

Doctrina

Por Jorge Moya Ballester, profesor titular de Derecho Mercantil en la Universidad de Alicante

La prohibición de los convenios de liquidación: contenidos y límites

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003 resultaba bastante habitual la adopción de convenios en los cuales se produjera una cesión en pago o para el pago, siendo ambas modalidades comúnmente admitidas. Con ello se pretendía una liquidación acelerada que permitiera no solo ganar tiempo en la resolución del procedimiento concursal sino también evitar la pérdida de valor que suele tener lugar cuando los bienes del deudor se realizan a través de una venta judicial. Durante la vigencia de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, a través de esta operación, se transmitía todo el activo del deudor a los acreedores, quienes conformaban una comisión encargada de la liquidación.

Las críticas a este sistema se centraban por un lado en la opacidad con la que actuaba la comisión encargada y en la falta de supervisión jurisdiccional. En relación con la primera de las cuestiones se decía que había un déficit de transparencia en relación...

1. con los criterios de realización, fundamentalmente la valoración de los bienes que se incluían en el activo
2. respecto a qué bienes se iban a vender a terceros y qué otros iban a ser asumidos por alguno o algunos de los acreedores
3. a qué concretos acreedores se les iba a asignar los bienes cedidos.

A todo ello había que sumar la falta de control por parte de la autoridad jurisdiccional sobre las cuestiones anteriores, lo que generaba multitud de críticas al sistema respecto de la comisión de irregularidades, privilegiando de facto la comisión a unos concretos acreedores frente a otros. En este sentido cabe razonar que un sistema tan flexible como el anterior solo podría justificarse por la existencia de un minucioso control del trato paritario a los acreedores por parte de la autoridad jurisdiccional.

Así, la falta de control jurisdiccional y de transparencia de la comisión descritas en el párrafo anterior generó graves disfunciones que afectaron de forma considerable a la buena reputación de los procedimientos concursales. A través de este tipo de convenios se liquidaba el patrimonio del deudor, pero no necesariamente se producía la satisfacción de todos los acreedores. De este modo, algunos de ellos a través de las adjudicaciones podían ver mejorada su posición respecto de la de otros acreedores cuyos créditos habían sido desatendidos, pues la mala actuación de la comisión no era objeto de revisión por parte del juez. Lógicamente, la adopción de medidas concursales en las que, de facto, no se observara el principio de la *par conditio creditorum* generaba suspicacias que redundaban en un descrédito general hacia la justicia concursal.

Téngase en cuenta que con estos convenios liquidativos no solo se desprotegía a determinados acreedores, sino que además la empresa del deudor en ningún caso mantenía su actividad, siendo efectivamente liquidada. Por otro lado, al igual que ocurre en la actualidad la aprobación del convenio, y el pago por cesión de un acreedor concreto, no exige el voto favorable de todos los acreedores. En consecuencia, el voto en contra del acreedor perjudicado no le prevenía de la adjudicación de un concreto bien en contra de su voluntad.

El legislador de 2003 quiso erradicar este tipo de situaciones y lo hizo fundamentalmente a través de dos mecanismos: 1) a través de la supervisión por parte del juez del concurso de todos los convenios aprobados; y 2) mediante la prohibición de todo tipo de convenio con carácter liquidativo, con especial atención a los convenios con pago por entrega de bienes, que específicamente quedaron prohibidos por el artículo 100.3 LC, tal y como se verá a continuación. El legislador optó en ese momento por un sistema mucho más rígido que el anterior en el que se instaura una separación radical entre las opciones liquidativas y las conservativas, que serán las únicas que puedan tramitarse a través del convenio concursal.

La regulación originaria ha sufrido grandes modificaciones a lo largo de la vigencia de la Ley Concursal desde su promulgación en 2003 hasta la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal. De esta forma, como se acaba de señalar, al inicio de la vigencia de la referida norma, la ley prohibía este tipo de contenido para el convenio. En efecto, el artículo 100.3 LC 2003 disponía en su redacción original que en “ningún caso la propuesta podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas...”. Con ello el

legislador de 2003 cerraba la puerta tanto a las cesiones en pago de deudas como para el pago, tratando de cerrar el paso también a cualquier tipo de contenido liquidatorio en el ámbito del convenio concursal. Con esta prohibición el legislador pretendía eliminar la mala reputación que los procedimientos concursales tenían hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal en 2003. Sin embargo, la rigidez que impuso la normativa de 2003, pese a cumplir con la función ejemplificadora que buscaba el legislador también restó interés al convenio concursal y eficacia al procedimiento en general.

No obstante, la prohibición de incorporar convenios de liquidación fue atenuándose a lo largo de la vigencia de la Ley Concursal de 2003, incorporándose de forma progresiva propuestas de convenio parcialmente liquidativas, que serán objeto de análisis a continuación.

2

2. LOS CONVENIOS PARCIALMENTE LIQUIDATIVOS EN EL TRLC

Tras las diversas modificaciones que han tenido lugar desde la promulgación de la Ley Concursal en 2003, podemos decir que en la actualidad el patrimonio del deudor puede ser distribuido o entregado a algunos de los acreedores a través de tres tipos de convenios distintos. De este modo, la Ley permite la cesión, que podrá ser completa (cesión global de activo y pasivo), parcial (transmisión de unidad de productiva) mediante el convenio de asunción) o de un elemento menor de la empresa (a través de la cesión). Por ello a continuación se sintetizarán los límites y requisitos que este tipo de operaciones deben observar, con el fin de poder identificar a su vez los límites a la prohibición de incorporar soluciones convencionales de liquidación en la vigente regulación concursal y preconcursal.

2.1. *Sobre la cesión global de activo y pasivo*

En nuestro derecho son admisibles las dos modalidades de cesión global de activo y pasivo, tanto la que tiene carácter liquidativo por percibir los socios directamente el importe de la comisión como la que tiene una naturaleza conservativa, por ser la sociedad la que percibe dicha contraprestación sin que se produzca la extinción de la sociedad. En consecuencia, nuestra regulación exige el mantenimiento de la actividad, que pasará a manos del cesionario, pero no resulta fundamental el mantenimiento de la sociedad cedente, que puede extinguirse a través del convenio.

Es necesario valorar si este tipo de cesión puede perjudicar a unos acreedores mientras otros resultan más beneficiados. En definitiva, si a través de esta operación se introducen diferencias en los créditos de los acreedores que resulten injustificables. A través de la cesión global, con entrega de la contraprestación a los socios, los derechos de los acreedores se mantienen intactos en relación con la cuantía, pues todos los créditos son cedidos en su totalidad al cesionario. Desde este punto de vista, la posible desprotección de unos acreedores frente a otros, no se aprecia ningún trato de desfavor hacia ningún acreedor en ninguna de las modalidades, ni cuando la contraprestación es entregada a la sociedad ni cuando la perciben directamente los socios.

Solamente cuando la cesión se realizase a favor de un acreedor existiría un trato diferencial que justificaría la aplicación de la disciplina de trato singular. Por aplicación del artículo 378 TRLC se exige tanto la adhesión del cesionario o cesionarios, como del resto de acreedores, con un 65% del pasivo (ART 363.3 TRLC). Además, en este caso por aplicación analógica de la normativa sobre pago por cesión, las partes no gozan de libertad para la determinación de la contraprestación. En este caso, el importe de los créditos del acreedor cesionario más la contraprestación debe ser como

mínimo igual al valor del patrimonio que se transfiere mediante la cesión global de activo y pasivo.

Este tipo de operación también podría acometerse desde el punto de vista del derecho preconcursal. En este caso se puede afirmar que no hay degradación de la aplicación del principio de la *par conditio creditorum*, pues se exige que el plan de reestructuración sea aprobado por todas las clases, de tal forma que no se puede imponer el trato singular privilegiado a una de esas clases que se integran en el plan.

2.2. *Los convenios de asunción*

El convenio con cláusula de asunción permite la cesión de parte o el total del activo del deudor, la asunción de parte o el total del pasivo y la obligación de mantener la empresa en funcionamiento. La amplitud con la que está regulada esta figura proporciona un amplio margen de negociación a las partes.

3

En relación con la transmisión del activo, a través de este convenio será posible la transmisión de todo el activo del deudor o tan solo de una o algunas unidades productivas. De este modo, el legislador impide la transmisión de elementos aislados a través de este tipo de cláusulas, constituyendo la unidad productiva el elemento de menor entidad transmisible mediante este tipo de operación. No obstante, con el fin de facilitar la transmisión del activo se admite que la unidad productiva realice no solo actividades de carácter esencial en la empresa del deudor, sino también actividades de carácter accesorio.

Respecto de la transmisión del pasivo, cabe señalar que no será preceptivo el consentimiento de cada uno de los titulares de los créditos transferidos, pues el consentimiento individual es sustituido en el ámbito concursal por el consentimiento colectivo de los acreedores. Por otro lado, el cambio de deudor a través de este convenio tiene

carácter liberatorio para el deudor original. No obstante, cuando se produzca la transmisión de unos créditos al asuntor y el mantenimiento de otros, se estará tratando de forma desigual a cada uno de estos créditos. Con el fin de salvar este tipo de convenio, será necesaria la aplicación de las normas sobre trato singular. Por ello, en el presente trabajo se defiende que el convenio deba ser aprobado tanto por la mayoría de los acreedores cuyos créditos son transferidos como por la mayoría de los que se mantienen en la esfera jurídica del deudor original.

Sobre la obligación de mantenimiento de la actividad del deudor por parte de asuntor se puede decir que no se exige que el asuntor mantenga la concreta actividad que desarrollaba el deudor. El asuntor puede desarrollar con los medios transferidos por el deudor una actividad distinta, siempre y cuando mantenga el tejido productivo en unos niveles similares a los anteriores. Por otro lado, el asuntor no podrá asumir la empresa o la unidad productiva con el fin de revenderla posteriormente, deberá hacerlo con la intención de explotar dicha actividad. Por todo ello, el plan de viabilidad deberá ser consensuado con el asuntor pues será este el encargado de ponerlo en funcionamiento.

La posición del asuntor podrá ser asumida por un acreedor. En este supuesto no solo se exigirá la doble mayoría para la adopción del acuerdo, como consecuencia de la aplicación de la normativa sobre trato singular, sino que además también tiene consecuencias en relación con el valor del patrimonio asumido. En este caso, debemos entender que, con carácter general, nos encontramos ante un pago por cesión pues el crédito del asuntor quedará satisfecho mediante el traspaso de un determinado patrimonio. Con base en la regulación sobre pago por cesión y con el fin de evitar una vulneración de la *par conditio creditorum*, cuando la asunción se produzca por un

acreedor será necesario hacer una valoración de la unidad productiva objeto de transmisión, permitiendo la cesión *pro soluto* solo cuando el importe del crédito satisfecho sea superior al valor de la unidad productiva en cuestión menos el importe del resto de créditos asumidos.

En el ámbito de los planes de reestructuración, la incorporación de una propuesta de asunción viene limitada por la necesidad de incorporar a todo el pasivo del deudor al plan, otorgándole derecho de voto. Lógicamente los acreedores deberán dividirse en clases, y para ello también deberá tenerse en cuenta qué créditos son objeto de transmisión y cuáles no, debiendo obtener las mayorías necesarias en cada una de las subclases.

2.3. La cesión en pago o para el pago

Tras la prohibición inicial de este tipo de convenios que contenía la Ley Concursal de 2003, en la actualidad se admiten, aunque con fuertes limitaciones. El primero de los requisitos que se impone es que el bien o bienes cedidos no deben⁴ ser necesarios para la actividad. En segundo lugar, el legislador exige que, tras la cesión, la actividad del deudor se mantenga, exigiendo además la viabilidad de la empresa. En tercer lugar, el bien objeto de cesión debe ser valorado previamente. Así, cuando el valor del bien sea inferior al importe del crédito, las partes gozarán de libertad para pactar la cesión en pago o para el pago. Por el contrario, cuando el valor del bien sea superior al importe del crédito, las partes ya no gozarán de libertad. En este caso la cesión necesariamente tendrá carácter *pro solvendo*, pues surgirá un derecho a favor de la masa por la diferencia de valor.

Respecto de las mayorías necesarias para la adopción del convenio con cláusula de pago por cesión, cabe decir que el respeto a la normativa sobre trato singular exige que se reúnan las mayorías necesarias para la adopción de este tipo de convenio, tanto respecto de los acreedores

cesionarios como en relación con el resto de los acreedores no afectados por la cesión, es decir, aquellos que no vayan a recibir bien alguno en pago de sus créditos.

En relación con la incorporación de la cesión a un plan de reestructuración, es posible señalar que, dada la reducción del activo que se produce a través de este tipo de operaciones, todos los acreedores del deudor tendrán la consideración de acreedores afectados y, por lo tanto, todos ellos estarán llamados a votar el plan. Además, será preciso que el plan sea aprobado en clases, debiendo existir una subclase para aquellos acreedores cuyos créditos sean satisfechos a través de la cesión y otra subclase para aquellos acreedores cuyos créditos no sean satisfechos mediante la cesión. Finalmente, la existencia de normas sobre trato paritario y las posibles responsabilidades que pudieran surgir en una hipotética pieza de calificación, aconsejan que la cesión tenga carácter *pro solvendo*, cuando el valor de bien cedido sea superior al importe del crédito satisfecho. Por otro lado, por aplicación de la regla de la prioridad absoluta, los acreedores incluidos en un mismo rango deben ser satisfechos en la misma medida, lo que exige que la cesión deba tener carácter *pro solvendo* o contener un descuento (quita) similar para todos los acreedores incluidos en dicho rango.

3. CONTORNOS DE LA PROHIBICIÓN

3.1. Planteamiento

Una vez se han sintetizado las características y las limitaciones de los convenios parcialmente liquidativos, es posible desarrollar algunas pautas que permitan determinar los límites a la prohibición de incorporar convenios liquidativos.

3.2. El respeto a la *par conditio creditorum* en el convenio

El respeto al principio de igualdad de trato entre acreedores no rige de forma absoluta en nuestro derecho concursal y en consecuencia su completo

cumplimiento no se exige tampoco en el ámbito del convenio ni tampoco en de las soluciones preconcursales. Por ello, el legislador incorpora normas que permiten un trato diferenciado entre acreedores, asegurando la existencia de mecanismos que generen el consenso necesario para lograr un trato razonable y asumible por la generalidad de los acreedores.

En el ámbito del convenio concursal, el establecimiento de condiciones asimétricas es válido siempre y cuando dichas condiciones sean aprobadas en votaciones separadas por aquellos grupos que reciban un trato menos beneficioso en el convenio concursal. Esta solución se perfecciona en la normativa sobre planes de reestructuración, al exigir el legislador la creación de clases y la aprobación del plan en cada una de estas clases. Además, cuando no se obtenga el voto favorable de todas las clases de acreedores, no puede darse en ningún caso un trato desfavorable a las clases arrastradas respecto de cualquier otra clase del mismo rango. Esta regla (la votación por clases) permite lograr soluciones que resulten satisfactorias para un amplio espectro del crédito del deudor. De esta forma, podemos asumir que si el plan ha sido aprobado por las distintas clases es porque no se imponen los intereses de un tipo de acreedores sobre los de otro y que, por lo tanto, se ha logrado una solución equilibrada que permite el mantenimiento de la actividad del deudor.

Como se puede apreciar, la más moderna normativa sobre planes de reestructuración y el recurso sistemático a la creación de clases, constituye un buen sistema para permitir soluciones que puedan alejarse formalmente del trato paritario, pero que, sin embargo, generen un consenso suficiente entre los distintos tipos de acreedores, protegiendo los diferentes intereses existentes. Por ello, lo razonable sería homologar las exigencias de formación del consentimiento de

los acreedores del convenio concursal a las establecidas en los planes de reestructuración.

3.3. *El mantenimiento de la actividad*

3.3.1. *La transmisión de la actividad*

Las soluciones a la insolvencia estudiadas en el presente trabajo parten de un elemento común que es el mantenimiento de la actividad que hasta ese momento llevaba a cabo el deudor. Esto no supone que la actividad deba seguir desarrollándose, tras la adopción del plan o del convenio, de forma idéntica a como se venía haciendo, pues nuestra normativa admite modificaciones sustanciales.

De este modo, es posible que tras el acuerdo (plan o convenio) la actividad no la ejerza el propio deudor, sino que sea asumida por otra persona de forma completa (cesión global de activo y pasivo); también se admite que parte (unidad productiva) de la actividad sea asumida por un tercero, mientras que otra parte se mantenga en la esfera del deudor (convenio de asunción); o incluso la entrega de un determinado bien no esencial para el ejercicio de la actividad a un tercero o acreedor y el mantenimiento de toda la actividad por parte del deudor. En todo caso, la actividad debe mantenerse por lo que el convenio o el plan nunca puede facilitar el desmembramiento del activo del deudor entre los acreedores.

3.3.2. *Sobre el mantenimiento de la personalidad jurídica del deudor*

Como se ha dicho en el párrafo anterior, el presupuesto básico para calificar un convenio, o un plan, como una solución de continuidad es el mantenimiento de la actividad. Por el contrario, el mantenimiento de la personalidad jurídica del deudor no resulta necesaria en el esquema del Texto Refundido de la Ley Concursal. En efecto, tanto en el ámbito de la cesión global de activo y pasivo como en el del convenio de asunción, es posible la cesión completa de todo el activo y de todo el pasivo del deudor, abocando a este a su

desaparición en cuanto que persona jurídica, pero manteniendo la actividad en manos de otra persona. En conclusión, el mantenimiento de la personalidad jurídica del deudor no es un requisito para la adopción de este tipo de soluciones admitidas en nuestro derecho.

3.3.3. *Viabilidad*

Nuestro ordenamiento, tanto en el ámbito del convenio como en el de los planes de reestructuración exige que la solución venga apoyada en un plan de viabilidad en el que se describan las concretas acciones que permitan a la sociedad mantener su viabilidad y que, en consecuencia, aseguren la continuación de la empresa. Siendo esto así, aunque la sociedad deudora mantuviese su actividad de forma residual o con una intencionalidad liquidativa, no sería posible la adopción de este tipo de medidas por cuanto no sería posible justificar la viabilidad de la empresa del deudor. Por lo tanto, este requisito cierra el paso a la adopción de soluciones convencionales que permitan la satisfacción de los acreedores mientras esta va cerrando sus operaciones, aunque se produjera la íntegra satisfacción de los acreedores. Esto es llamativo porque en el convenio la exigencia del mantenimiento de la actividad y la viabilidad de la misma suponen un fundamento que, en ocasiones, goza de una mayor importancia que la tutela de los derechos de crédito de los acreedores, pues estos pueden verse perjudicados en una liquidación al no poder acceder a soluciones negociales más eficientes al no concurrir el requisito de la viabilidad.

3.4. *La supervisión judicial*

Uno de los elementos más criticados durante la vigencia del procedimiento de quiebra y de la suspensión de pagos era la libertad y la falta de control con la que operaba la comisión nombrada para la ejecución del convenio de liquidación. Nuestro legislador en 2003, consciente de todos estos problemas, decide no solo prohibir los

convenios de liquidación, sino que además impone un férreo control judicial sobre las soluciones al concurso, a la vez que imponía un régimen de responsabilidad coherente a la administración concursal. El convenio no solo puede ser impugnado por las partes, sino que además debe ser analizado de oficio por el juez del concurso y sobre la propuesta se debe evacuar informe de valoración por parte de la administración concursal. La imposición de esta labor fiscalizadora a la autoridad jurisdiccional debe ser aplaudida pues ha erradicado en gran medida cualquier tipo de suspicacia respecto de la justicia concursal.

En 2009 se regulan por primera los acuerdos de refinanciación en nuestro derecho como mecanismos preconcursales y en 2011 se introduce la posibilidad de extender los efectos acordados a los acreedores financieros disidentes a través de la homologación judicial. En 2022 la intervención judicial se amplía sobremanera con la generalización de la homologación judicial, requisito indispensable para la obtención de la protección habitual a los instrumentos preconcursales. De este modo, los planes de reestructuración pasan a ser concebidos como instrumentos parcialmente judicializados y que no solamente gozan de un control judicial, sino que además pueden ser impugnados para su control por parte de la Audiencia Provincial.

Con ello el legislador impone un control que, si bien en el ámbito de los planes de reestructuración puede ser mejorable, en líneas generales debe ser calificado como satisfactorio y que a priori debería permitir la adopción de mecanismos más flexibles que satisfagan en mayor medida los intereses de los distintos intervinientes en cada uno de los procedimientos.

3.5. La correcta valoración de los bienes objeto de transmisión

En relación con la valoración de los bienes, al menos en el ámbito concursal, es necesario tener

en cuenta lo prescrito por el artículo 273 TRLC. De este modo, el valor de los bienes inmuebles debe ser determinado de acuerdo con un informe de valoración emitido por una entidad homologada. Para la tasación de los valores mobiliarios admitidos a negociación en un mercado secundario organizado, se fijará como valor el precio promedio de los últimos tres meses. Finalmente, cuando se trate de bienes distintos a los anteriores, será necesario obtener un informe de valoración de un experto en la materia.

3.6. La regla del interés superior y otros elementos de protección

El artículo 383 TRLC incorpora al ámbito del convenio la regla del interés superior, que rige tanto para los planes de reestructuración como para el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Esta es una novedad que incorpora la Ley 16/2022 con la regulación de los planes de reestructuración, aunque como se ve es aplicable a todas las soluciones conservativas que recoge el TRLC. Según esta regla el plan podrá ser impugnado de forma exitosa cuando el plan de reestructuración no proporcione una tasa de retorno al acreedor igual a la que razonablemente cabría esperar que obtuviese en el procedimiento liquidativo concursal. Esta novedad supone una importante limitación a la libertad de pactos otorgada a las partes, así como una notable norma de protección de los acreedores.

En segundo lugar, la directiva, que transpone la Ley 16/2022, de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, acoge el principio de «a alguien le tiene que gustar el plan» en virtud del cual, para que se produzca el arrastre entre clases, arrastre vertical, el plan debe ser aceptado por alguna clase que en todo caso se presuma que iba a cobrar en una hipotética liquidación. De este modo, si el que iba a cobrar algo en la liquidación prefiere el plan al concurso, es posible asumir que el plan es merecedor de una confianza que permite el arrastre de otras clases. La norma exige que esta

clase sea de las que presumiblemente fuera a cobrar para evitar el chantaje de los acreedores subordinados al resto de acreedores. Por ello debe votar a favor una clase que, sin el plan, fuera a cobrar igualmente en una hipotética liquidación concursal.

4. UNA PROPUESTA DE SOLUCIÓN LIQUIDATIVA

Hasta la Ley Concursal de 2003, se criticó la falta de control jurisdiccional y de transparencia de las comisiones de liquidación. Se criticaba en concreto que, mediante este tipo de convenios, algunos acreedores a través de las adjudicaciones podían ver mejorada su posición respecto de la de otros acreedores cuyos créditos habían sido desatendidos, pues la mala actuación de la comisión no era objeto de revisión por parte del juez, ni las valoraciones se llevaban a cabo por personas independientes ni existía un trámite para la impugnación de esas valoraciones. Todo ello suponía la alteración de la *par conditio creditorum* por parte de la mayoría para proteger sus intereses frente a los de la minoría, vulnerando el principio básico de funcionamiento de la justicia concursal.

El legislador de 2003 quiso zanjar cualquier atisbo de polémica y prohibió todo contenido liquidativo del ámbito del convenio. Con ello, el legislador logró el objetivo ejemplificador propuesto respecto de la justicia concursal, pero también restó gran parte del atractivo del concurso, configurando este procedimiento fundamentalmente como un mecanismo de liquidación en el que se las posibilidades de lograr un acuerdo resultaban remotas. No solo perdió importancia el convenio, sino que el concurso fue considerado como un mecanismo de relativa utilidad para alcanzar un acuerdo.

Por otro lado, los problemas reputacionales que arrastraban los convenios de liquidación provocaron que el legislador de 2003 no solo prohibiera este tipo de convenio, sino que además optó por una regulación que introducía

determinados controles que venían a paliar algunas de las deficiencias advertidas en nuestro derecho concursal histórico. En este sentido, cabe destacar las medidas introducidas para garantizar el cumplimiento de la legalidad, tales como la normativa sobre trato singular, la supervisión judicial, la valoración de los activos por un tercero, y la regla del interés superior. De este modo, a la regulación del convenio le ocurre lo que a la ley en general, que es excesivamente rígida y que no acaba de confiar ni en el juez ni en la administración concursal. El carácter estricto de estas normas se justifica en la posibilidad de adoptar un contenido más arriesgado, pero resulta desproporcionado para la adopción de convenios consistentes en quitas y esperas.

Teniendo en cuenta esta regulación de salvaguarda y el bajo número de convenios tramitados durante la vigencia de la Ley Concursal, en el presente trabajo se proponen algunas medidas para recuperar soluciones convencionales que no se basen en la viabilidad y el mantenimiento de la actividad, y que, sin embargo, generen una tasa de retorno superior a la de la liquidación concursal. Por ello, se propone recuperar este tipo de soluciones convencionales, aunque con ciertas limitaciones. En concreto para permitir la adopción de convenios de liquidación se propone mantener las exigencias actuales de supervisión judicial e informe de la administración concursal y la regla del interés superior, además, y la incorporación de otras tres.

En primer lugar, con el fin de conciliar los apoyos suficientes que garantice el equilibrio y la adecuada ponderación de los intereses en juego, se propone que este tipo de convenios sean aprobados en clases, tal y como ocurre en el ámbito de los planes de reestructuración. De este modo, se procederá a la creación de distintas clases y la integración de todos los acreedores en dichas clases, atendiendo al interés de cada uno de ellos. De esta forma, el

acreedor o acreedores cesionarios se integrarán en una clase al margen, lo que permite evitar que el poder de la mayoría imponga soluciones injustas a la minoría.

En segundo lugar, se propone que este tipo de cesiones tengan como presupuesto el cumplimiento de la normativa concursal sobre modalidades de cesión admitidas, eliminando el requisito de la viabilidad. Así, la modalidad *pro solvendo* será admitida en todo momento, mientras que la modalidad *pro soluto* se admitirá en el supuesto de que el valor del bien o derecho objeto de cesión sea inferior al importe del crédito satisfecho.

Al hilo de lo anterior y, en tercer lugar, será de vital importancia la observancia de las debidas cautelas respecto de la valoración del bien y la supervisión de todo el procedimiento. En relación con lo primero se propone que dicha valoración se realice por un tercero independiente al procedimiento, evitando tanto a la administración concursal, como a cualquier órgano delegado del mismo. En este sentido sería posible fijar como modelo el sistema que incorpora la LSC para la realización de nuevas aportaciones no dinerarias en el ámbito de la SA, en la que se obliga a que un tercero (el registrador mercantil) nombre a un experto en la materia para realizar la tasación correspondiente.

De este modo, y sin ánimo de desmerecer la importancia que el mantenimiento de la actividad tiene para el tejido económico, lo cierto es que el fundamento principal del convenio se anuda a la tasa de retorno de los acreedores y no a la continuación de la sociedad ni de la actividad de la misma, pues el verdadero fundamento del concurso de acreedores no es otro que la tutela de los derechos de los acreedores. Siendo esto así, merece la pena explorar alternativas solutorias en las soluciones convencionales que favorezcan el completo resarcimiento de los acreedores, aunque ello se haga a costa del mantenimiento de la

empresa. En este sentido y para concluir cabe decir que la alternativa a estos convenios liquidativos para las sociedades no viables no son los convenios de continuación, sino la liquidación del deudor, y la consiguiente menor tutela de los derechos de los acreedores.