 382 de la Ley Concursal. En este sentido debe recordarse que el referido artículo 397.2 no dice en ningún momento que se considerarán adheridos los acreedores privilegiados disidentes dentro de cada clase (lo que podría generar alguna dificultad interpretativa), sino que se limita a establecer que quedarán sujetos al convenio.

§ 14. Merece una mención especial la legitimación de los acreedores para oponerse a la aprobación del convenio por inviabilidad objetiva de su cumplimiento (art. 384 LC). En efecto, en este caso no bastará con que sean acreedores no adheridos a la propuesta (en el sentido anteriormente visto), sino que será preciso, además, que, individualmente o agrupados,

los demandantes «sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios». Hay que entender, pese a la dicción del precepto (que no ha cambiado en este punto desde la primera versión del artículo 128.2 de la Ley Concursal del 2003), que la legitimación no está en función del número de créditos, sino de su importe; así, estarán legitimados los acreedores de que se trate si son titulares de créditos cuyo importe suponga, al menos, la vigésima parte del importe total de los créditos ordinarios. En todo caso, y al margen de lo anterior, resulta relevante observar que los titulares de créditos subordinados o privilegiados no podrán fundar su oposición en esta causa o motivo de oposición (que, como se ha apuntado, tampoco podrá ser apreciada de oficio para rechazar el convenio).

2.2. La administración concursal

§ 15. Según el ya conocido artículo 382 de la Ley Concursal, la administración concursal se encuentra siempre legitimada para oponerse a la aprobación judicial del convenio, excepto —en mi opinión— por el motivo contenido en el ordinal 6.º del artículo 383 de dicha ley. En efecto, la no superación de la «prueba del mejor interés de los acreedores» sólo puede ser alegada, para oponerse a la aprobación, por el sujeto afectado, esto es, precisamente por quien alegue que va a recibir conforme al convenio aceptado menos de lo que obtendría en caso de liquidación de la masa activa. Así se deduce —creo que sin lugar a dudas— del propio tenor legal, que especifica que la causa de oposición referida jugará sólo «en caso de que quien formule oposición» se encuentre en esa dicha situación. Adicionalmente conviene tener en cuenta que, en su anterior redacción, el artículo citado 382 atribuía

legitimación a la administración concursal «en cualquier caso», expresión que ha sido eliminada en la redacción vigente. Esta supresión —dejando al margen otras consideraciones— contribuye a despejar las dudas que la eventual permanencia de la fórmula transcrita podría arrojar sobre la señalada falta de legitimación de la administración concursal para oponerse por el motivo expresado en el artículo 383.6.º de la Ley Concursal.

§ 16. La administración concursal sí ostentará legitimación activa, sin embargo, en caso de que la oposición se fundamente en que el cumplimiento del convenio resulta objetivamente inviable (art. 384 LC).

2.3. ¿El concursado?

§ 17. Muy significativamente, la mención del concursado como legitimado activo para oponerse a la aprobación judicial del convenio ha desaparecido en la actual redacción del artículo 382 de la Ley Concursal. Ello, por sí mismo, parecería suficiente como para considerar que la ley ha cambiado de orientación en cuanto a este punto y ha optado por suprimir la posibilidad de que el propio deudor pueda formular oposición a la aprobación del convenio aceptado por los acreedores (en realidad, la duda sólo podría plantearse en las hipótesis en las que el deudor no hubiera expresado de alguna manera su conformidad con la propuesta aceptada, bien por haberla presentado él —art. 337 LC—, bien por haber aceptado en tiempo la presentada por los acreedores —art. 359 LC—). A este propósito, creo que jugar con la literalidad de la norma (podría intentar aducirse que la legitimación del concursado derivaría del hecho de no haberse adherido a la propuesta) no resulta

convinciente. En efecto, la mención legal de «quienes no se hubieran adherido» ha de entenderse circunscrita a los acreedores concursales en los términos expuestos más arriba y nunca verse como referida a otros sujetos, tal y como demuestra la expresa referencia en el artículo 382 de la Ley Concursal a la administración concursal (que nunca puede adherirse al convenio y cuya mención específica carecería de sentido si ya estuviera legitimada en tanto no adherida).

§ 18. Pero es que, además, la opción legal responde —en mi opinión— al resto del régimen del convenio concursal tal y como ha quedado configurado después de la reforma del 2022:

a) De una parte, conecta con la consideración de la aceptación expresa de la propuesta por el concursado como requisito *sine qua non* de la aprobación del convenio (art. 359.2 LC) y con la eliminación de la regla que permitía entender producida tal aceptación si el deudor no se oponía a la aprobación del convenio o no solicitaba la apertura de la fase de liquidación (antigua redacción del art. 380.2 LC). En efecto, obsérvese que, en el régimen anterior, una vez que resultaba aceptada por los acreedores una propuesta no presentada ni previamente consentida por el concursado, éste podía solicitar la apertura de la fase de liquidación o formular oposición. Ahora bien, si el deudor no se oponía ni requería al juez para que abriera la liquidación, quedaba sujeto al convenio una vez aprobado (se consideraba que había aceptado la propuesta). Si formulaba oposición y ésta resultaba desestimada, quedaba asimismo vinculado.

En el momento actual, por el contrario, aunque el concursado no solicite la apertura de la fase de liquidación, el convenio no podrá ser aprobado sin su consentimiento (aceptación), siendo además esta circunstancia apreciable de oficio (art. 392 LC). Por ello, ya no es necesario que el concursado presente formalmente oposición a la aprobación del convenio aceptado para evitar que el convenio adquiera eficacia y le obligue, puesto que ya no puede entenderse que en tal caso ha aceptado la propuesta; tampoco es preciso, estrictamente hablando, que solicite la apertura de la liquidación para que el convenio no alcance eficacia (teniendo en cuenta, por lo demás, que la no aprobación del convenio llevará consigo, en todo caso, la apertura de la liquidación: art. 409.1.3.º LC).

b) Podría argumentarse, no obstante, que para el concursado no es igual oponerse a la aprobación del convenio que solicitar la liquidación. Sin embargo, no es así: bajo el régimen vigente, el resultado de la eventual estimación de su demanda de oposición es idéntico al que obtendría simplemente solicitando la liquidación. Trataremos de explicar esto seguidamente de manera breve.

Debe partirse de que, en la derogada disciplina de la aprobación del convenio, la oposición del concursado resultaba una opción razonable en términos prácticos (frente a la solicitud de la apertura de la liquidación) cuando se adujera algún motivo de oposición que, de ser estimado, pudiera abrir paso a otra propuesta presentada que el concursado considerara

preferible (en su caso, por haberla presentado él). Esto sucedía si, habiéndose presentado y admitido a trámite propuestas alternativas a la sometida a la aprobación judicial, se alegaba infracción legal en la constitución o celebración de la junta o violación de las normas que regulaban la tramitación escrita, ya que, en estas circunstancias, cabía la posibilidad de que se aceptara una de esas otras propuestas y no la que lo fue inicialmente (bien mediante nueva deliberación en junta, bien en el marco de la nueva tramitación escrita —*cfr.* antiguo art. 391.2 LC—). En estas hipótesis, el interés del concursado en promover el incidente de oposición resultaba atendible por cuanto la sentencia estimatoria de la oposición no suponía un rechazo *definitivo* del convenio con inmediata apertura de la liquidación.

Pero este interés no estaba presente si la oposición se formulaba para hacer valer la infracción legal en el contenido del convenio, ya que, en este caso, la estimación de la demanda incidental llevaba indefectiblemente a la apertura de la liquidación (antiguo art. 391.1 LC), resultado que el deudor podía obtener, de manera mucho más sencilla, solicitando la apertura de la liquidación. Un razonamiento análogo cabía desarrollar si se alegaba infracción legal en la constitución o celebración de la junta o violación de las normas que regulaban la tramitación escrita cuando no se hubiera presentado otra propuesta que la aceptada. En efecto, en tales circunstancias podían suceder dos cosas: que en la nueva junta o en la nueva tramitación

escrita se rechazara la única propuesta existente, en cuyo caso procedía abrir la liquidación, o que se volviera a aceptar la misma propuesta. En este segundo caso, el concursado nada útil habría logrado con su oposición; y, en el primero, sólo habría conseguido lo que ya había podido obtener directamente solicitándolo del juez.

Pues bien, según se ha indicado, una de las más relevantes novedades que la reforma del 2022 ha introducido en la disciplina de la oposición a la aprobación judicial del convenio es la unificación de las consecuencias de la sentencia estimatoria de la oposición. Ahora, los efectos del pronunciamiento de rechazo del convenio no dependen del motivo de oposición apreciado; en todo caso, el rechazo del convenio es *definitivo*, procediendo siempre la apertura de la fase de liquidación (al contrario de lo que sucedía bajo el régimen anterior, en el que el rechazo del convenio impedía su eficacia inmediata, pero no en todos los casos cerraba la puerta *definitivamente* a la solución convenida: dependía, en efecto, de la causa o motivo de oposición que hubiese sido apreciada). Y, en estas circunstancias, realmente no parece que el concursado pueda tener interés alguno digno de protección en formular oposición. El único resultado que obtendría, de ser estimada su demanda, es la apertura de la fase de liquidación. Y eso es exactamente lo mismo que sucederá si solicita al juez dicha apertura o si, simplemente, no acepta en plazo la propuesta de convenio presentada por los acreedores. ¿Qué sentido tendría entonces iniciar

el incidente? En otras palabras: no se reconoce legitimación al concursado porque dentro del plazo para formular oposición puede lograr el mismo resultado que obtendría en caso de estimación de su demanda por el sencillo expediente de solicitar directamente la apertura de la liquidación. La defensa de su interés debe articularla mediante esta solicitud y no promoviendo un incidente concursal de oposición.

A lo anterior debe añadirse una última consideración: a la vista del tajante tenor del artículo 406 de la Ley Concursal, parece que, incluso cuando el deudor hubiera expresado de alguna manera su conformidad con la propuesta aceptada (bien por haberla presentado él —art. 337 LC—, bien por haber aceptado en tiempo la presentada por los acreedores —art. 359 LC—), conservará la facultad

de solicitar la apertura de la liquidación y de evitar con ello que el convenio aceptado llegue a adquirir eficacia. Tanto más cuando el artículo 346 de la Ley Concursal, que prevé que el concursado puede dejar sin efecto las propuestas de convenio (aun admitidas a trámite) en cualquier momento solicitando la liquidación, no distingue según quién haya formulado la propuesta y tampoco establece ninguna restricción por el hecho de que el propio concursado las hubiera aceptado previamente.

§ 19. En suma, la ausencia de legitimación del concursado para oponerse a la aprobación judicial del convenio no sólo se apoya en el hecho de no resultar mencionado en el artículo 382 de la Ley Concursal, sino también, según hemos podido comprobar, en la coherencia que esta opción legal mantiene con el resto de la disciplina.