

EL CONVENIO CONCURSAL EN LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LA LEY CONCURSAL DE 1995

José Miguel Guillén Soria
Secretario de Juzgado

INTRODUCCIÓN

Las crisis de las empresas derivan con frecuencia en situaciones insostenibles frente a los acreedores, proveedores, la Hacienda Pública, Seguridad Social o los trabajadores. Estos conflictos pasan por los Juzgados pero la solución legislativa sólo liquida empresas, no las ayuda a continuar. Tanto la suspensión de pagos como la quiebra adoptan un criterio civilista, aún válido, sobre el principio jurídico “pars conditio creditorum”, pero no suficiente; y en gran parte no lo es, porque el gran monto acreedor, super privilegiado, corresponde a entidades públicas, por Actas fiscales y de la Seguridad Social. La necesidad de cambiar este estado de cosas, haciendo derivar los procesos concursales hacia el mantenimiento de las empresas, cuya desaparición entraña un costo insoportable en muchos frentes, es aceptada por todos los tratadistas. Debe además aprovecharse la buena racha económica que vive el país para despertar del letargo legislativo en esta materia, que es centenario.

El número de procedimientos concursales es muy alto. Según el Instituto Nacional de Estadística, en 1994 y 1995 se plantearon ante los Juzgados de España y la Comunidad Valenciana los siguientes:

(Tabla 1 y Tabla 2)

La proporción de procedimientos concursales sigue bajando pues los datos de que disponemos (de enero a noviembre de 1996) indican por ejemplo, en Valencia, 32 suspensiones de pagos y 21 quiebras.

En estas líneas vamos a abordar el estudio de la última propuesta de reforma concursal desde el punto de vista del convenio concursal y la regulación que

pretende dársele, pues es el punto más importante de todo procedimiento concursal: cómo se pagan los créditos.

La reforma concursal en España, como ya hemos dicho, es considerada necesaria por toda la doctrina mercantil y procesal, y puede llegar a producirse si prospera la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal que ha sido elaborada por la Comisión General de Codificación, que encomendó la ponencia al Profesor D. Ángel Rojo Fernández del Río, Catedrático de Derecho Mercantil y especialista en Derecho concursal que ya intervino en la preparación del no nato Anteproyecto de 1983. El texto ha sido publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, suplemento al nº 1.768, de 15 de febrero de 1996.

Aunque parte del Anteproyecto de 1983, se trata de un texto que lo supera y que lo actualiza, teniendo muy en cuenta la evolución del país, cuestión siempre importante en materia mercantil (piénsese si no en la imposibilidad de aplicar en la España de 1964 una Ley, la de represión de las prácticas restrictivas de la competencia, que estaba copiada de la americana, y que hasta los años 90 no ha podido encontrar el sustrato económico y social posible para su aplicación, ya por su sucesora, la Ley de Defensa de la Competencia de 17 de Julio de 1989). También se ha contado con las fórmulas utilizadas en el Derecho comparado.¹

La propuesta parte con tres grandes novedades. La unificación de los procedimientos y su normativa, la equiparación de comerciantes y no comerciantes a estos efectos y la intervención del Registro Mercantil en buena parte de los trámites de la suspensión de pagos.

Los procedimientos concursales son dos, el concurso y la suspensión de pagos. Pero, como ya ha destacado la primera doctrina sobre la Propuesta ², no se trata de una reedición de los viejos institutos concursales, sino de un procedimiento general, el concurso de acreedores (que como presupuesto objetivo toma la insolvencia) y otro específico, la suspensión de pagos, exclusivamente para deudores con requisitos subjetivos muy concretos y limpia trayectoria empresarial (destacando la correcta llevanza con arreglo a la Ley de la contabilidad), cuyo procedimiento en buena medida se desjudicializa, dando entrada al Notario (art. 271), ante quien se manifestará por el deudor el estado de suspensión de pagos, adjuntando una serie de

documentos (art. 272) al acta notarial, que después califica el Registrador Mercantil (art. 276), quien a continuación, si procede, remite la documentación al Juez, que se pronunciará sobre su competencia (art. 277).

Es preciso que pongamos el máximo interés en la revisión de este texto, sometiéndolo al debate que merece, y lograr al cabo la reforma concursal. En estas páginas nosotros vamos a dedicar una atención puntual al proyecto, para examinar cómo se perfila lo que es parte fundamental de los procedimientos concursales; a saber, los términos del acuerdo de pago entre el deudor y sus acreedores, o convenio concursal.

1. El convenio en el concurso de acreedores.

Por lo que hace convenio en el concurso de acreedores, viene regulado en el Título VII, arts. 152 a 181. El deudor presentará una propuesta (o varias) con una antelación de al menos dos meses a la fecha señalada para la Junta. En ella puede proponer un plan de continuación o de liquidación. Para la primera propuesta, debe el deudor presentar un plan de financiación (art. 152.1) y describirá sus recursos para ello. Se contempla la posibilidad de condicionar la propuesta sólo para el caso de que vaya ligada la suerte del concursado a otras sociedades del mismo grupo (art. 153), novedad muy importante en la práctica por dos motivos. El primero, porque afronta la incidencia de crisis en empresas integradas en grupos, lo que afecta a las demás empresas en gran modo y a veces de manera radical. En segundo lugar, porque fuera de este caso no cabrán propuestas sujetas a condiciones, lo que hace cierto el propósito de que se busque realmente la continuidad de la empresa arrostrando los grandes esfuerzos que eso va a suponer, y no meramente eludir el pago a los acreedores. Se permiten las propuestas alternativas, limitándose a tres meses el plazo para optar. La propuesta o propuestas efectuadas no pueden ser modificadas por el deudor (art. 155) en lo sustancial, y sólo podrá hacerlo si con ello se favorece a los acreedores; esas modificaciones deben efectuarse siempre antes de la votación del convenio (art. 155.2). Este punto es importante, y previene las incidencias en la práctica de la presentación en el mismo momento de la Junta de modificaciones a la propuesta, que ya vienen “arregladas” previamente con algunos

acreedores. De esta manera, como destaca la exposición de motivos, se permitirá el estudio de la propuesta y del plan de viabilidad, lo que esperamos que incentive la asistencia a la Junta de muchos acreedores pequeños.

La propuesta es sometida a informe de los Síndicos o Interventores; estas figuras han sido detenidamente estudiadas por el nuevo texto, que se ha hecho eco de los problemas prácticos que el modelo vigente ha generado (arts. 157). La deliberación y votación de la propuesta en el concurso de acreedores se hará en Junta, sin que quepa el trámite escrito que tantos arreglos interesados y compras de créditos ha auspiciado en quiebras y suspensiones. (Sin embargo, en las suspensiones sucede al revés, acudiéndose a un sistema de adhesiones de los acreedores a la propuesta del deudor sin Junta).

En cuanto al debate, no se limita la intervención a dos acreedores a favor y dos en contra, sino que se permite al presidente (un Síndico) que deje abierto el debate hasta que se considere las propuestas suficientemente discutidas (art. 158.3), y también es una novedad el que se pueda celebrar la Junta aún sin la presencia del deudor o su representante, punto este muy importante en la práctica. Aceptada una propuesta, recordemos que pueden haberse presentado varias alternativas, no procede seguir la votación respecto a las demás.

Para considerar aceptada la propuesta, el art. 159 exige que vote a favor de la misma al menos la mitad del pasivo ordinario, a excepción del supuesto en que la proposición consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, en cuyo caso basta con el voto favorable de la mayoría, siempre que al menos represente la cuarta parte del pasivo ordinario. Las propuestas que conlleven ventajas para algunos grupos de acreedores exigirán la anuencia por mayoría simple de los otros acreedores, y de otro lado, las obligaciones nuevas que se pretenda imponer a uno o varios acreedores exigirán que éstos las acepten, salvo un supuesto especial consistente en que la propuesta fuera convertir los créditos en acciones o participaciones sociales de la sociedad deudora (art. 161.3).

Expresamente se contemplan en la Propuesta de Ley Concursal las cesiones de activo, en los arts. 162 a 165 inclusive, que se referirán a los bienes inventariados que consten en el procedimiento concursal. Se diferencia las cesiones en pago y las cesiones para pago: las primeras requerirán el expreso consentimiento individual de los cesionarios; en las segundas, que pueden ser totales o parciales, el plazo que se fije en el convenio para enajenar los bienes no excederá de dos años, y la facultad dispositiva la ostentarán los síndicos o los interventores, salvo pacto en contrario. Asimismo se especifica que si el pacto consiste en ceder total o parcialmente el activo a un tercero que se comprometa a pagar a los acreedores no privilegiados, éste quedará subrogado en las acciones para reintegrar la masa activa, como *quid pro quo* (art. 165.1); sin embargo, sólo se responderá por el tercero frente a los créditos reconocidos.

El convenio viene sujeto a la aprobación judicial (arts. 166 a 176) pero la Propuesta sigue dibujando un Juez del concurso carente de facultades para el examen de oficio del acuerdo (véase el art. 168). La concepción se mantiene por tanto, dentro del carácter privatista de este negocio, que no se considera pueda el Juez desautorizar, salvo oposición entablada por un acreedor en determinados casos -que hubiera votado en contra, o que represente el cinco por ciento del pasivo ordinario- o también por el síndico o los interventores, por alguna de las dos causas del art. 166.1³. Estas causas de oposición son la infracción legal en la constitución o en la celebración de la Junta o en el contenido del acuerdo, y son oponibles por los acreedores que no concurrieron a la Junta o por quienes concurrieron y en ella alegaron la infracción. Asimismo pueden los acreedores que representen al menos el cinco por ciento del pasivo ordinario oponerse alegando la emisión del voto por quien no era titular real del crédito o su obtención en virtud de maniobras que afecten a la parida de trato entre los acreedores ordinarios que no sean pequeños acreedores. También es causa de oposición al convenio el que su cumplimiento sea objetivamente inviable. Estas causas recogen de un lado defectos formales y de otro permiten la impugnación de fraudes contra el concurso, en cuyo punto se tendrá que estar a los diferentes criterios jurisprudenciales pues son eminentemente casuísticas.

El plazo de oposición será de cinco días a partir de la Junta de acreedores. Si no hay oposición, se aprobará el convenio por auto. Si la hay, su trámite sigue el de los incidentes concursales que esta Ley dibuja en los arts. 228 a 242.

2. El convenio en las suspensiones de pagos.

En las suspensiones de pagos, también ha de presentar el deudor una propuesta de convenio (art. 271.2) que como límites tendrá el que la espera será inferior a tres años y que no cabrá quita ni condonación de clase alguna. Con estos límites se reivindica justamente la memoria, valga la licencia, del viejo artículo 872 del C.Co. y con ello se hace creíble la institución, pues hace honor a su nombre. Además debe acompañarse un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Es de destacar que la suspensión de pagos, tal como se perfila en la nueva Propuesta, queda lejos de ser un procedimiento sujeto al control judicial, y se mueve fuera del Juzgado, en los despachos del abogado del suspenso, del Registrador Mercantil y del Notario. En consecuencia, el texto se refiere al convenio en las suspensiones brevemente, dando por supuesto que se negociará en los despachos el contenido del mismo, y presentando un modelo en el que si se aprueba por los acreedores el Juez, remitido que le sea el texto desde el Registro Mercantil, lo aprobará y en caso de que no resulte aprobado declarará al deudor en concurso de acreedores. Su intervención será posible únicamente si concurre alguna causa de oposición y se entabla, cuyos trámites van por la vía ya explicada para los concursos, a la que se remite.

Previa la admisión de la solicitud por el Registro Mercantil y remitida para su tramitación al Juzgado de Primera Instancia, la propuesta de convenio presentada a los acreedores, tendrá que ser apoyada por éstos para prosperar. El sistema elegido es el de adhesiones que se formalizarán en escritura pública o mediante comparecencia ante el Registrador mercantil que hubiera abierto el expediente (art. 284.2). El plazo para ello es de dos meses a contar desde la fecha de la publicación de la suspensión. La aceptación será incondicional y no cabe presentar modificaciones. Para que la propuesta de convenio del deudor se considere aprobada, deberá contar con la

adhesión de acreedores que sean titulares, al menos, de dos tercios del pasivo ordinario (art. 287). El Registrador enviará al Juez del concurso certificación del resultado, quien declarará al suspenso en concurso si el convenio no hubiere alcanzado las adhesiones suficientes (arts. 288.2 y 294.1.1º); es lo que se llama el “concurso consecutivo”, que se regula en los arts. 294 a 298, a.i. En otro caso, aprobará el convenio y mandará publicar su resultado. La oposición se rige por las reglas del concurso, y puede entablarse en los cinco días siguientes a la publicación de la aprobación judicial del convenio en el BORM.

Se regulan específicamente los efectos del convenio en las suspensiones de pagos, en los artículos 290 a 293 de la Propuesta, que delimita bien el ámbito subjetivo y las acciones de los acreedores que no se hayan adherido al convenio, y en especial en cuanto a la exigibilidad de sus créditos frente a otros obligados solidarios, avalistas o fiadores (art. 292).

¹ Y quizá no es extraño a ello la actual preocupación latente en nuestras Universidades por estos estudios comparados, que ha alentado una clase de literatura jurídico mercantil hasta ahora no tratada en España. Ahí se sitúan las traducciones de textos legislativos europeos en materia concursal y los estudios monográficos -como el de la Profesora Juana Pulgar, “La reforma del Derecho Concursal Comparado y español. (Los nuevos institutos concursales y reorganizativos)”, Civitas, Monografías, 1ª de. 1994- o parciales (vid., v. gr., RDM, nnº 215 y 216). Pueden consultarse estas traducciones en la Revista de Derecho Mercantil, núm. 216, abril-junio de 1995 (texto de la ordenanza alemana de insolvencia, de 5 de octubre de 1994, traducido por Vicente Gonzalo López), y los Textos de Derecho Concursal Europeo, publicado en los Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. monográfico de 1993, (Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio), coordinado por el Profesor García Villaverde, y en el que vienen traducidos los textos alemán (pero las leyes de quiebras de 1877 y de convenios de 1935, vigente hasta 1999, año en que la nueva Ordenanza citada entrará en vigor), belga, francés, italiano, portugués y suizo.

² Vid. Emilio Beltrán, “Una nueva propuesta de Ley Concursal”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 237, de 14 de marzo de 1996.

³ En nuestra opinión, sin duda debe permitirse un examen de oficio del convenio previo a una aprobación judicial automática, pues el diseño de la institución ha querido proteger los intereses sociales existentes; el juez estará especializado, pues también se propone una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que así lo permita, y además, en la práctica los intereses que un órgano absolutamente imparcial y cuya función es precisamente el examen con arreglo a derecho de todas las controversias, de lo que se hace función y profesión, controle los abusos y arreglos de los fuertes contra los débiles, dicho sea gráficamente, perdónesenos la licencia, pero con absoluto respecto a lo que en la realidad se está padeciendo.