**DERECHO MERCANTIL**

**TEMA 37**

**EL CONCURSO (III). EL CONVENIO. LA PROPUESTA DE CONVENIO. LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO. LA APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO.** **LA JUNTA DE ACREEDORES. LA APROBACIÓN DEL CONVENIO. EFECTOS DEL CONVENIO. CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.**

**EL CONCURSO (III). EL CONVENIO.**

El concurso está regulado por la Ley Concursal, cuya redacción originaria es de 2003, rigiendo actualmente su texto refundido de 5 de mayo de 2020, profundamente modificado por la Ley de 5 de septiembre de 2022.

Tras la formación de la lista de acreedores y del inventario, termina la fase común del concurso y se entra en la fase de convenio, que estudiaré a continuación, o de liquidación, que se estudia en el próximo tema del programa.

El convenio, regulado por los artículos 315 a 405 de la Ley Concursal, es el acuerdo entre el concursado y sus acreedores para que, mediante quitas, esperas o ambas, el deudor pueda afrontar sus créditos con la masa activa.

**LA PROPUESTA DE CONVENIO.**

Las reglas esenciales de la propuesta de convenio son las siguientes:

1. En ningún caso podrá presentarse propuesta de convenio si el concursado hubiera solicitado la liquidación de la masa activa.
2. Puede hacer la propuesta el deudor y los acreedores cuyos créditos superen una quinta parte de la masa pasiva, y será firmada por deudor y acreedores o sus representantes.
3. Deberá contener proposiciones de quita, de espera o de quita y espera, sin que la espera pueda ser superior a diez años, y podrá contener, para todos o algunos acreedores o para determinadas clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos, cuantas proposiciones adicionales considere convenientes el proponente, si bien en ningún caso podrá suponer:
4. La alteración de la cuantía de los créditos, sin perjuicio de las quitas.
5. La alteración de la clasificación de los créditos.
6. La liquidación de la masa activa para la satisfacción de los créditos.
7. Con relación a los créditos laborales y de derecho público, el cambio de ley aplicable, de deudor o de sus garantías o la conversión de los créditos en acciones o participaciones sociales, en préstamos participativos o en cualquier otro crédito de características o de rango distintos de aquellos que tuviere el crédito originario.
8. En la propuesta de convenio podrá incluirse fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada, en cuyo caso deberá ser firmada, además, por los representantes de las entidades que participen en esas modificaciones estructurales.
9. Se regulan diferentes especialidades en la propuesta de convenio: condicionada, con cláusula de intereses, con limitación de facultades del deudor, con atribución de funciones a la administración concursal durante el período de cumplimiento del convenio, con previsiones para la realización de bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial o con contenido alternativo.
10. La propuesta de convenio deberá presentarse acompañada de un plan de pagos y de los recursos previstos para su cumplimiento, y cuando para el cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación de la actividad económica del concursado, la propuesta deberá ir acompañada también de un plan de viabilidad.
11. En cuanto al momento de presentación:
12. El concursado podrá presentar propuesta de convenio junto con la solicitud de declaración de concurso o en cualquier momento posterior siempre que no hayan transcurrido quince días desde la presentación del informe de la administración concursal.
13. Los acreedores personados cuyos créditos superen una quinta parte del total pasivo podrán presentar propuesta de convenio desde la declaración de concurso hasta que transcurran quince días a contar desde la presentación del informe de la administración concursal.
14. Si no se presenta propuesta de convenio en estos plazos, o si presentada no se admite, se dictará de oficio auto de apertura de la liquidación.

**LA PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO.**

La reforma concursal del año 2022 ha suprimido la propuesta anticipada de convenio que regulaban los artículos 333 a 336 de la Ley Concursal.

No obstante, esta reforma ha regulado en el Libro II de la Ley Concursal, relativo al derecho preconcursal, los mecanismos que permiten llegar a soluciones pactadas entre el deudor y sus acreedores que eviten la tramitación del concurso.

De esta forma, cualquier persona natural o jurídica que lleve a cabo una actividad empresarial o profesional, con excepción de las microempresas y determinadas entidades como las aseguradoras o las de crédito, podrá efectuar la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores o solicitar directamente la homologación de un plan de reestructuración de conformidad con lo previsto en los artículos 583 a 684.

La comunicación de apertura de negociaciones o la homologación de un plan de reestructuración requiere que el deudor se encuentre en probabilidad de insolvencia, insolvencia inminente o insolvencia actual, considerándose que existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años.

En caso de probabilidad de insolvencia o de insolvencia inminente, el deudor podrá comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la existencia de negociaciones con sus acreedores, o la intención de iniciarlas de inmediato, para alcanzar un plan de reestructuración que permita superar la situación en que se encuentra.

Si se encuentra en estado de insolvencia actual, podrá efectuar la comunicación en tanto no se haya admitido a trámite solicitud de declaración de concurso necesario.

Esta comunicación abre un período de tres meses, prorrogables bajo determinadas premisas, durante el que el deudor puede negociar con un plan de reestructuración, período durante el que se produce la suspensión o prohibición de inicio de ejecuciones singulares y de garantías, con la excepción de las que afecten a créditos de derecho público.

El plan de reestructuración podrá prever cualquier modificación del activo o del pasivo del deudor, así como la reestructuración operativa o societaria, e incluso la transmisión total o parcial del activo, pudiendo afectar a todo tipo de créditos, tanto financieros como no financieros, incluidos los de derecho público si el deudor está al corriente de pago y la antigüedad del crédito es inferior a dos años, admitiéndose únicamente un aplazamiento de hasta doce meses.

El plan debe ser aprobado por los acreedores con las mayorías establecidas, y una vez aprobado debe ser homologado judicialmente, lo que permite el arrastre o extensión de sus efectos a los acreedores disidentes, así como la resolución de contratos y la protección de la financiación nueva o interina.

Además, el juez puede en determinados casos nombrar un experto en la reestructuración, que asistirá a deudor y acreedores en la negociación y elaboración del plan.

**LA APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO.**

La propuesta de convenio que cumpliera las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas serán admitidas a trámite, y no podrán modificarse ni revocarse con posterioridad, pero el concursado podrá dejarla sin efecto en cualquier momento solicitando la liquidación de la masa activa.

La administración concursal evaluará la propuesta y emitirá su juicio acerca de la viabilidad del cumplimiento del convenio propuesto.

**LA JUNTA DE ACREEDORES.**

La reforma concursal de 2022 ha suprimido la junta de acreedores en la que se deliberaba y votaba sobre la aprobación de la propuesta de convenio, de forma que actualmente los acreedores podrán adherirse u oponerse a la propuesta por escrito en los plazos establecidos, y el concursado aceptar o no la propuesta. En cualquier caso, la aceptación del deudor es necesaria para que el juez pueda aprobar la propuesta.

**LA APROBACIÓN DEL CONVENIO.**

La propuesta de convenio se entiende aceptada si reúne las siguientes adhesiones:

1. Si consiste 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 y el resto a su respectivo vencimiento, la mayoría simple del pasivo ordinario.
2. Si contiene quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito, o esperas con un plazo no superior a cinco años, más de la mitad del pasivo ordinario.
3. Si tiene cualquier otro contenido, el sesenta y cinco por ciento del pasivo ordinario.

Si se reúnen las anteriores adhesiones, se proclamará el resultado mediante decreto y se someterá el convenio aceptado a la aprobación del juez.

Dentro de los diez días siguientes a la proclamación del resultado, los acreedores que se hubieran opuesto y la administración concursal podrán oponerse a la aprobación del convenio por los motivos tasados previstos, entre los que destacan los siguientes:

1. Infracción de las normas sobre el contenido del convenio.
2. Infracción de las normas sobre la forma y el contenido de las adhesiones.
3. Adhesión a la propuesta por quienes no fueran titulares legítimos de los créditos.
4. Obtención de las adhesiones mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios.
5. Error en la proclamación del resultado de las adhesiones.
6. Falta de aceptación de esa propuesta por el deudor.

Además, los acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios, así como la administración concursal, podrán oponerse a la aprobación del convenio cuando su cumplimiento sea objetivamente inviable.

La oposición se sustanciará por los trámites del incidente judicial, que finalizará mediante sentencia aprobando o rechazando el convenio. También se dictará sentencia de aprobación si no se hubiese formulado oposición alguna. A la sentencia se le dará la misma publicidad que al auto de declaración del concurso.

Además, el juez rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciare la existencia de motivo de oposición, aunque ésta no hubiera sido presentada o lo hubiera sido por motivo distinto a aquel en que se fundamente el rechazo.

**EFECTOS DEL CONVENIO.**

El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, si bien el juez podrá retrasarla total o parcialmente hasta la firmeza de la sentencia si es apelada.

Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, que quedarán sustituidos por los que se establezcan en el propio convenio, cesando así mismo la administración concursal, que no obstante conservará legitimación para continuar los incidentes en curso y para actuar en la sección de calificación.

El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados aunque no se hubieran adherido a la propuesta de convenio, y también a los acreedores privilegiados que se hubieran adherido o si, dentro de la clase de créditos privilegiados, se hubieran obtenido mayorías del setenta por ciento o setenta y cinco por ciento de su pasivo, según el contenido del convenio.

Por ello, los créditos a los que afecte el convenio quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita y aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera, sin que el convenio afecte a los avalistas o fiadores del concursado y a sus codeudores solidarios.

Si el convenio contuviera medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio por el deudor de las facultades de administración y de disposición sobre bienes y derechos de la masa activa, serán inscribibles en los registros correspondientes.

Si contuviera previsiones sobre enajenación de bienes afectos a créditos especialmente privilegiados, el concursado deberá consentir la enajenación cuando el precio no cubra la deuda. El precio obtenido se entregará al acreedor, el sobrante se aportará a la masa activa y el déficit se tratará como un crédito ordinario.

Por último, la reforma concursal de 2022 ha regulado las modificaciones estructurales de las sociedades de capital en ejecución del convenio.

**CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO.**

**Cumplimiento del convenio.**

El concursado debe informar al juez semestralmente sobre el grado de cumplimiento del convenio, y cuando lo cumpla en su totalidad podrá solicitar que se dicte auto de cumplimiento del convenio.

Además, transcurridos dos años de su vigencia, el concursado podrá presentar por una sóla vez propuesta de modificación del convenio que se encuentre en riesgo de incumplimiento por causa que no le sea imputable, siempre que se justifique debidamente que la modificación resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. La propuesta de modificación se tramitará como una propuesta de convenio.

En ningún caso la modificación afectará a los créditos contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio ni a los acreedores privilegiados, a menos que se adhieran expresamente a la propuesta de modificación.

**Incumplimiento del convenio.**

Cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte .podrá presentar demanda de incumplimiento del convenio, que se sustanciará por los trámites del incidente concursal, y en caso de ser estimada el juez declarará resuelto el convenio y abrirá la fase de liquidación.

En tal caso, quedarán sin efecto las quitas, esperas y otras modificaciones de los créditos, y los acreedores con privilegio especial podrán reiniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía.

La declaración de incumplimiento del convenio no afectará a la validez y eficacia de los actos realizados en ejecución del convenio, pero serán anulables los actos realizados durante el periodo de cumplimiento del convenio que supongan contravención del propio convenio o alteración de la igualdad de trato de los acreedores que se encuentren en igualdad de circunstancias.

Así mismo, podrá ejercitarse la acción rescisoria concursal contra los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio.

José Marí Olano

11 de octubre de 2022