

PRINCIPALES NOVEDADES EN EL DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL

Jorge López Curbelo

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis de las más significativas novedades tras la reforma concursal. La modificación operada viene a ser una actualización del Derecho concursal español en línea con los recientes cambios acontecidos en Francia, Alemania, Portugal y otros países europeos que tratan de dar una respuesta adecuada al tratamiento que debe otorgarse a las empresas en situación de crisis económica. Dada la complejidad de la cuestión tratada, la presente ponencia centra su atención particularizada en el modo en que el legislador español ha regulado la figura del convenio -como principal novedad-, que viene a erigirse en la solución concursal por antonomasia de la empresa en crisis. Se hace una breve referencia de carácter introductorio a la significación del convenio. Posteriormente se estudian los aspectos más novedosos de la nueva regulación, que inciden en algunas cuestiones tales como los requisitos de la propuesta de convenio, su contenido, tramitación, etc. Simultáneamente se realizan la valoraciones correspondientes a las novedades introducidas, tanto desde el punto de vista del Derecho español y de sus antecedentes como del Derecho comparado. En definitiva, se trata de exponer la última y más reciente reforma de un sector del Derecho mercantil, como es el Derecho concursal por tratarse de un tema de gran actualidad e importancia en la práctica empresarial. Tiene que ver, de manera muy especial, con el desenvolvimiento de la empresa ante una situación adversa y las soluciones que le brinda el ordenamiento jurídico de cara a una posible reactivación o saneamiento de la misma, lo que constituye una cuestión incardinable en el ámbito de la administración empresarial.

PALABRAS CLAVE: Derecho concursal, crisis empresarial, convenio, contenido, asunción del convenio

1. PLANTEAMIENTO

En la vigente legislación española en materia concursal dos son las soluciones previstas por el legislador ante el fenómeno de la crisis económica de la empresa o, más técnicamente, del empresario: el convenio y la liquidación. Vamos a centrar nuestra atención en la primera de las soluciones apuntadas por varias razones de distinta consideración. De un lado, la liquidación empresarial no es, desde el punto de vista de la continuidad de la empresa, una auténtica solución, pues toda liquidación implica la realización de los bienes del deudor para que con su producto los acreedores cobren sus créditos, lo que normalmente conlleva la extinción de la actividad empresarial. De otro lado, el breve tiempo de que disponemos exige que nos centremos en la gran solución por antonomasia del concurso de acreedores que es el convenio y que requiere tratamiento específico por las novedades que comporta su regulación.

Antes de la reforma concursal española, una de las piezas fundamentales en los procedimientos concursales mercantiles para remediar, en lo posible, la situación de crisis económica del empresario ha sido, y todavía lo sigue siendo, la institución del convenio, sobre todo, en su vertiente de convenio preventivo. En la Ley de Suspensión de Pagos (LSP) de 26 de julio de 1922, el convenio constituía la piedra angular fundamental de este procedimiento porque todo él estaba dirigido a la consecución del mismo. En la quiebra también gozaba de particular importancia, aunque en grado distinto por tratarse de un convenio resolutivo que, en el mejor de los casos, evitaba la liquidación de los bienes del deudor.

Los diferentes intentos de reforma de nuestra legislación concursal no pretirieron esta institución de tan honda raigambre en el Derecho concursal español. En este sentido cabe citar el Anteproyecto de Ley de Concurso de Acreedores de 1959, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 y la Propuesta de Ley Concursal de 1995. Tales trabajos prelegislativos contemplaron, aunque no de modo homogéneo, el convenio como una solución óptima o, al menos deseable, ante una situación de crisis económica.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA

En términos amplios, el convenio concursal constituye un negocio jurídico complejo de formación sucesiva por el que el deudor conviene con sus acreedores el modo en que ha de cumplir sus obligaciones, previniendo la ejecución colectiva y cuyos efectos se extienden a todos los acreedores desde la homologación o aprobación judicial del mismo (según sistemas y ordenamientos).

La construcción dogmática del instituto llevó a la doctrina científica a abordar por largo tiempo el fenómeno de la naturaleza jurídica de la figura con la idea de encontrar una fundamentación jurídica al problema de la eficacia *erga omnes* del convenio. De este modo, surgieron en la doctrina dos grandes corrientes de opinión: las tesis contractualistas y las tesis procesalistas. Las primeras explican bien el origen, formación y contenido del instituto en cuanto que entienden que estamos ante un verdadero contrato consistente en un acuerdo dirigido a reglar una relación jurídica patrimonial cuya fuente de regulación estriba precisamente en la voluntad de las partes. Sin embargo, a estas corrientes se les ha censurado que si bien para los acreedores asistentes a la Junta, en que se delibera y aprueba el convenio, se trata de un negocio jurídico bilateral, para los acreedores ausentes y disidentes se trata de un hecho jurídico al que la Ley liga las consecuencias jurídicas que se han producido contractualmente respecto de los asistentes a dicha Junta, con lo que no se avanza en la cuestión sobre el hecho concreto del que la Ley deriva los efectos vinculantes del convenio para todos los acreedores.

De otro lado, las tesis procesalistas suelen olvidar el substrato negocial inherente al convenio concursal al otorgársele un componente funcional sustitutivo en términos eminentemente procesales, que se deriva de una hipervaloración del desenvolvimiento del convenio dentro un cauce procedimental.

El convenio previsto en la nueva LC como tal convenio concursal y, por tanto convenio judicial y de masa, no es ajeno a esta polémica. Ubicar el instituto dentro de la corriente contractualista o procesalista implicaría crear una estructura rechazable en términos puramente jurídicos, porque lo cierto es que este convenio alberga simultáneamente en su seno dos elementos bien diferenciados: los contractuales (manifestación del consentimiento, juego de la oferta y aceptación y el propio contenido patrimonial) y los de carácter público que ser refieren a su desenvolvimiento procesal, a su aprobación y a sus efectos vinculantes.

La construcción jurídica de la figura obliga a admitir -como ya se apuntó en la doctrina italiana (Celoria y Pajardi en 1963)- que nos encontramos ante un instituto complejo en el que confluyen elementos negociales privatísticos condicionantes y elementos jurisdiccionales publicísticos determinantes. Una tesis muy similar fue acogida posteriormente por el Ministerio de Justicia español, a través de una RDGRN de 28 de enero 1987, y por dos recientes sentencias del Tribunal Supremo español (4 de julio del 96 y 8 de enero del 97).

3. EL CONVENIO EN LA LEY CONCURSAL (LC)

3.1. Introducción

Tras la pertinente tramitación parlamentaria, la materia del concurso de acreedores resultó definitivamente aprobada mediante la Ley 22/2003, de 9 de julio, que fue publicada en el BOE de 10 de julio de 2003. Esta LC, en consonancia con nuestra tradición concursal, contempla el convenio entre el deudor y sus acreedores como la solución normal y por antonomasia del concurso, siempre, naturalmente, que ello fuere factible, pues así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la LC cuando dice que se trata de "la solución normal del concurso, que la Ley fomenta con una serie de medidas...". De lo que se desprende que todo el procedimiento va dirigido primordialmente a la consecución del convenio por tratarse de la "solución normal", y, en su defecto, y como solución subsidiaria e indefectible se establece la liquidación forzosa.

Esta importancia a la que aludimos se ve reflejada en la extensión que la LC otorga a la institución: los artículos 98 al 141 (más de cuarenta largos artículos), insertados en el Capítulo I del Título V, que versa sobre "las fases de convenio y liquidación". Como consecuencia de los principios de unidad legal (unificación de aspectos materiales y formales), unidad de disciplina (único deudor civil-mercantil) y unidad de sistema (todas las instituciones en un único procedimiento), todos ellos acogidos por la LC, desaparece, en lo que al ámbito mercantil respecta, la terminología que distingue entre el convenio en la suspensión de pagos y el convenio en la quiebra para hablar únicamente de convenio concursal a secas como única solución conservativa prevista. En puridad terminológica, estaríamos en presencia de un convenio resolutivo, no preventivo, porque tiene la virtualidad de poner fin a un concurso de acreedores ya instado, evitándose la liquidación y que, además, reúne todos los caracteres propios de todo convenio judicial y de masa.

Posiblemente los modelos paradigmáticos de convenio preventivo en el Derecho comparado los encontramos en la Ley alemana de convenios de 1935 (Vergleichsordnung), recientemente derogada por Ley de insolvencia de 5 de octubre del 94 y en el RD italiano del 42, conocido como legge fallimentare, pues tanto la InsO alemana del 94, como el Derecho concursal francés (Leyes del 84, 85 y reforma del 94) así como el Derecho concursal portugués (D-L del 93) recogen nuevos institutos de carácter reorganizativo, que tienen en gran medida su origen en el Derecho de quiebras norteamericano, especialmente tras la reforma de 1979, dado que los juristas norteamericanos se enorgullecen de haber superado el esquema romanista al introducir, hace muchos años la idea de saneamiento o reorganización en el Derecho concursal que, por cierto, está ausente en la nueva LC española. (El concepto básico que subyace en el Derecho de quiebra americano es facilitar el saneamiento de una empresa en dificultades en lugar de liquidarla porque es mejor para la economía, porque reduce el paro y el despilfarro de activos empresariales).

3.2. Requisitos de la propuesta de convenio

A) Forma de presentación.

El art. 99 exige que "toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y estará firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente. De las propuestas presentadas se dará traslado a las partes personadas.

Cuando la propuesta contuviera compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantía o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación, deberá ir firmada, además, por los compromitentes o sus representantes con poder suficiente".

B) Contenido.

Un aspecto trascendental en el convenio concursal viene determinado por el contenido que se le pueda otorgar. En materia de quiebras y suspensiones de pago, todavía en vigor hasta el 1 de septiembre de 2004 (Disposición Final trigésimo quinta LC), ha regido el principio de libertad de contenido, que deriva del principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Cciv. "Los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público"). En consecuencia, pueden existir convenios con quitas, esperas, cesiones de activos o con fórmulas mixtas, sin que exista un control judicial sobre la bondad de su contenido, lo que, de darse, equivaldría a una verdadera homologación judicial al modo en que ocurría con la Ley de Convenios alemana de 1935 (art. 79) o lo que acontece con el art. 181 de la Legge Fallimentare italiana.

Como ejemplo de lo dicho baste recordar que en la quiebra, el artículo 928 del C. de cm. español de 1885 admite el convenio de continuación o traspaso en bloque de la empresa respecto de sociedades anónimas que no se hallen en liquidación, aunque la doctrina también extiende este contenido al convenio del quebrado empresario individual y a otros tipos societarios (El precepto se refería a la SA, porque se partía de la base de que se trataba de la forma preferida por las empresas de gran envergadura económica, dándose facilidades para lograr un convenio que salvara la empresa y favoreciera la economía nacional). En la suspensión de pagos, el convenio preventivo puede tener una enorme amplitud o variedad de contenido, dado que la LSP derogó los artículos 870 y ss. del C. de cm. español.

Los distintos intentos de reforma del Derecho concursal en España siempre acogieron el principio de la autonomía de la voluntad como principio inspirador del contenido del convenio, así ocurrió con el Anteproyecto de 1959 (art. 107), con el de 1983 y también con la Propuesta de 1995 que, incluso dedicó una pormenorizada regulación del convenio de cesión de activo (arts. 162 y ss).

a.- Contenido del convenio en la LC.

a'.- La asunción del convenio.

En lo que respecta a la actual LC debe señalarse que se mantiene en lo esencial el principio de libertad de contenido del convenio, derivado el principio de autonomía de la voluntad, aunque con importantes limitaciones o restricciones.

Como novedad significativa debe destacarse la regulación expresa de la llamada "asunción del convenio", que se recoge , precisamente en el aludido artículo 99. Ello significa la posibilidad de que la propuesta de convenio contenga compromisos de pago a cargo de terceros para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir cualquier otra obligación (art. 99-2). Caben, pues, varias posibilidades:

- 1.^a Que un tercero preste garantías.
- 2.^a Que un tercero financie el cumplimiento del convenio.

3.^a Que un tercero o, incluso, un acreedor, a quien la doctrina italiana llama "assuntore del concordato" pague directamente o asuma cualquier otra obligación. Puede ocurrir, pues, que ese tercero o acreedor, satisfaga una suma alzada de dinero para cubrir todo o parte del pasivo a cambio, hay que entender, de que reciba la totalidad del patrimonio del concursado. Sin embargo, no aclara el precepto si a quien asume el convenio se le ceden las acciones de reintegración de la masa activa (de los artículos 71 y ss., como hacía la PALC del 95. En el D.º italiano la doctrina es favorable a la cesión). Tampoco se aclara si el tercero que asume el convenio adquiere alguna responsabilidad por los créditos anteriores al concurso que por alguna razón no hubieren sido reconocidos en el concurso (art. 86). Tres posibles interpretaciones caben en este supuesto:

1.^a Que, en realidad, la LC tácitamente excluye tal posibilidad de derivar responsabilidades para el tercero, dado que los titulares de esos créditos no hicieron uso de la facultad de impugnación de la lista de acreedores (art. 96).

2.^a Que queda al arbitrio de lo que se pacte en el convenio. 3.^a Que el tercero que asume el compromiso de pagar queda también vinculado en los mismos términos del convenio a pagar a los acreedores que no hubieren sido reconocidos. Ello se fundamentaría en virtud de los efectos erga omnes típicos del convenio que alcanzan a todos los acreedores; lo que nos llevaría a la cuestión de la naturaleza jurídica del convenio concursal -a favor González Huebra y Pérez de la Cruz-. Además, el propio art. 134 LC parece redundar en esta idea al admitir que el contenido del convenio vincule incluso a los acreedores ordinarios y subordinados con créditos anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiesen sido reconocidos.

b'.- Otros posibles contenidos de la propuesta de convenio.

El art. 100 de la LC nos ofrece el resto de las fórmulas que pueden integrar el contenido de la propuesta de convenio. En dicho precepto se reconocen:

- Quitas y/o esperas. La propuesta puede contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas, matizándose que si se trata de créditos ordinarios las quitas no podrán exceder del 50% de cada uno de ellos y la esperas o moratorias no podrán superar los cinco años desde la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio. Excepcionalmente: a) si se trata del concurso de empresas (debería acogerse el término empresarios) cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía; b) se presenta un plan de viabilidad favorable; y c) se acompaña un informe de la Administración económica competente (Administración pública?), entonces el juez del concurso, a solicitud de parte, puede motivadamente superar tales límites, con lo que podrá haber quitas de más del 50% respecto de los créditos ordinarios y/o esperas de más de 5 años.

- Propositiones alternativas. La LC autoriza propuestas de convenio con proposiciones alternativas para todos los acreedores o para los de una o varias clases, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o la conversión en créditos participativos (Reestructuración de la financiación concedida a la empresa en crisis para facilitar su reordenación. Art. 20 del RD-Ley7/96 de 7 de julio sobre medidas urgentes de carácter fiscal y económico). Estas proposiciones alternativas suponen otorgar a los acreedores una facultad de elección entre varias opciones. Esta posibilidad ya estuvo prevista en la Propuesta de LC del 95, de donde parece que procede. De otro lado, las ofertas de conversión de los créditos, en sus variadas formas, están pensadas para los deudores societarios.

Téngase en cuenta que en práctica del foro española ya se venían admitiendo fórmulas flexibles y originales como contenido específico del convenio concursal. Así tenemos, por ejemplo, la Sentencia de la Sección décimo quinta de la AP de Barcelona de 23 de enero de 1996 que recoge un supuesto de verdadera fusión societaria entre

dos suspensas con el consentimiento de los acreedores o la constitución por una SA suspensa de otra sociedad mercantil, mediante la aportación de bienes inmuebles en el marco de un convenio concursal, como se nos refiere en la RDGRN de 16 de noviembre de 1995.

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (art. 100-2, prf. 2.º LC). Se contempla aquí la introducción de un principio conservativo de la actividad empresarial o profesional a través del convenio. En realidad no se trata mas que de una concreción de la amplia fórmula de la asunción del convenio contenida en el artículo 99 LC. De echo, no estaba contemplada inicialmente en el anteproyecto que se envió a la Cámara Parlamentaria, pues hay que suponer que se daba implícitamente por admitida. En realidad, no deja de ser un convenio de cesión de bienes que puede calificarse como "cessio pro soluto" con la condición de que se mantenga la actividad empresarial o profesional.

- Debe advertirse que el artículo 100.3. de la LC, excluye los convenios de cesión de activos, tanto en su modalidad de "cessio pro solvendo" (para pago) o "cessio pro soluto" (en pago), admitidas en el convenio de la suspensión de pagos y de la quiebra. Con ello se impone una importante limitación al principio de la autonomía de la voluntad. Tan sólo se permiten enajenaciones de determinados bienes o derechos del concursado, parece que para garantizar la viabilidad del cumplimiento del convenio (art. 100-4, in fine), pero no cesiones globales. La reforma operada rechaza, pues, los denominados convenios de liquidación, que vienen a ser una especie de liquidación voluntaria, al margen de la liquidación judicial. Hasta ahora, los convenios con cesión global del activo constituían la fórmula que permitía la conservación de la actividad empresarial a través del cambio de la titularidad de la empresa que pasaría de un estado de mala gestión económica a otro de gestión competitiva, con lo que, en definitiva podía mantenerse la actividad empresarial y el empleo. Parece ser que en la reforma la solución liquidativa ha de ser forzosamente judicial (fase de liquidación, arts. 142 y ss. LC), si bien se prioriza la conservación de la empresa a través de la enajenación como un todo (arts. 148 y 149 LC).

- Plan de pagos. Se establece, asimismo, de manera imperativa que toda propuesta de convenio incorpore un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para el cumplimiento de ese plan, incluidos los recursos que provengan de la enajenación de determinados bienes o derechos (art. 100-4 PLC).

- Plan de viabilidad. Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (art. 100.5 LC).

- Como conclusión, y a la vista de todo ello, no parece que sea finalidad fundamental de la reforma la del saneamiento de empresas o actividades profesionales a toda costa, sino en todo caso la conservación sólo de aquéllas que sean económicamente viables y por la vía de la asunción del convenio (art. 100.2. parf. segundo), para lo cual será importante el sentido del informe de la administración concursal, llamado escrito de evaluación (arts. 107 y 115), en el que desempeñarán un papel muy importante los auditores de cuentas, economistas y titulados mercantiles, integrantes de dicha administración (art. 27). Lo que está claro es que la LC otorga al

convenio una finalidad primordialmente solutoria, es decir, que sirva como instrumento para satisfacer las deudas de los acreedores, excepcionalmente conservativa y nunca reorganizativa de la actividad empresarial. La reorganización, reflotamiento, recuperación, saneamiento o salvamento de la empresa, para el caso más frecuente de deudores empresarios mercantiles, sólo a través de un convenio con los límites expuestos y sin admisión de ningún instituto específico (como la gestión controlada del ALC, 83, arts. 247 y ss. que suponía un plan de reorganización de la empresa) no ha sido acogida en la reciente reforma. En el Derecho concursal alemán la Ley de insolvencia (año 94) regula un específico plan de insolvencia (arts. 217 y ss.) para recuperar la empresa en crisis. En el Derecho francés la Ley del 85, reformada en el 98 prevé un procedimiento específico para el reflotamiento (redressement) de la empresa en crisis y así también se hizo en la reforma del Derecho concursal portugués en 1993 al recoger un específico procedimiento de recuperación de empresas.

La solución de la nueva LC puede simplificarse diciendo que se mantiene un convenio concursal que sirve, ante todo, para pagar a los acreedores evitando la liquidación y, sólo de manera secundaria, pretende ser un instrumento no de reorganización y reflotamiento de la actividad empresarial o profesional en sentido estricto, sino en todo caso, de mera conservación de la empresa de por sí viable económicamente. Así lo deja claro la Exposición de Motivos cuando advierte que: "Lo que no admite la Ley es que, a través de cesiones de bienes y derechos en pago o para pago de créditos u otras formas de liquidación global del patrimonio del concursado, el convenio se convierta en cobertura de soluciones distintas de aquella que le es propia". De este modo, si no es posible la consecución de un convenio o éste no puede cumplirse queda abierta la puerta a la liquidación de los bienes del deudor con la consiguiente desaparición de la actividad empresarial inviable; salvo la posibilidad reconocida en el art. 149 LC en fase de liquidación.

C) Momento de presentación.

La LC distingue dos posibilidades en cuanto al momento de presentación de la propuesta de convenio: la propuesta anticipada de convenio, que se desarrolla dentro de lo que se llama fase común del procedimiento -según el art. 111 la fase común precede a la fase de convenio, que se inicia en el art. 98- (arts. 104-110), y la propuesta en la denominada fase de convenio (arts. 111 y ss.).

La propuesta anticipada de convenio podrá presentarse (art. 104) desde la solicitud de concurso voluntario o desde que se declare el concurso necesario y hasta que expire el plazo de comunicación de créditos, pero es preciso para ello que el deudor no pida la liquidación y que no esté incurso en causa de prohibición, es decir, no haber sido condenado por sentencia firme por delitos contra el patrimonio, orden socio-económico, falsedad documental, etc. o haber incumplido con la obligación de depósito de cuentas, estar inscrito en su caso, en el RM. etc (art. 105).

A este respecto debemos hacer dos comentarios: 1º. A la propuesta anticipada de convenio, por su específico carácter previo o inicial, debería haberse hecho mención también en el artículo 6 de la LC que se refiere a la solicitud del deudor y a los documentos que han de acompañarla. 2º. La presentación de la propuesta anticipada de convenio sólo es facultad privativa de aquéllos deudores no incursos en prohibición, lo que parece configurarse como una especie de privilegio o beneficio para el deudor, que ha observado buena conducta, no sólo en su actividad económica sino en el más amplio sentido ético-moral de la expresión, alejándose de la tradición histórica recogida en las Ordenanzas de Bilbao del siglo XVIII cuando para determinados deudores exigía que se les guardara el honor de su crédito, buena opinión y fama porque se trataba de comerciantes buenos pero desafortunados, sin referencia a su conducta personal. Sin embargo, en la propuesta de convenio presentada en fase de convenio parece que no se aplican las prohibiciones del art. 105, con lo que no operan los

condicionamientos éticos o morales del deudor (art. 113). En el Anteproyecto del 59 el convenio también se configuraba como un beneficio (art.218.2º), no así en el Anteproyecto del 83 ni tampoco en la Propuesta del 95.

De otro lado, la propuesta en fase de convenio se presenta dentro del lapso temporal que medie entre la expiración del plazo de comunicación de créditos y hasta que transcurra el plazo para la impugnación del inventario y lista de acreedores (art. 113.1 LC).

D) Legitimación.

Para presentar propuesta anticipada de convenio únicamente está legitimado el deudor que no haya solicitado la liquidación y no esté incurso en causa de prohibición (art. 104). En cambio, para presentar la propuesta de convenio en la llamada fase de convenio están legitimados: 1.º El deudor que no haya solicitado liquidación y que no haya presentado propuesta anticipada de convenio y 2.º los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista de acreedores, salvo que éste tuviere solicitada la liquidación(art. 113.1).

E) Tramitación.

Conviene recordar que en materia de quiebra y suspensión de pagos existían dos modalidades de tramitación del convenio concursal: la tramitación en Junta y la tramitación escrita. [La primera es la propia del convenio resolutorio de la quiebra cuando el deudor sea un empresario individual o una sociedad personalista (art. 899.1 del C.cm) y también, en términos generales del convenio en la suspensión de pagos. La tramitación escrita es la que se sigue para el convenio en la quiebra cuando el deudor sea una sociedad capitalista (art. 929 C.cm.) y para el convenio en la suspensión de pagos, puesto que el artículo 18 de la LSP permite la tramitación del convenio sin Junta cuando el número de acreedores exceda de doscientos].

El antecedente histórico de la modalidad de tramitación escrita de convenio apareció en la Ley española de 12 de diciembre de 1869 sobre quiebras de compañías de ferrocarriles, canales y demás obras públicas. Originariamente el capital de las compañías de ferrocarriles estaba muy concentrado y era mayoritariamente extranjero y se capitalizaron no mediante aumentos de capital sino mediante emisión de obligaciones surgiendo así gran número de acreedores. En el ámbito de los textos prelegislativos en el Anteproyecto del 83 se dejaba a la voluntad del Juez la tramitación en Junta o escrita (art. 212) y en la Propuesta de 1995 se mantenía el convenio por adhesiones para la suspensión de pagos (art.248).

Pues bien, la LC instaura un doble sistema de tramitación del convenio. Si se trata de una propuesta anticipada habrá tramitación escrita. Si, por el contrario, se trata de un convenio celebrado en la fase de convenio intervendrá la Junta de acreedores.

Respecto de la tramitación escrita deben destacarse algunos extremos: 1.º- La propuesta anticipada está sujeta a informe de los administradores judiciales, atendiendo, básicamente, al plan de pagos o al plan de viabilidad. Si el informe fuese desfavorable, el Juez podrá acordar la exclusión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación (art.107.2.), luego el informe negativo no es necesariamente vinculante. 2.º- Los acreedores pueden adherirse individualmente a esta propuesta desde que se admita a trámite y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 108.1). 3.º Se necesita la mitad del pasivo ordinario

para su aprobación (art.124.3). Si se obtiene esta mayoría el Juez dictará sentencia poniendo fin a la llamada fase común del concurso y produciendo el convenio ya aprobado su plena eficacia jurídica.

Este sistema de tramitación escrita o, si se quiere, de adhesión individual a la propuesta de convenio, que parece que se instaura con la única idea de conseguir una agilidad en la tramitación del convenio no contribuye a reforzar lo que la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 1959 denominaba principios concursales clásicos en la materia: discusión de toda propuesta en Junta general de acreedores y el voto mayoritario para su aprobación con total transparencia de las deliberaciones en Junta general de acreedores. (Afortunadamente se subsanó la defectuosa redacción del entonces art. 127 del Proyecto, hoy 128, según el cual la impugnación sólo estaba prevista para el convenio aprobado en Junta). En suma, la tramitación escrita, en virtud de la dualidad de propuestas, supone una regulación más espesa de la figura, con mayor número de preceptos en una Ley de por sí muy extensa, por lo que en su momento se sugirió inútilmente por una autorizada doctrina la conveniencia de retornar a un esquema más sencillo como, por ejemplo, el contenido en el Anteproyecto de 1959.

De otro lado, la propuesta de convenio presentada en fase de convenio, una vez concluida la fase común del concurso, se tramitará en Junta de acreedores. Podrá irse a esta modalidad de convenio si el concursado no hubiere solicitado la liquidación y no hubiere presentado propuesta anticipada o, presentándola, no hubiere sido aprobada ni mantenida dicha propuesta anticipada de convenio (arts. 111 y 113). La propuesta en fase de convenio también será previamente examinada por la administración judicial, que emitirá lo que la LC denomina escrito de evaluación (art 115). Sin perjuicio de que esta propuesta pueda aprobarse en Junta, es susceptible de admitir adhesiones de los acreedores con carácter previo desde el momento en que quede manifiesto en secretaría el escrito de evaluación y hasta que se produzca el cierre de la lista de asistentes a la Junta (art. 115.3). Comoquiera que puede haber más de una propuesta de convenio, es decir, la que proponga el deudor y la que propongan los acreedores en la Junta se deliberará en primer lugar la propuesta presentada por el concursado y si no fuese aceptada se procederá del mismo modo con las presentadas por los acreedores por el orden que resulte de los créditos titulados por sus firmantes (art. 121.2). La aprobación de esta modalidad de convenio exige el voto favorable de, al menos, la mitad del pasivo ordinario (art. 124.1), ahora bien, si la propuesta contiene el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a 3 años o el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con una quita inferior al 20%, bastará que vote a favor un parte del pasivo ordinario superior a la que vote en contra.

3.3. Eficacia del convenio.

La regulación de la eficacia del convenio merece, en términos generales, una valoración muy positiva, puesto que se clarifica con acierto el comienzo, alcance y extensión subjetiva de la eficacia del convenio. Una importante novedad que introduce la LC se refiere a la regulación de lo que denomina "límites subjetivos". Como sabemos, en la práctica concursal es frecuente que sobre la esfera del deudor graviten créditos garantizados personalmente, por lo que se hace necesario determinar el alcance real de los efectos del convenio concursal frente a aquellos terceros en quienes concurre la cualidad de ser garantes del deudor. Una de las figuras paradigmáticas en este ámbito viene constituida por la fianza. En nuestro vigente derecho concursal se plantea el problema de si un convenio afecta o deja incólume una relación de fianza. La cuestión no es pacífica en la doctrina, existiendo dos corrientes contrapuestas al respecto.

La LC regula específicamente esta cuestión con meridiana claridad al establecer que: "Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus

derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos" (135.1). Se sigue la pauta marcada por la PLC de 1995 (art. 292). De este modo si un acreedor, titular de un crédito garantizado con fianza, vota en contra del convenio no quedará afectado por las quitas o esperas respecto del crédito afianzado, con lo que el fiador del deudor/concursado no podrá oponerle la excepción derivada del contenido del convenio, sino que tendrá que pagarle íntegramente la deuda y sin aplazamientos. En el mismo supuesto si el acreedor vota a favor del convenio, según la LC (art. 135.2) habrá que estar a las normas aplicables a la obligación contraída, por ejemplo, una obligación de fianza.

El problema no se plantea respecto de los convenios que contengan una cesión "pro soluto" o "pro solvendo", puesto la LC no los admite; sólo se da en convenio con quitas o esperas. Pues bien, simplificando la cuestión debe admitirse que el carácter accesorio típico de la fianza conduce a admitir la extinción parcial de la misma para el caso de quita y la extinción total para el supuesto de un convenio con espera con base en el art. 1.851 del Cc., porque las prórrogas sin consentimiento del fiador extinguen las fianzas. Respecto del aval cambiario, dada su específica naturaleza jurídica y autonomía la solución sería justamente la contraria, por lo que no le afectaría el contenido del convenio en ningún caso.

3.4. Aprobación y homologación.

Tras la aprobación del convenio en Junta éste será sometido a la aprobación judicial (art. 127). Esta aprobación no constituye homologación, pues no se trata de un examen o control judicial acerca de la conveniencia económica del contenido del convenio respecto de los acreedores. Simplemente, si transurre el plazo de oposición sin que se formule ninguna y si no se aprecian defectos formales el juez aprobará automáticamente el convenio. Desde ese momento el convenio vincula a todos los acreedores ordinarios y subordinados y a los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor de la propuesta de convenio (art. 134).