

EL CONVENIO EN LA LEY CONCURSAL 22/2003, DE 9 JULIO.

I.- INTRODUCCIÓN.

Publicado en Mairata Laviña, J. [dir.] “Aspectos Jurídicos del nuevo Concurso de Acreedores”. Madrid: ICAM, 2004.

Por Juan Palao Uceda.

“El jurista se va convirtiendo en un geómetra y su educación en pura dialéctica, divorciada de la vida. Lo único que le interesa es el enlace lógico entre los preceptos del código... Justamente en el terreno del Derecho Mercantil se planteó el siglo pasado una famosa controversia respecto de la cuestión del método en nuestra disciplina y se apuntó por primera vez la conveniencia de utilizar en ella el auxilio de la Economía, investigando la razón de la existencia de las relaciones comerciales [...]” Garrigues¹

Según la propia exposición de motivos de la novísima ley concursal, su normativa instituye el convenio como término normal al que han de conducir estos procedimientos. Este cambio de dirección rompe con la tradicional consideración legal de la quiebra de nuestro sistema, en donde, una vez un comerciante incumplía sus obligaciones, estaba abocado a un proceso de liquidación universal para satisfacer sus impagos y, solo si era conveniente para los intereses de los acreedores, éstos transigían la cuantía o/y plazo de sus créditos en un convenio o concordato (vease Ramirez²). La exposición de motivos (EM) del código de 1885 también destacaba los beneficios que ofrece al quebrado acercar sus posiciones con las de los acreedores (v.g. su rehabilitación,...). Pero, de cualquier forma, ello no dejaba de ser una potestad en interés del sistema, representado, en estos casos, por los acreedores³. Por tanto *“el convenio debería de ser la forma prioritaria de resolución del procedimiento, pero no necesariamente en todos los casos sino únicamente en aquellos en los que la solución conservativa se presente como la forma mejor a través de la cual los acreedores vayan a ver satisfechos sus créditos en comparación con la liquidación del patrimonio del deudor.”*⁴

¹ Pag. 39. *Curso de derecho mercantil*. Joaquín Garrigues. S. Aguirre. Madrid. 1936.

² “El convenio o concordato es un contrato entre el quebrado y sus acreedores que, por ser celebrado en el juicio de quiebra con el propósito de ponerle fin, sustrayéndolo, por tanto, a su normal desenvolvimiento, precisa [...]” Pag. 153. Ramirez. *La Quiebra*. Tomo III. 1ª Edición (1959). Ed. BOSCH. Barcelona

³ “[...] en el curso del procedimiento se advierte a veces que un acuerdo con el deudor sobre unas u otras bases puede ser mas beneficioso para sus acreedores que la propia liquidación total del activo, [...] a precios muy perjudiciales, [...] Nada se opone en principio, a que los interesados resuelvan entonces conjuntamente desistir del procedimiento liquidatorio” Pag. 386. Vicente y Gella. *Curso de Derecho Mercantil Comparado*. Tomo Segundo. Zaragoza. 1948.

⁴ “*El convenio del concurso: contenido y procedimiento*”. Alberto Nuñez-Lagos. Actualidad Jurídica (Uría y Menendez). Número 6. Año 2003. Pag. 35.

A este respecto, se piensa en los intereses privados afectados por la crisis (los acreedores) frente a los intereses públicos involucrados en la conservación. A nuestro entender, considerar interés privado el cabal funcionamiento del mercado, esto es, la reciprocidad en las transacciones comerciales y el funcionamiento del crédito⁵, y de interés público⁶, la permanencia de una única empresa en el comercio, no es del todo exacta. Vestir a un santo desvistiendo a ciento no es la solución más adecuada. Un mercado sano, en donde exista seguridad en cada una de sus negociaciones, es la mejor garantía de prosperidad social y de creación de nuevas empresas, así como, un sistema comercial de este jaez, atraerá inversiones extranjeras y contribuirá a estrechar todavía más los lazos con el comercio internacional que es, realmente, donde descansa el crecimiento y la expansión de una economía.

Con ello decimos que el procedimiento de quiebra se estableció en interés de los acreedores⁷ - no del deudor - para lograr una satisfacción ordenada y proporcional a sus créditos.

Por ello, el mentado carácter conservador de la Ley en lo concerniente a la permanencia de empresas a través de los convenios, no quiere ser tomado de forma absoluta. Ciertamente es que, algunas empresas, por sus características, magnitud y por su evidente situación, han de ser conservadas, al tiempo que un convenio conservativo ha de excusarse en todos los demás casos. Una considerable facturación o <<turn over>> de la empresa, atestigua un posicionamiento en el mercado, así como una demanda de sus productos. En este supuesto, mediante supresión de gastos, se podría hacer viable ese proyecto empresarial en algunos casos.

⁵ *La Suspensión de Pagos*. Torres de Cruells. Barcelona. 1957. BOSCH. Pag. 14 “En su esencia, el crédito es la confianza que inspira una persona de que cumplirá estrictamente sus compromisos en el modo, lugar y tiempo convenidos...” “[...] el crédito [...] es un elemento esencial en el comercio, porque permite, mediante el uso de capitales ajenos, la realización de operaciones en mayor escala [...]”. Pag. 13 “Esta disciplina (concurso) protege los intereses públicos y colectivos del crédito, de la economía y del comercio y los particulares de las empresas y los acreedores [...]”

⁶ *La Reforma de la Legislación Concursal*. Director: Angel Rojo. Coordinación: Ana Belén Campuzano. Editorial Marcial Pons y Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles de España. Madrid. Barcelona. 2003. Angel Rojo. Pag. 103 “[...] modificación de los planteamientos para la reforma de la legislación concursal europea: de una función prevalentemente de conservación se ha pasado a una función prevalentemente solutoria, es decir, a una función en la que se prima el interés de los acreedores a la satisfacción ordenada de los respectivos créditos. Se considera que, para el interés general, es preferible que los acreedores obtengan satisfacción, y no fomentar, más allá de los límites objetivamente razonables, la conservación de las unidades productivas. La conservación de la empresa a costa de los acreedores genera o, al menos, es susceptible de generar un efecto reflejo en las economías de esos acreedores, muchos de los cuales entrarán en situación de auténtica insolvencia [...]”

Cuando un mercado expulsa a una empresa de su seno siempre media alguna razón objetiva que, si procede de una mala gestión, podrá subsanarse (tomando siempre las oportunas medidas), pero si es por falta de demanda, exceso de competencia en el ramo, ect... no tiene corrección posible⁸. En este sentido también se manifiesta la EM de la ley al aclarar que el convenio “puede ser” un instrumento para salvar las (empresas) **total o parcialmente viables** y, por consiguiente, “*destinado a satisfacer los créditos de los acreedores y no a mantener a toda costa unidades productivas ineficientes*”⁹. Por todo lo referido, se acusa la inexistencia de algún precepto que ordenara la liquidación de forma directa, pasada la fase común del concurso, ante estructuras empresariales claramente inviables.

Ya “*En la edad Media el tráfico mercantil se regula predominantemente por los usos recogidos en los Estatutos de las Corporaciones*”¹⁰ de forma que son los gremios los que, atesorando de forma corporativa el conocimiento y el desarrollo tecnológico de su oficio, se erigían como principales operadores mercantiles. La formación de estas organizaciones, algunas de las cuales han subsistido hasta principios del s. XIX, era lenta y minuciosa y contaban con gran arraigo y experiencia en su ramo a la par que un riguroso pensamiento y filosofía de grupo. Su conservación era materia más de interés común que de subsistencia de un “proyecto” comercial concreto. En la actualidad, la fácil y sencilla constitución de sociedades, algunas sin un norte prefijado, sin arraigo y con carencias estructurales, fruto más de la precipitación propia del sistema capitalista que de un complejo y meditado proyecto empresarial, hace innecesario, en su mayor parte, un proteccionismo estatal a todo trance.

Pero en la medida que el convenio facilita y agiliza el pago a los acreedores, siendo este el fin prioritario del procedimiento concursal, se ha de permitir, si así los acreedores lo consienten, dentro de los oportunos y favorables límites establecidos en la novísima legislación concursal, llegar a un acuerdo con el deudor.

El convenio ha de entenderse como una comunidad de intereses forzosa en la que se mezclan elementos de las sociedades (negociales) y procesales, al imponerse a las minorías la decisión mayoritaria.

⁷ U.S. Code. Title 11 Bankruptcy, Chapter 11- Reorganization, Subchapter II- The Plan. Sec. 1123 Contents of plan. “(a) A plan shall- (7) contain only provisions that are consistent with the interests of creditors and equity security holders [...]”

⁸ “The quantity of every commodity which human industry can either purchase or produce naturally regulates itself in every country according to the effectual demand, [...]” *The wealth of Nations*. Pag. 381. Adam Smith. Ed. Everyman’s library. 1991. Printed in Germany.

⁹ Op. Cit. Núñez-Lagos. Pag. 36.

Dado lo procedimentalizado, lento y costoso del convenio concursal, crear un trámite de convenio previo al judicial, sin los gastos y dilaciones adherentes a este tipo de procesos, sería en el futuro una fórmula muy deseable¹¹. En estos casos se ofrece una salida a la insolvencia de un comerciante negociando con sus acreedores en un momento en que todavía puede ofrecer una solución privada a sus impagos. Esta es más ágil y suele ser más ventajosa.

En la exposición de la presente materia seguiremos el orden contenido en la norma para ser más exhaustivos en su examen.

II.- FINALIZACIÓN DE LA FASE COMÚN DEL CONCURSO.

Los dos pilares fundamentales en los que va a descansar el ulterior desenvolvimiento del procedimiento concursal van a ser el inventario y la lista de acreedores. Es por tanto innegable que de ambos instrumentos habrá de depender un cabal término del procedimiento. Además, es por esos dos indicadores a través de los cuales los acreedores se hacen una idea de lo que pueden pedir al quebrado y sobre sus expectativas económicas.

III.- DE LA PROPUESTA DEL CONVENIO Y LAS ADHESIONES.

En materia de convenio, como se ha dicho, el objetivo buscado, tanto en la anterior regulación como en la presente, es claro e inconcuso: “*la satisfacción de los acreedores por procedimiento diverso de la liquidación en el juicio de quiebra*” y así su contenido expresa el “*modo de satisfacer los créditos contra el común deudor*”¹².

¹⁰ Garrigues. Op cit. Pag.88.

¹¹ *Diario de sesiones del congreso de los Diputados*. Comisiones. Justicia e interior. Año 2002. VII Legislatura. Num. 604. Sesión num. 74. Sesión celebrada el martes, 29 de octubre de 2002. Pag. 19726. Angel Rojo. “[...] Por lo que se refiere al derecho de prevención, está sin construir.” El Prof. Angel Rojo plantea en su comparecencia la posibilidad de dos tipos de reformas: Normas Societarias y regulación de convenios extrajudiciales para prevenir el estado de concurso y no tratar tan avanzada la crisis de una empresa.

¹² Ramirez. Op. Cit. Pag. 136.

REQUISITOS FORMALES:

La nueva legislación concursal establece dos tipos de convenios: el anticipado y el ordinario. Del primero y sus prolegómenos hablaremos en el punto siguiente.

En lo que atañe y toca al convenio ordinario, esto es, aquel que se aprueba una vez concluida la fase común del concurso, la ley legitima, en principio, para presentarlo tanto al deudor como a los acreedores que representen 1/5 del importe de los créditos (art. 99), excepción hecha del caso contenido en el art. 113.2., en donde se ha de contar con la adhesión inicial de ambos. La propuesta además ha de ir firmada por el deudor o/y los acreedores proponentes (véase representantes de estos) y, en el caso de contener compromisos de terceras personas para la materialización del convenio, con la firma igualmente de éstas. Evidentemente, todas las firmas habrán de ir legitimadas. Parece que la ley, por economía procesal, no quiere que se malgaste el tiempo en convenios sin un principio de prosperabilidad, en tanto, no admite, como la anterior regulación¹³, la proposición de convenio por cualquiera de los acreedores, solicitando, en propuestas a cargo de éstos, una adhesión inicial de, al menos, 1/5 del pasivo.

CONTENIDO:

La exposición de motivos de la ley 22/2003 de 9 de julio dice:

“El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud”.

La antigua regulación sobre quiebras permite (art. 898 Cco de 1885) cualquier convenio entre quebrado y acreedores en tanto no contravenga la ley o ataque las bases del ordenamiento¹⁴. No obstante, ello se justificaba en tanto, al ser la antigua legislación más severa con el quebrado, la presión a la que se veía sometido éste y la posibilidad de ser rehabilitado, le inclinaba decisivamente a acercar sus intereses a los de los acreedores. En lo concerniente a las suspensiones de pagos, el Código de Comercio de 1885 (art. 872), establecía un límite de tres años y, haciendo honor a su nombre, no

¹³ Vicente y Gella. Op Cit. Pag. 388, Ramírez Op. Cit. Pag. 175, *“Derecho Concursal”*. Pag. 629. Tomo II. Francisco Pedreño Maestre. Antonio Baró Casals. Cedecs Editorial, S.L. Barcelona. 1999 y Auto de 29 de Octubre de 1999 de la AP de Oviedo, Sección 5ª.

¹⁴ “El convenio, en conclusión, no puede contener ningún pacto o estipulación que sea contrario a la ley, a la moral o al orden público. Así resulta, incuestionablemente, del art. 1255”. Ramírez. Op cit. Pag 145.

permitía las quitas. La provisionalmente promulgada¹⁵ ley de Suspensiones de pagos de 26 de Julio de 1922, rompe con estos límites en casos de aprobación reforzada, desentendiéndose de la verdadera función que habría de cumplir ese remedio procesal, esto es, aplicarse a casos en donde una sociedad diligente, conservando todavía la administración y proyección futura de su negocio, necesitaba simplemente retrasar sus pagos para hacer frente a sus deudas. Las quitas corresponderían más a un procedimiento de reorganización o reflatación empresarial.

En este punto hemos de añadir algo. Garrigues ha dicho “*Sólo una diversidad de exigencias vitales puede justificar una diversidad de ordenamientos jurídicos*”¹⁶. Una de las notas que justifican la separación entre los dos ordenes (mercantil y civil) y hacen rechazar “*la complejidad y formulismo... los plazos demasiado largos*”¹⁷ del derecho civil en el derecho mercantil, es la “*Escrupulosa utilización del tiempo y la coyuntura*”¹⁸ de la práctica comercial, que hace necesario “*recursos jurídicos rápidos para la rápida realización de las exigencias de comercio. (Consecuencia: contenido típico de los apoderamientos mercantiles)*.”¹⁹. Una empresa no puede suspender su actividad esperando el pago o recepción de unos recursos, si no que, merced a la necesidad de mantener y consolidar continuamente su estructura (tiene trabajadores contratados, medios de producción en marcha, suministros contratados,...), ha de seguir operando en el tráfico remediando sus pérdidas financieras a cada paso. Por ello, la mora o el incumplimiento mercantil produce mayores perjuicios que el incumplimiento civil. En este mismo sentido se pronuncia Vicente y Gella²⁰ y considera de mayor daño la dilación que la quita en el pago de los créditos. Por tanto incluso las esperas son muy perniciosas para el acreedor y no habríamos de alabar excesivamente a los pocos que satisfacen la totalidad de los créditos mediando ya una suspensión larga en sus pagos.

Ante este permisivo marco, y tras las múltiples experiencias del régimen todavía vigente, la presente ley acierta al poner coto y límite a la facultad negociadora de las partes, en tanto, el procedimiento concursal no puede constituir un mecanismo general de reducción de deudas, y tomar acuerdos demasiado desventajosos para los acreedores,

¹⁵ El art. 873 del código de 1885 es el que preveía y ordenaba la promulgación de una ley de suspensiones de pagos: “El expediente de suspensiones de pagos se acomodará a los trámites marcados en la ley especial [...]”

¹⁶ Garrigues. Op. Cit. Pag. 3.

¹⁷ Garrigues Op Cit. Pag. 25

¹⁸ Garrigues. Op. Cit. Pag. 12.

¹⁹ Garrigues. Op. Cit. Pag. 12.

pondría en entredicho, incluso, los créditos mismos devengados en el tráfico. De este modo el art. 100.1 de la nueva ley concursal reza:

“La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita y espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio.”

La nueva regulación prevé una excepción para aquellas empresas cuyas actividades puedan “*tener especial trascendencia económica*” (100.2). El plan de viabilidad, del que más tarde se hablará, habrá de contemplar tal extremo, así como haberse emitido el correspondiente informe de “*la Administración Económica competente*”. También el citado artículo contiene la necesidad de que sean solicitadas tales pretensiones de parte. La amplitud del concepto de especial trascendencia económica no nos permite aclarar sus implicaciones. El proyecto de ley concursal de 23 de julio de 2002 remitido a las Cortes por el Gobierno, empleaba el término “*especial trascendencia para la economía nacional*” (99.1). El cambio de dicho término respondía a que tal concepto excluía a las empresas importantes (vitales) para la economía autonómica y local²¹. Si ya el término más acotado de trascendencia en el ámbito nacional nos remitiría vagamente al jaez de su actividad o al volumen de su negocio²², no obstante, la especial trascendencia económica relativiza en exceso el supuesto al que hemos de aplicar la presente norma.

En la novísima regulación sigue descansando la capacidad decisoria en el juez (el Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001 postestaba al gobierno para desvincular a las empresas deudoras de los límites de negociación de ley, respecto de <<empresas en crisis vinculadas a sectores en proceso de reestructuración>>), por tanto éste habrá de determinar la existencia de esa especial trascendencia económica de la empresa, sin embargo, oirá primero a la Administración competente, algo, a nuestro

²⁰ “[...](ya que el acreedor) necesita los fondos continuamente para satisfacer los giros de su tráfico, nos pronunciamos, sin vacilar, en el sentido de considerar de mucha mayor gravedad la dilación que la disminución en el pago[...].” Vicente y Gella Op. Cit. Pag. 317.

²¹ *Derecho Concursal. Estudio Sistemático de la ley 22/2003 y de la ley 8/2003 para la Reforma concursal. Dirección: Rafael García Villaverde, Alberto Alonso Ureba, Juana Pulgar Ezquerra. Autores varios. Editorial Dilex, S.L. Paracuellos del Jarama. Madrid. 2003. Juana Pulgar Ezquerra. Pag. 448.*

juicio, asaz de conveniente en mérito a su neutralidad y experiencia en ese campo. Como se ha referido, la continuidad de una empresa no es un acto de voluntad sino de posibilidad²³ y han de existir fundadas razones económicas para autorizar la permanencia de una empresa en demérito de los acreedores.

Visto el interés del legislador por favorecer el acercamiento de posturas para alcanzar un convenio conservativo, la nueva ley habilita algunas fórmulas más flexibles para alcanzar un acuerdo con los acreedores. Entre ellas están la conversión del crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o en créditos participativos, la facultad de incluir en el convenio propuestas alternativas que consigan concertar la voluntad de un mayor número de acreedores...

La novedosa enajenación de unidades productivas de la empresa deudora (o del deudor) con el compromiso de que sigan siendo empleadas por el adquirente, dificulta la negociación pero se aviene a los fines perseguidos por la ley. En estos casos habrán de ser oídos los representantes de los trabajadores. No obstante, evidentemente, se permite también la liquidación de bienes particularmente considerados al rezar el art. 100.4 “[...] procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado.”

Tajante se muestra, sin embargo, la novísima regulación concursal, al prohibir expresamente las cesiones de bienes para o en pago de créditos (datio in solutum/ pro solvendo) y los convenios liquidatorios, separándose con ello de la anterior legislación, y de una práctica nacional secular.

En lo que toca a la supresión de las cesiones para la satisfacción de los créditos, la nueva ley opta por una imposición muy oportuna, en tanto, si el principal aforismo que da carta de naturaleza y justifica el procedimiento concursal es “*el pago ordenado y proporcional de los acreedores*” (par condicio creditorum), era un contra sentido de la anterior legislación, permitir este tipo de cesiones, pues éstas pueden llegar a generar tratamientos muy desiguales entre los acreedores. Esto es, que mediante la cesión en pago de una deuda un acreedor puede percibir más que otro que haya recibido su crédito en metálico.

En cuanto a la interdicción de convenios liquidatorios, a nuestro modo de ver, no es tan adecuada su supresión, en tanto, éstos podrían llegar a acelerar y simplificar los

²² Juana Pulgar Ezquerro. Op. Cit. Pag. 448 y Angel Rojo. Op Cit. Pag. 102. Como dice el Prof. Rojo, ya el Proyecto de Ley no establecía “criterio alguno que pueda orientar al Juez en esa delicada decisión.”

²³ A. Rojo. Op Cit. Pag. 103.

trámites de la liquidación en provecho y beneficio de todos, y son más rápidos y baratos que las liquidaciones judiciales de una empresa.

En ese mismo párrafo (100.3) se prevé, como contenido apto del convenio, la fusión o escisión de la persona jurídica concursada para readaptarse a las circunstancias del mercado, intentando así atajar el precedente problema que hizo desembocar al deudor en el procedimiento concursal.

PLAN DE PAGOS:

El trato privilegiado que se otorgaba al deudor en las Suspensiones de Pagos provocó establecer en la práctica este tipo de planes, los cuales avalaban y respaldaban decisivamente el convenio. En la actual regulación este requisito se ha impuesto de forma expresa. En tanto toda empresa es un organismo dinámico que está expuesto a riesgos financieros continuos, es conveniente aportar un esquema en el que se aclare y concrete la forma y el momento de recepción de los pagos así como los recursos que se van a emplear a tal efecto. Además este plan otorga seriedad, credibilidad y realismo al convenio.

Es este mismo espíritu el que impone que se tengan por no puestas las cláusulas que supediten la validez de un convenio a una condición a causa de la inseguridad que genera e, igualmente, impidiendo estorbar y hacer baldío todo un proceso concursal. Queda a salvo en *“los concursos que se hubieran declarado conjuntamente o cuya tramitación se hubiera acumulado”* (Art. 101) la posibilidad de condicionar la aprobación de uno de los convenios al otro. Nos imaginamos aquí casos de empresas vinculadas,...

PLAN DE VIABILIDAD:

En el supuesto caso de que, para la satisfacción de los créditos, se hayan previstos los próximos ingresos procedentes de la continuación “total o parcial” de la actividad empresarial del concursado, se presentará, por el (los) artífice(s) de la propuesta, un plan de viabilidad junto con el de pagos que fundamente esa prospectiva.

El recurso a nuevos créditos externos para sacar a flote a una compañía, no es, generalmente, muy adecuado. Supone obligar al mercado a implicarse más en una empresa que ya (por la razón que sea) ha mostrado su inaptitud para el tráfico mercantil.

Con el informe de evaluación sobre la propuesta de convenio (art. 115.3) y el informe sobre la viabilidad (104.2 y 115.3), se podría pensar que la administración

judicial ostenta un protagonismo concluyente en el transcurso del proceso. A este respecto, hay que señalar, que la toma de todas las decisiones ha de reposar en la verdadera fuente de autoridad que tiene en mente un conjunto de valores que trascienden la mera esfera técnica y que atienden más al sentido de las cosas y a los valores protegidos por el sistema jurídico²⁴. A la administración judicial no se le puede atribuir, pues, autoridad ninguna y funciona como un órgano auxiliar del juez en todo momento.

Es importante mencionar, en lo que atañe al derecho transitorio, el numeral 4 de la disposición transitoria primera y la disposición adicional primera.

“Disposición transitoria primera. Procedimientos concursales en tramitación.

4. Las proposiciones de convenio que se formulen con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley en cualquiera de los procedimientos concursales a que se refiere esta disposición transitoria deberán cumplir los requisitos establecidos en los artículos 99 y 100 de la referida Ley. En la tramitación y aprobación de estas proposiciones conforme al procedimiento que en cada caso corresponda, será de aplicación lo establecido en el artículo 103, en el apartado 3 del artículo 118 y en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 121 de esta ley, debiendo entenderse que el plazo para la presentación de adhesiones escritas comprende desde la presentación de la propuesta de convenio hasta el momento de formación de la lista de asistentes a la junta en que será sometida a aprobación, salvo que se trate de suspensiones de pagos o quiebras de sociedades en las que el convenio deba aprobarse sin celebración de junta, en cuyo caso ese plazo será el señalado para presentar adhesiones en el correspondiente procedimiento.”

“Disposición adicional primera. Referencias legales a los procedimientos concursales anteriormente vigentes. Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta Ley poniéndolas en relación con las del concurso regulado en ésta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad y, en particular [...].”

Por tanto, aquellos procedimientos concursales que se sustancien a través de la anterior regulación y propongan un convenio tras la entrada en vigor del nuevo régimen (1 de septiembre de 2004), habrán de someterse a los requerimientos formales del art.

²⁴ En la legislación americana (U.S. Code) el órgano jurisdiccional tiene que aprobar o rechazar el “disclosure statement”, una especie de informe de la administración judicial. Title 1.Sec. 1125 (b).

99 y a los límites de contratación establecidos en el art. 100, algo, a nuestro juicio, muy oportuno. Igualmente habrá de evacuar la sindicatura un plan de pagos en las quiebras y, en caso de que proceda, un plan de viabilidad. Lo referido al art. 103, 108.3 y el segundo párrafo del artículo 121.4 pone muy al vivo la voluntad del legislador de favorecer la aprobación del convenio en los casos en que sea posible. En consideración a los diferentes criterios rectores de ambas normativas (la antigua y la nueva) lo dispuesto en la disposición adicional primera tendrá una aplicación, a lo menos, nada sencilla. Los corolarios que de estas dos disposiciones se desprenden podrían tomar todo un comentario completo así que dejamos a la interpretación del lector las ulteriores consecuencias de estos dos preceptos.

IV – DE LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.

En un intento por acortar este tipo de procedimientos, el legislador ha introducido la figura del convenio anticipado. De este modo es factible tramitar una propuesta de convenio en la fase común del concurso.

La presentación de esta propuesta de convenio anticipado ha de partir del deudor y puede hacerse (art. 104) con la misma solicitud de concurso voluntario o desde la presentación del concurso necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de los créditos.

En cualquier caso, un tipo de propuesta de esta naturaleza, responde normalmente a un mayor control, anticipación e iniciativa del deudor sobre sus negocios, el cual, percatado del problema y de las soluciones de la crisis, formula una solución viable y realista para la superación de esa situación desde el inicio. Quizás esa sea la causa por la que la nueva ley, frente a este tipo de propuestas, es más tolerante y (art. 104.2), a solicitud del deudor (Art. 106), en los casos en que se requiera continuar con la actividad empresarial para el pago de los créditos (art. 100.5), el juez podrá, motivadamente, consentir la superación de los límites de negociación generales del convenio, acerca de los cuales se hablará más adelante.

Existen, sin embargo, casos en los que la ley proscriba al deudor la presentación de una propuesta anticipada. Estos se hallan contenidos en el art. 105 que reproducimos:

“1. No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

1° Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

2° Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación de depósito de las cuentas anuales.

3° No figurar inscrito en el Registro Mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria.

4° Haber estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación hayan transcurrido tres años desde la conclusión de aquél.

5° Haber realizado dentro de los tres años anteriores a la fecha de solicitud del concurso alguno de los siguientes actos:

- a) Disposición de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades de uso.*
- b) Disposición de bienes o derechos a título oneroso a favor de un tercero o de alguna de las personas relacionadas con el concursado a que se refiere el art. 93, realizada en condiciones que, al tiempo de su celebración, no fueren las normales de mercado.*
- c) Pago de obligaciones no vencidas.*
- d) Constitución o ampliación de garantías reales para el aseguramiento de obligaciones preexistentes.*
- e) Otros actos que hayan sido declarados en fraude de acreedores por sentencia, aunque no haya alcanzado firmeza.*

6° Haber incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso o haber infringido durante la tramitación del concurso alguno de los deberes u obligaciones que impone esta ley.”

Estas causas obrarán tanto si se manifestasen antes como durante la tramitación de la propuesta anticipada de convenio. No obstante, la causa sexta, que se relaciona

con el art. 5 - esto es: que el deudor haya incumplido el deber de declarar el concurso en los dos meses siguientes al día en que debió conocer su insolvencia - generará complicaciones en su apreciación. Estas complicaciones provienen de la dificultad de valorar una empresa y los recursos financieros previsibles de la misma, puesto que se compone de muchos activos de diversa naturaleza y algunos de ellos tienen solo valor potencial²⁵. Por ello, demostrar el incumplimiento de este deber ante un tribunal será asaz de difícil y complejo, lo que ocasionará que, en muchas ocasiones, en los concursos necesarios, el deudor común pueda proponer este tipo de solución anticipada que le permite sobrepasar los límites de negociación establecidos en la ley. Además “*el acreedor se encuentra en una situación de asimetría de información*”²⁶ frente al deudor que esta al corriente de sus finanzas. Era mucho más fácil de comprobar por el juez el indicador que proponía el antiguo código de comercio de 1885; este era el sobreseimiento “en el pago corriente de sus obligaciones”²⁷.

Para impedir que esta propuesta anticipada sea un artificio o maquinación del deudor con el fin de alargar aún más el procedimiento o de que esta propuesta sea inviable, es menester que, al menos 1/5 del total del pasivo la avalen inicialmente (art. 106). El juez puede rechazar la propuesta anticipada de convenio, si no se cumplen los requisitos legales, sin admitir recurso al respecto al ser tan objetivos y claros los requisitos (art. 106.4). Sin embargo, ¿qué sucedería si, al tiempo del reconocimiento de los créditos, el 20% que se requirió para la presentación de la propuesta anticipada de convenio no hubiera sido reconocido? ¿Redundaría esto en perjuicio de los intereses de los acreedores si es finalmente aprobado? Nosotros pensamos que no, en tanto, esa adhesión inicial, busca evitar que la proposición de convenio solo sea una maniobra dilatoria del proceso y, con la aprobación, se hubiera mostrado sobradamente la viabilidad de dicha propuesta anticipada de convenio.

Un nuevo obstáculo y dificultad se interpone en la tramitación de este tipo de propuestas y es un informe desfavorable de la administración judicial (107).

²⁵ Vicente y Gella. Op cit pag. 242. “[...] la imposibilidad de solventar los débitos [...] Lo que sucede es que esta última es muy difícil de determinar, sobre todo para quien esta fuera del negocio [...]”

²⁶ Angel Rojo. Op cit. Pag.114.

²⁷ El Art. 874 es claro al ordenar que “Se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”. Lo cual hay que poner en relación con los casos en que procede la suspensión (art. 870) “El comerciante que, poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlo a las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos, que declarará el juez de Primera instancia de su domicilio en vista de su manifestación”. Y, entre otras sentencias STS de 29 de diciembre de 1927, STS de 16 de febrero de 1933 y STS de 12 de marzo de 1986.

La aprobación de este tipo de convenios se efectuará mediante adhesión escrita. El plazo para manifestar las adhesiones comprende desde la admisión a trámite del convenio hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores. Por tanto, en el momento de formalizar su adhesión, los acreedores no contarán con la lista definitiva de acreedores y ni con el inventario. El art. 108.2 reza: *“Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la secretaría del juzgado. En otro caso, se le tendrá por adherido en los términos que resultaren de la redacción definitiva de la lista”*. Por tanto, en todos los demás casos el deudor se encuentra vinculado a la aceptación que dio en su día con respecto a la propuesta anticipada. No obstante, olvida la ley que los acreedores se adhieren a un convenio en mérito a un conjunto de circunstancias, esto es, un pasivo y a un activo, cuyas cifras arrojan una posibilidad de pago concreta. En el caso de que el pasivo se vea reducido en la lista definitiva de acreedores o el activo (reflejado en el inventario) experimente un incremento importante que permita a la empresa ofrecer condiciones más favorables de pago, los acreedores no tendrían que estar sujetos a su aceptación, la cual realizaron casi a ciegas y por “error” acerca de la verdadera coyuntura de la empresa. Al igual que *“hasta la conclusión del inventario y la lista de acreedores (es decir, hasta el final de la fase común) los acreedores no están preparados para proponer un convenio ya que no pueden formarse su criterio sobre las posibilidades reales de que el deudor pueda cumplir un convenio o la posibilidad de exigir un convenio más oneroso al deudor”*²⁸, tampoco estarían en disposición de aprobarlo. El “disclosure statement”²⁹, en el Bankruptcy Title del U.S. Code, cumple la función, en este mismo sentido, de aportar adecuada información³⁰ (“adequate information”) antes de la aprobación del convenio. Este “disclosure statement” debe ser igualmente aprobado por el juzgado (1129 U.S.C. Bankruptcy - Title 11).

En consideración a este principio de información y de recta génesis de la voluntad de los acreedores, el art. 115.3 (en relación con el 115.2), emplaza a éstos a

²⁸ Núñez- Lagos. Op cit. Pag. 45.

²⁹ “An acceptance or rejection of a Plan may not be solicited[...] unless, at the time of or before such solicitation, there is transmitted to such holder the plan or summary of the plan, and a written disclosure statement approved” Title 11. Chapter 11 Sec. 1125. U.S. Code.

³⁰ “Nueva Ley Concursal. Ley 22/ 2003 de 9 de Julio. Comentarios, jurisprudencia aplicable y formularios”. Coordinadores: A. Sala, F. Mercadal y J. Alonso-Cuevillas. BOSCH, S.A. 1ª Edición.

adherirse al convenio (en la fase de convenio) una vez elaborado el informe de la administración concursal (el cual contiene todas las circunstancias de la empresa) y no al elaborarse simplemente el escrito de evaluación del plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad.

El Profesor González Bilbao ha equiparado el convenio anticipado con un convenio “casi” extrajudicial³¹ que, como si *dijéramos*, mediante el trámite judicial se “*eleva a público*”. Esto justificaría la rapidez de su adopción y prescindir, al tiempo de la aceptación, del inventario y lista de acreedores. No obstante, en este caso, no se entendería como este tipo de convenios permiten superar los límites de quita y espera genéricos (art. 100), si ha sido adoptado con tan pocas garantías. Por ello, este autor habla de que, este convenio esta reservado para el “*deudor con un proyecto viable de empresa*” y que solo “*tiene dificultades financieras temporales*”³², lo que, a nuestro juicio, implicaría un convenio con una mera espera en el pago de los créditos.

Las mayorías exigidas para su aprobación son las mismas que las determinadas para la fase de convenio. De estas hablaremos más adelante.

El art. 109 nos alecciona acerca de la aprobación judicial de la propuesta anticipada. Si la mayoría exigida se diera, esta aprobación se realizará en los cinco días siguientes de tener la lista de acreedores y el inventario definitivos si no se hubieran impugnado y, de haberse impugnado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones.

En cualquier caso, si no se alcanzase la mayoría exigida, el deudor podrá mantener su propuesta de convenio en la fase de convenio o pedir la liquidación.

V.- APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO.

La apertura de esta fase del procedimiento concursal se da cuando no se hubiera llegado a la presentación o aprobación de una propuesta anticipada del convenio en la fase común, ni se hubiera pedido la liquidación por parte del deudor (111.1 y 114.1).

Enero de 2004. Alberto Sala Reixachs. Pag. 554 “El principio de información, junto al de celeridad constituyen dos de los pilares básicos en los que debería descansar la normativa concursal”

³¹ Título del artículo: “*Flexibilidad del concurso para ofrecer una solución personalizada a la situación del deudor*”. Emilio González Bilbao. Profesor de Deusto. LA LEY. 15 de diciembre de 2003. Pag 16 (Punto I).

³² Emilio Gonzalez Bilbao. Op. Cit. Pag. 16 (punto I).

Existen tres formas de presentar un convenio para su tramitación en esta fase:

- a) Si el deudor art. (111.2) *“hubiera mantenido la propuesta de convenio anticipado, el juez, sin necesidad de nueva resolución ni de informe de la administración concursal, dictará auto convocando junta de acreedores”*.
- b) Propuestas planteadas precluido el plazo de comunicación de créditos y hasta la obtención de los textos definitivos relativos a la lista de acreedores y el inventario.
- c) Si en los dos momentos procesales anteriores no se presentase una propuesta, ya dentro de la fase de convenio, la ley (art. 113.2) habilita un último período desde el auto de convocatoria de junta hasta 40 días antes de la celebración de la misma.

En los casos a) y b), entre el auto de convocatoria de junta y la junta no podrán mediar más de 2 meses. En el tercer caso, podrán pasar hasta 3 meses (art. 111.2). Si se dejan precluir estos períodos o plazos legales sin presentar ninguna propuesta, el juez acordara la apertura de la fase de liquidación.

En el caso b), esto es, cuando la propuesta de convenio se presenta transcurrido el plazo de comunicación de créditos (art. 113.1), hasta la obtención de los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores, la proposición puede partir o del concursado o de los acreedores que representen un 20% de los créditos.

En el tercer caso (c)), puesto que nos encontramos en un momento más avanzado del proceso, la propuesta que se presente deberá ir suscrita, de consuno, tanto por el concursado como por los acreedores que representen un 1/5 del pasivo (art. 113.2).

Cabría plantearse si un concursado que ya propuso un convenio anticipado, puede cambiar su propuesta por una distinta, en lugar de adherirse a la ya presentada en fase anterior³³. Según el tenor de la novísima regulación no sería agible. El art. 110.1 no se lo permite al deudor común, al rezar *“si mantiene la propuesta anticipada de convenio para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la*

³³ Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los diputados. Comisiones. Año 2002. VII Legislatura. Num. 604. Sesión num. 74. Martes, 29 de octubre de 2002. Comparecencia del Prof. A. Rojo. Pag.19726. “[...] si fracasa la propuesta de convenio anticipado tan sólo podemos discutir en la junta de acreedores la misma propuesta [...]”

liquidación". Igualmente, en el art. 113.2 se dice "*el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviera solicitada la liquidación*". La razón sobre la que, a nuestro modo de ver, descansa esta imposición es la de evitar que la presentación anticipada tuviera como único móvil la dilación del procedimiento, para menoscabar la resistencia moral de los acreedores. Se supone que un deudor común que ha propuesto con buena fe un convenio, no tendría por qué modificar sus términos avanzado el concurso, ya que él tendría, desde un principio, una visión interna de su contabilidad o de la empresa para emitir un ofrecimiento de pago objetivo y sensato. Sin embargo, se abre un cauce en el art. 113.2 que permite la presentación de una propuesta por el deudor, independientemente de que hubiera presentado una propuesta anticipada en fase anterior, de común acuerdo con un 20% de los acreedores.

La admisión a trámite del convenio se producirá en los cinco días siguientes de su presentación ante el juez. Aquel será examinado en las condiciones de tiempo, forma y contenido expresadas en la ley. El juez puede emplazar a aquellos que hayan presentado el convenio para que subsanen cualquier defecto advertido, en el plazo de tres días. Si no se admitiera ninguna propuesta, y precluyeran los plazos de presentación, el juez, de oficio, ordenará la apertura de la fase de liquidación (art. 114).

Una vez admitidas a trámite las propuestas no se podrán modificar ni revocar, en tanto, ello podría nuevamente responder a maniobras dilatorias o que dificultarían su tramitación. Tras la admisión se remitirá la propuesta a la administración concursal para que se emita una evaluación respecto del plan de pagos y, en su caso, el plan de viabilidad³⁴.

El art. 111.2 reza que se ordenará mediante auto convocar junta de acreedores de acuerdo con lo establecido en el art. 23. Por tanto, se requiere, además del auto, un acto formal de convocatoria que cumpla los requisitos de publicidad establecidos para el auto de declaración del concurso³⁵.

VI.- JUNTA DE ACREEDORES.

³⁴ El §240 InsO, permite modificar el plan en consideración de las discusiones habidas acerca de la propuesta.

³⁵ Juana del Pulgar. Op. Cit. Pag. 458.

Por naturaleza, todo procedimiento es garantista, esto es, garantiza los derechos de ambas partes y establece un orden que auspice y favorezca una conclusión conveniente y justa de las causas planteadas. Las formalidades en la aprobación del convenio atienden, igualmente, a un idéntico fin, esto es, tratan de asegurar una formación y exteriorización de la voluntad de los acreedores, lo más perfecta y cabal posible. En este caso el desenvolvimiento reglado de la reunión en junta, los plazos mínimos entre la presentación de una propuesta de convenio y la celebración de la junta (para que haya tiempo de estudiarla), la comprobación de los asistentes, la forma de las deliberaciones...son algunos de los elementos que contribuyen a ello.

CONSTITUCIÓN Y ASISTENCIA:

La consideración central de la, todavía aplicable, legislación de quiebras y suspensiones de pagos, es el acreedor, señor natural del concurso, el cual sufría los incumplimientos del deudor³⁶. La novísima regulación, a este respecto, ha experimentado un importante cambio de sentido. Las capacidades otorgadas a los acreedores en junta se han visto disminuidas casi únicamente a la aprobación del convenio. De este modo, ellos pierden capacidad de decisión en el reconocimiento de créditos, la calificación y clasificación de los mismos y en el nombramiento de la Administración Concursal (antes Síndicos³⁷).

“La junta se reunirá el lugar, día y hora fijados en la convocatoria” (art. 116). Se considerará constituida si a ella ha concurrido la mitad del pasivo ordinario del concurso. El deber de asistencia de la administración concursal, so pena de perder su remuneración, se comprende en tanto ha de aclarar, en el transcurso de la junta, el informe y las evaluaciones evacuadas por ella, para un mejor ejercicio del derecho de voto por parte de los acreedores. También el concursado está obligado a asistir, aunque sea a través de representante, a dicha junta, aunque su incomparecencia no daría lugar a la suspensión de la junta.

³⁶ La legislación alemana en su texto concursal (“Insolvenzordnung”) de 2 de octubre de 1994. Sigue otorgando a la Junta de acreedores la designación del administrador (§57) y un comité de acreedores (§68). Como parte interesada en la conclusión del concurso tratará, a través de estas dos figuras, de acelerar el proceso, reducir gastos que luego pueden repercutir en su bolsillo, plantear con el deudor convenios viables, ect...

³⁷ Según una de las acepciones de Síndico del diccionario de la RAE *“Persona elegida por una comunidad para cuidar de sus intereses”*, en este caso, comunidad forzosa de intereses.

Tendrán el derecho de asistir a la junta (art. 118) los acreedores que figuren en la lista definitiva. En el poder para la representación por medio de procurador se ha de hacer constar “*expresamente*” la potestad de acudir a juntas de acreedores en procedimientos concursales.

En consonancia con la declaración hecha en la exposición de motivos, al tratar de favorecer el convenio como solución consensuada en este tipo de procedimientos, el art. 118.3 y 121.4 consideran a los acreedores firmantes de las propuestas y a los adheridos en tiempo y forma, si no comparecen, como presentes a efectos del quórum de constitución y de voto respectivamente.

DELIBERACIÓN Y VOTACIÓN:

Lo primero que se hará es comprobar la acreditación de los comparecientes para asegurar una correcta formación de la voluntad de la masa. Se otorgarán tres intervenciones a favor del convenio y tres en contra, con lo que la ley supone suficientemente debatida una propuesta. No hemos que soslayar el derecho a la información que el art. 120 concede a los acreedores asistentes permitiendo pedir aclaraciones sobre las propuestas. Este derecho a la información es muy distinto del derecho de revisar la documentación relativa al deudor común y al convenio³⁸.

La asistencia de un acreedor dejará sin efectos su firma o sus adhesiones anteriores a la junta. De otra forma se presumirá que ha votado a favor del mismo.

No darán derecho de voto, los créditos subordinados (art. 92), entre los que se encuentran, entre otros, los antiguos créditos morosos (aquellos que no se presentan en tiempo³⁹) y aquellos que se hubieran adquirido por acto *inter vivos* después de la declaración de concurso, “*salvo que la adquisición hubiera tenido lugar por un título universal o como consecuencia de una realización forzosa*” (art. 122), para prevenir la formación artificiosa de mayorías. Tampoco, por su condición de créditos subordinados,

³⁸ Alberto Sala Reixachs. Op. Cit. Pag. 554.

³⁹ Tal presentación tardía de los títulos justificativos de los créditos retarda y dificulta el proceso. *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*. D. José María Manresa Navarro. Tomo V. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid. 1905. Pag. 211. “[...] no sería justo que fuesen de igual condición los que hayan comparecido en el juicio obedeciendo y respetando los llamamientos judiciales y los que hayan dejado de hacerlo; como tampoco que éstos pudiesen entorpecer los procedimientos con perjuicio de aquellos, [...]”

los de las “*personas especialmente relacionadas con el deudor*”⁴⁰. Los acreedores privilegiados no se tendrán presentes a efectos de quórum. Solo si el acreedor privilegiado se adhiere al convenio, se computará su crédito y pasará por el convenio, manteniendo el rango o prelación inherente a su privilegio. Normalmente a un acreedor que posee dos créditos, uno ordinario de más importancia que el privilegiado, puede serle provechoso adherirse al convenio también con respecto al segundo crédito, pasando por sus condiciones. En casos de que el acreedor que vote posea dos clases de créditos (uno privilegiado y otro ordinario) solo se computará como voto el correspondiente al ordinario, a menos que, expresamente, manifieste el mismo la voluntad de emitir su voto en relación al crédito privilegiado también (art. 123).

En lo concerniente a las mayorías establecidas para la aceptación de la propuesta de convenio (art. 124), se excluye en la novísima regulación el cómputo por cabezas del antiguo art. 901 (Código de comercio de 1885) y 14 LSP. La razón que justificaba este tipo de mayoría es que, cada crédito, con independencia de la cuantía de este, es más o menos importante en función de las circunstancias de cada empresa. La eliminación del voto por cabezas unido a la reducción de las mayorías necesarias para la aprobación de un convenio - ya que el art. 124 de la ley 22/2003 de 9 de julio solo exige para la aprobación del convenio la mitad del pasivo ordinario del concurso - afectan a los intereses de las pequeñas y medianas empresas. Sería menester, por tanto, lograr una mayoría contando con las pequeñas empresas que, a pesar de tener créditos pequeños, necesitan de las cantidades adeudadas mucho más que las grandes compañías respecto de sus elevadas sumas. En la anterior regulación se consideraba al mercado en toda su dimensión, al igual que la importante función de las PYMES en la economía española, las cuales ofrecen un 65 % de los puestos de trabajo. Los seguros de crédito y caución, que en general solo son contratados por empresas de más de 6.000 millones de pesetas de facturación anuales, también velan por los impagos frente a estas grandes sociedades⁴¹.

Se flexibiliza aún más la aprobación, bastando con una mayoría simple (de los presentes en la junta), si los términos del convenio se circunscriben al pago inmediato

⁴⁰ La legislación austríaca no permite votar el convenio ni a los familiares ni a aquellas personas que hubiesen adquirido sus créditos hasta 6 meses antes de la declaración de concurso a no ser que voten en contra § 148 *Konkursordnung* y §43 *Ausgleichsverfahren*.

de créditos con una quita de menos de un 20% o el pago íntegro con una espera de menos de tres años. Esa salvedad recuerda a la mayoría reducida en las suspensiones del art. 14 LSP en caso que el convenio no superara la espera de 3 años. En cualquier caso, tanto en esos casos como en los de quiebra, se instauraba una mayoría muy superior que en la actual regulación (3/5 del pasivo).

PARTICULARIDADES DEL CONVENIO

Reproducimos el art. 125:

“1. Para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato similar 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.

2. No podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de estos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones.”

Llegados a este punto cabría preguntarnos si son posibles las quitas desiguales en los créditos ordinarios. A nuestro modo de ver y conforme al literal del artículo reproducido (*“trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características”*), sería factible un tipo de quita de esta naturaleza. No obstante, en consideración del art. 134.1, (*“Los acreedores subordinados quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios [...]”*), ¿cómo habrían de trasladarse las quitas a los subordinados? Aunque no es sencilla la cuestión, podríamos entender que, en este caso (ya que la ley no se

⁴¹ De igual modo, el voto por cabezas, es contemplado entre otros ordenamientos, por el alemán, en la Ordenanza alemana de insolvencia de 5 de Octubre de 1994 (§ 244), y el estadounidense en la sección 1126 (c) y (d), del Title 11- Bankruptcy.

manifiesta al respecto), habrían de prorratearse las quitas entre todos los subordinados para acatar el mandato del referido artículo 134.1.

ACTA DE LA JUNTA:

El levantamiento de acta por el secretario judicial (art. 126) es la piedra angular de la ulterior interpretación y cumplimiento del convenio. En éste se reflejan las intervenciones, aclaraciones y las votaciones que han conducido a su aprobación, cuando se ha desarrollado la junta de forma adecuada. Las nuevas tecnologías (art. 126.3) suponen un avance en la conservación de este tipo de registros

VII.- APROBACIÓN JUDICIAL DEL CONVENIO.

El término empleado por la legislación italiana a este respecto es “Guidizio di omologazione”⁴², esto es, juicio de homologación, con lo que se quiere significar que, si concurren las mayorías para aprobar el “concordato”, se abre un período en el que se “esamina el merito della proposte e la serietà della garanzie offerte e decide su tutte la opposizioni con unita sentenza”⁴³ (examina el mérito de las propuestas y la seriedad de las garantías ofrecidas y decide sobre todas las oposiciones con una única sentencia).

Es por tanto la aprobación una homologación en la cual se han de ver si concurren un conjunto de requisitos necesarios comunes a todo convenio y que garantizan los legítimos derechos de aquellos que participan en el proceso.

OPOSICIÓN:

Se podrá presentar oposición a la aprobación del convenio, en caso de convenio anticipado, en los 10 días desde que el Juez haya verificado que las adhesiones alcanzan la mayoría o, en caso de convenio ordinario, en los diez días después de concluida la junta.

La acción para interponer esta oposición la otorga la ley (art. 128) “*a la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ellas*

⁴² Real Decreto Italiano sobre Quiebra, el convenio preventivo, la administración controlada y la liquidación forzosa administrativa de 1942. Art. 129.

hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio, quienes no se hubiesen adherido a ella.”

En el conjunto de causas que pueden mover tal oposición se encuentran, la infracción en I) las normas acerca del contenido del convenio, II) la forma de las adhesiones, III) el contenido de las adhesiones y IV) la infracción de normas legales en la constitución de junta o en su celebración. Además de este segundo control general (art. 128), en cuanto a las normas acerca del contenido del convenio, la ley habilita un primer control al ser propuesto el convenio (art. 106.3 para propuestas anticipadas de convenio y art. 114 para convenios ordinarios) para evitar *“la tramitación de propuestas cuyo contenido sea ilegal, y con ello consumir inútilmente esfuerzos de los acreedores⁴⁴ (menoscabando su entereza) la administración y el propio juez”*. De esta forma, en esta segunda lectura deberá centrarse más el juez en la forma en que se ha obtenido el consentimiento de los acreedores⁴⁵.

En el numeral 2 del art. 128, se incluye la posibilidad de oponerse al convenio aprobado, conforme a la ley, por su futura inviabilidad. Así, para intentar ahorrar a los acreedores nuevos trances e incumplimientos, la ley establece una fórmula a través de la cual se puede declarar nulo un convenio desde el momento inicial de su aprobación. Valoramos esta iniciativa legal por el amparo que brinda a los acreedores y su anticipación frente a un previsible incumplimiento. No obstante, tenemos que hacer una anotación. Es una constante del ordenamiento jurídico otorgar acción en un proceso a aquel que tiene interés en el mismo y excusar toda acción a aquel que no representa ningún interés. En el presente caso de oposición se hace incomprensiblemente necesaria la intervención de la Administración judicial, que, a diferencia de la antigua regulación (sindicatura)⁴⁶, ya no representa interés alguno en el proceso, erigiéndose en un instituto auxiliar del cometido del juez (sometido siempre a su supervisión en las tareas que le son encomendadas). Es por ello que, en este caso, la administración estaría jugando con intereses extraños que, en ocasiones, pueden no estar de acuerdo con aquella.

⁴³ Real Decreto Italiano sobre... de 1942. Art. 130.

⁴⁴ Núñez-Lagos. Op cit. Pag. 37.

⁴⁵ Núñez-Lagos. Op. Cit. Pag. 37.

⁴⁶ Ver nota al pie núm. 37.

De acuerdo con el numeral 3 de ese mismo artículo 128, el concursado podrá igualmente hacer valer su oposición, si no hubiere presentado la propuesta de convenio ni le hubiere prestado su conformidad, por cualquiera de las causas antes mentadas. Ello nos da a entender que, en la aprobación del convenio, no es preceptivo el consentimiento del deudor común, algo que a nuestro entender complica en exceso las cosas, en tanto es un convenio entre deudor y acreedores⁴⁷. Aunque su comparecencia es exigida (la ley no determina las consecuencias que entrañaría su falta de presentación a la junta, a diferencia de la Administración concursal), no se le obliga a dar su anuencia o rechazo al convenio. No obstante, todas las causas legales de oposición que se reflejan en la ley son en favor y consideración de los acreedores, ya que, tanto los límites objetivos como las formas en que ha de prestarse el consentimiento al convenio protegen a los mismos (el deudor no tiene ya nada que perder sino que ganar), de tal forma que, son estos y no otros los que han de hacerlas valer. No podría entenderse como, no habiéndolas esgrimido los propios acreedores, las puede solicitar el deudor común. Así entendido, no se explicaría esta oposición del deudor más que como una argucia o artificio dilatorio⁴⁸. Otra cosa es la posibilidad última de pedir la liquidación si no le satisface al deudor la propuesta de convenio. A esto hemos de añadir la garantía que aporta la apreciación de oficio por el juez de las infracciones de las normas que la Leyes establecen sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta o su celebración.

La posible dilación que la oposición causa es compensada por la posibilidad de tomar medidas cautelares o de ejecutar provisionalmente el convenio, parcial o totalmente (129.4).

Tras conducirse la oposición por el trámite de incidentes (art. 192 y ss), el juez resolverá mediante sentencia, aprobando o rechazando el convenio. Si la sentencia estima la oposición por causa de vicio en la constitución o celebración de la junta, el juez convocará nueva junta con los mismos requisitos de publicidad exigidos (art. 111.2). En ella se volverá a discutir el convenio que se aprobó y, en caso de no aprobarse, los demás que se hayan propuesto, por el orden establecido en el art. 121.2.

⁴⁷ “El convenio o concordato es un contrato entre el quebrado y sus acreedores”. Pag. 1942. Ramírez 2ª Edición (1998). BOSCH, casa editorial, S.A.. Barcelona

⁴⁸ “ [...] al ofrecerle al deudor la falta de determinación legal de los requisitos de su conformidad la posibilidad de dilatar en el tiempo la ejecución de un convenio aceptado por los acreedores.[...]” Juana del Pulgar. Op cit. Pag. 463.

Si se apreciase infracción legal en la forma o en el contenido de algunas adhesiones (art. 131.2), el juez, concederá un mes para que aquellas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la Ley. En casos de estimarse la oposición al convenio por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva de su cumplimiento declarará rechazado el convenio. Dicha sentencia será recurrible en apelación. Esta apelación se tramitará con <<carácter preferente>> siguiendo las normas previstas para apelaciones en juicio ordinario (197.4 LC). Todo ello se articula para que los necesarios y garantistas requisitos procesales que acusa el trámite de aprobación del convenio no impidan que prospere un convenio cuando, en puridad, los acreedores se mostraban proclives a ello.

Cabe plantearse la interesante cuestión de que sucedería en el caso de que se estimara la oposición a un convenio ejecutado provisionalmente.

VIII.- EFICACIA DEL CONVENIO.

Eficacia temporal.- “El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación” (art. 133.1) salvo que se hayan suspendido (de oficio o a instancia de parte) los efectos del mismo, como consecuencia de un recurso de apelación del mismo.

Se permite automáticamente al deudor tomar el control sobre su actividad - salvo que el convenio establezca limitaciones (art. 137 LC) - una vez aprobado el convenio, al rezar el numeral 2 del art. 133 “Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso”. De cualquier forma, y en consideración de art. 163, en los casos que contiene ese artículo, habrá que esperar a la sentencia de la sección abierta de calificación, que podrá inhabilitar a los, artífices reales del daño, los administradores.

Sin embargo, subsisten los deberes de información y colaboración del deudor (art. 133.2) con el fin de vigilar el cumplimiento del convenio.

Eficacia subjetiva.-

Con respecto a los acreedores. El convenio se aplicará, una vez aprobado, a los acreedores ordinarios y subordinados. Los acreedores privilegiados solo se verán sometidos a éste si se hubieran adherido o hubieran votado el convenio y también en aquellos casos en que se hubiesen adherido a éste con posterioridad a su aprobación y

antes de la declaración judicial de su cumplimiento (art. 134.2) Los acreedores subordinados estarán sometidos a las mismas quitas y esperas que los acreedores ordinarios, no obstante los plazos de espera, respecto de aquellos, comenzarán a contar desde el íntegro cumplimiento del convenio frente a los acreedores ordinarios.

Con respecto a terceros.

La solución que da la novísima regulación a los casos en que hay obligados solidarios, avalistas o fiadores que responden de determinadas deudas junto, o en defecto, del deudor común, rompe en parte con la línea jurisprudencial trazada hasta la fecha por el Tribunal Supremo en esta materia, en tanto, se verán beneficiados los terceros obligados, en los mismos términos que el deudor común, si el acreedor frente a ambos hubiera votado a favor del convenio. Baste mentar la STS de 16 de noviembre de 1991 a este respecto

“[...] los acreedores tienen individualmente asegurado su crédito con cualquiera de los medios que la ley permite, como el aval, el seguro o la fianza, pues precisamente la insolvencia del deudor, que se evidencia mediante el expediente de suspensión de pagos, es lo que sitúa al fiador en la obligación de responder por la deuda insatisfecha, sin que en forma alguna pueda aprovecharse de las moratorias o facilidades concedidas al suspenso en el convenio[...]”.

Eficacia objetiva.- Las deudas a las que se deberá aplicar el convenio son aquellas que se contrajeron con anterioridad a la declaración del concurso, pues todos los créditos contraídos posteriormente⁴⁹ responden a la necesidad efectiva de llevar a término el convenio o la disolución, y posterior liquidación, de la empresa. Los créditos fundamentales, esto es, los créditos del tráfico hasta la fecha de la declaración, son los que representan al mercado, y de su satisfacción pende la fe o la desaprobación en el sistema. Inflar los segundos en ostensible merma y demérito de los primeros sería un error. El remedio concursal de ofrecer un cobro ordenado de los créditos no puede volverse más gravoso que la enfermedad, impagando casi totalmente los mismos.

Eficacia novatoria.- La nueva regulación considera novadas las deudas, esto es, establecidas nuevas obligaciones con respecto a los anteriores créditos. Esto zanja, ya, la discusión acerca de la novación o no en las obligaciones del convenio. Sin embargo,

como es conocido, el incumplimiento del convenio provocará, merced a su nulidad, el retorno de las obligaciones a su prístino estado antes del concurso (art. 140.4).

IX.- CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.

Es un triunfo de la actual legislación el suprimir el amplísimo elenco de privilegios que sujetaban la masa activa al pago de un número muy exiguo de acreedores. Mediante la actual ley se sigue protegiendo el sistema financiero y de préstamo, a través de ciertas garantías (fundamentalmente el crédito territorial), pero se extiende el pago a un mayor número de acreedores eliminando privilegios innecesarios. Esto contribuye a generar confianza en torno a los créditos devengados en el mercado. Tal cambio ya se explica en la EM “*Se pretende así evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos*”.

La novísima regulación concursal prevé, en su artículo 137, la posibilidad de limitar o acotar las facultades de administración o disposición del propio deudor en el convenio (con acceso a los registros públicos), so pena de declarar el incumplimiento del mismo si se infringen. El establecimiento en el convenio de cláusulas limitativas o prohibitivas de la administración al deudor son de todo punto inconvenientes para la celeridad del tráfico. Conculcan los pilares mismos donde descansa toda la estructura comercial contemporánea⁵⁰ en tanto, la inscripción de estas limitaciones, hace necesario, para cada transacción, el examen de la realidad registral. Esta es la causa por la que en el Registro Mercantil, en consideración al art. 124.4⁵¹ del RRM, nunca ha permitido la inscripción de las limitaciones de facultades de los administradores de una compañía ya que crearía mas inseguridad que certidumbre. Este precepto traerá aparejado, si el convenio tiene plazos de espera largos, situaciones de inseguridad ante

⁴⁹ Deudas de la masa. STS de 10 de abril de 1990: “[...] se consideren que redunden en beneficio de los acreedores y deban pagarse independientemente del procedimiento de la quiebra, aunque lo sean, como es natural, de la masa misma [...]”

⁵⁰ Garrigues ya habla de la rapidez y realización de negocios en masa como nota característica del comercio. Un comercio que progresivamente se ha ido acelerando desde entonces a través de las nuevas tecnologías (transferencias electrónicas, internet...). “A las mismas exigencias de la rapidez propia de la contratación en masa responden otras normas del Derecho mercantil que no tienen correlativo alguno en el derecho Civil [...]” Op. Cit. Pag. 29.

⁵¹ Reglamento del RM “No podrán inscribirse en el registro mercantil las enumeraciones de facultades del órgano de administración que sean consignadas en los estatutos.”

las previsible acciones de reintegración a favor de la masa que tanto se han querido acotar en el art. 71. Hubiera sido más práctica la extensión de la responsabilidad a los administradores que conculcaran el convenio en este sentido, en tanto, la profesionalidad y lealtad por la que han de distinguirse les hace igualmente garantes de los intereses de la empresa contenidos y formalizados en el convenio.

Una vez entrado en vigor el nuevo texto legal, y ya que es ley especial, se aplicará con preferencia a la general. Por ello, en todos los demás casos en que no medie un concurso será este precepto plenamente aplicable, maguer la Disposición derogatoria única párrafo 1, numeral 4: *“Así mismo, quedan derogadas cuantas normas se opongán o sean incompatibles con lo dispuesto en esta ley”*.

El art. 138 obliga al deudor a informar semestralmente al juez acerca de la observancia del convenio. Cuando el deudor considere cumplido el convenio presentará al juez un informe sobre dicho cumplimiento, con la justificación adecuada del mismo y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. Esta solicitud y su informe se podrán de manifiesto en la secretaría y, 15 días después, si el juez estimase su cumplimiento, lo declarará mediante “auto”, al que se dará la misma publicidad que a la aprobación del convenio.

Cabrá oposición a dicha declaración de cumplimiento por el acreedor, “en lo que le afecte” (interés como presupuesto de la acción) (art. 140), solicitando declaración de incumplimiento. Podrá ejercitarse desde el momento en que se incurra en dicho incumplimiento hasta pasados dos meses desde la última de las publicaciones del auto que declara el cumplimiento. Dicha solicitud se sustanciará por el trámite del incidente concursal (art. 192 y ss). Contra la sentencia que se dicte cabe recurso de apelación. El incumplimiento provocará la rescisión del convenio, volviendo los créditos a ser plenamente exigibles. En cualquier caso, el deudor deberá solicitar la liquidación, si prevé que no podrá cumplir en plazo las obligaciones contenidas en el convenio. En cuanto a la solicitud de liquidación a cargo del acreedor durante la vigencia del convenio (art. 142.4), no entendemos por qué el ordenamiento obliga a éste a probar alguno de los hechos que fundamenten la declaración de concurso, cuando, lo que en esta fase concretamente nos ocupa son las obligaciones contenidas en el convenio mismo.

En los demás casos, firme el auto de declaración de cumplimiento o rechazadas las solicitudes de incumplimiento por resolución judicial firme, el juez dictará auto de conclusión de concurso, al que se dará la publicidad prevista en los arts. 23 y 24.