

CAPÍTULO 1

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha introducido en la Ley Concursal (LC, en lo sucesivo) un nuevo Título X, titulado «el acuerdo extrajudicial de pagos», en el que se regula un procedimiento alternativo al concurso de acreedores que tiene como finalidad esencial que el deudor alcance un acuerdo con sus acreedores a partir de una propuesta elaborada por un mediador concursal¹.

El legislador, consciente de la necesidad de crear un instituto preconcursal que diera respuesta a los problemas que plantea la insolvencia de los empresarios individuales y las empresas de pequeñas dimensiones, que en muchas ocasiones no pueden acudir a los acuerdos de refinanciación a los que se refiere la Disposición Adicional Cuarta LC (DA 4ª, en lo sucesivo) ha regulado un procedimiento extrajudicial y facultativo del deudor destinado a reestructurar su pasivo, mediante un acuerdo negociado con sus acreedores, tramitado al margen del Juzgado de lo mercantil, con la finalidad de descargar de trabajo a estos juzgados y de este modo conseguir una mayor agilidad en el procedimiento.

¹ Conviene advertir al lector, ya desde el inicio, que, tal y como señala SENÉS, la «mediación concursal» no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es simple y llanamente intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye unas funciones concretas, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas en la forma, en los tiempos y con los límites y condicionamientos que marca la Ley. *Vid.* SENÉS MOTILLA, C., CONDE FUENTES, J., «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», en *Revista General de Derecho Procesal*, Revista @iustel.com, núm. 32, 2014, pág. 12.

2. PRESUPUESTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

El art. 231 LC delimita el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos tanto desde un punto de vista positivo, esto es, indicando quiénes pueden instar el acuerdo, como negativo, estableciendo un listado de prohibiciones que impedirán acceder al mismo.

Atendiendo al primero, podrán alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos las **personas físicas que ejercen una actividad económica productiva**, ya sea de carácter profesional, ya sea empresarial, o se encuentren dados de alta como autónomos, siempre y cuando se encuentren **en situación de insolvencia actual o inminente** (presupuesto objetivo) y su pasivo no supere los cinco millones de euros. Quedan excluidos, por tanto, del ámbito de aplicación de la norma los consumidores en quienes no concurren tales circunstancias.

También podrán instar el acuerdo cualesquiera **personas jurídicas**, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Se encuentren **en estado de insolvencia**².
- b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad a tenor de lo dispuesto en el art. 190 LC, esto es, que su pasivo no supere los cinco millones de euros, que su activo no alcance la misma cantidad y que el número de sus acreedores no supere los cincuenta.
- c) Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.
- d) Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago.

Desde un punto de vista negativo, no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago quienes:

- 1º Hayan sido condenados 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.
- 2º Estando sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil no figurasen inscritos con anterioridad.
- 3º En los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligados legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran

² Nótese que, a diferencia de lo acontece con la persona física, tratándose de personas jurídicas solo se dice que se encuentren en estado de insolvencia, sin especificar si ha de ser actual o puede también ser inminente.

incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

- 4º En el mismo período de tiempo, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso de acreedores.
- 5º Se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.
- 6º Tampoco será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso³, prohibición ésta que limita seriamente la aplicación práctica del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que, en la situación económica actual, no es difícil que algún acreedor del deudor pudiera estar en estado de insolvencia.

En cuanto a los sujetos afectados por el acuerdo, quedan excluidos, en todo caso, los titulares de créditos de derecho público, y, en principio, también los de crédito con garantía real, salvo que los acreedores que ostentan su titularidad decidiesen incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo, lo que habrán de realizar mediante comunicación expresa al mediador en el plazo de un mes a contar desde que haya sido recibida la convocatoria a la reunión prevista en el art. 234 LC.

3. SOLICITUD DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGO

El inicio del expediente tendente a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pago dará comienzo con la solicitud de nombramiento de un mediador concursal, estando legitimado para ello el deudor y, en el caso de tratarse de persona jurídica, el órgano de administración o el liquidador.

Dicha solicitud habrá de realizarse al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor, en el caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, o ante el Notario del domicilio del deudor, cuando éste no tenga dicha condición.

A la solicitud habrá de acompañarse la documentación en la que se haga constar el efectivo y los activos líquidos de los que dispone, los bienes y derechos de

³ Habida cuenta que la prohibición hace referencia tan solo a la iniciación del acuerdo extrajudicial, nada impediría continuar con la tramitación del procedimiento extrajudicial si, en el intervalo de tiempo que transcurre desde la convocatoria hasta la celebración de la reunión, uno de los acreedores es declarado en concurso.

los que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público, sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo (art. 232.2 LC).

Corresponde al Registrador Mercantil o al Notario competente efectuar un examen de la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad de la solicitud de acuerdo extrajudicial, inadmitiendo la misma cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, se encuentre incurso en algunas de las causas que impiden alcanzarlo y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos.

4. LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO Y SUS EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES

La apertura del procedimiento despliega una serie de efectos (art. 235 LC) sobre los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo, siendo de destacar los siguientes:

- a) Desde la publicación de la apertura del expediente, tales acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta el plazo máximo de tres meses.
- b) Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal, con la excepción de los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.
- c) Desde que el Secretario haya dejado constancia de la comunicación sobre la apertura de las negociaciones tendentes a la consecución de un acuerdo extrajudicial, los acreedores no podrán instar la declaración en tanto no transcurran tres meses desde la comunicación (arts. 235.6 y 5 bis LC).

5. EL MEDIADOR CONCURSAL

5.1. Nombramiento

Examinado el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad del acuerdo, el Registrado Mercantil o el Notario, según corresponda, procederá al **nombramiento** de mediador concursal⁴, que habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que *de forma secuencial corresponda* de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia⁵.

5.2. Requisitos

Para ser nombrado mediador concursal es necesario acreditar el cumplimiento de los siguientes **requisitos**:

- a) Estar en posesión de título oficial universitario o formación profesional superior y contar con formación específica, dirigida a proporcionar a los mediadores conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, tanto a nivel teórico como práctico (arts. 3 y 4 RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles).
- b) Ostentar las condiciones que para ser administrador concursal exige el art. 27 LC: abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que acredite formación especializada en Derecho concursal, o economista, titulado mercantil o auditor de cuen-

⁴ Sobre la naturaleza jurídica del mediador concursal, *vid.* SANJUÁN Y MÚÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión en los supuestos de insolvencia», en *Diario La Ley*, sección tribuna, núm. 8230, 2014.

⁵ Dispone a tal efecto el art. 19 del RD 980/2013, que los Registradores Mercantiles y los Notarios accederán al Portal mediante certificado reconocido de firma electrónica, requiriendo el suministro de los datos del mediador concursal que de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante. En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma. En último lugar, señalará el Portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado.

Si el mediador no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia. El mediador designado que no aceptase el cargo se situará al final de la secuencia, sin que pueda volver a ser designado hasta que finalice ésta.

tas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, que garantice la debida independencia.

- c) Figurar inscrito en el registro oficial que a tal efecto creará el Ministerio de Justicia (art. 11.1.II RD 980/2013).
- d) Tener contratado un seguro de responsabilidad civil, tanto por su naturaleza de mediador (art. 11 LM), como de administrador concursal (art. 29.1 LC).
- e) Tener una dirección de correo electrónico que cumpla las condiciones del art. 29.6 LC.

5.3. Funciones

Un análisis general de lo dispuesto en el Título X LC, permite afirmar que el mediador concursal en el procedimiento extrajudicial de pagos tiene unas **funciones** proactivas, que brevemente expuestas podemos resumir en:

- a) La comprobación de la existencia y cuantía de los créditos.
- b) Convocar a una reunión a los acreedores que pudieran resultar afectados por el acuerdo (art. 234 LC).
- c) Elaborar el *plan de pagos* de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera no podrá superar los 3 años y en el que la quita no podrá superar el 25% del importe de los créditos, con acompañamiento de un *plan de viabilidad* comprensivo de una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial (art. 236.1 LC).
- d) Supervisar el cumplimiento del acuerdo alcanzado⁶.
- e) Solicitar de inmediato la declaración de concurso del deudor si los acreedores que representen la mayoría del pasivo que pudiera resultar afectado decidieran retirarse de la negociación (art. 236.4 LC), o si el plan no resultara aceptado y el deudor continuase en situación de insolvencia (art. 238.3 LC),

⁶ Con el fin de facilitar dicha labor de seguimiento, resulta aconsejable advertir a los acreedores en la reunión y en el mismo momento de adopción del acuerdo extrajudicial de pagos que deberán comunicar cualquier incumplimiento de pagos por el deudor, sin perjuicio de enviar un e-mail con un periodicidad de 6 meses a todos los acreedores que dispongan de este medio para que informen si se está cumpliendo el convenio, recordándoles que, en caso contrario, lo notifiquen al mediador.

- así como también tendrá el deber de instar el concurso si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido (art. 241.3 LC).
- f) Por último, caso de declararse el concurso consecutivo, una vez nombrado administrador concursal (lo que acaecerá, salvo que exista justa causa apreciada por el Juez del concurso para no hacerlo), como se prevé que, excepto que se diera el supuesto de insuficiencia de masa activa del artículo 176 bis LC, se abrirá necesaria y simultáneamente a la declaración de concurso la fase de liquidación del mismo, el mediador concursal –ya administrador concursal– tendrá que proceder a la calificación del mismo como fortuito o culpable, así como también tendrá que valorar la procedencia de interponer alguna acción de reintegración de las contempladas en el artículo 71 LC (para todo lo cual difícilmente podría sustraerse a aquello de lo que tuvo conocimiento en el previo expediente de acuerdo extrajudicial de pagos).

6. LA REUNIÓN DE ACREEDORES Y EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

De conformidad con lo dispuesto en el art. 237 LC, la asistencia a la reunión es obligatoria para todos los acreedores que resulten afectados por el acuerdo, salvo que en el plazo de diez anteriores a la misma hubieran manifestado su aprobación u oposición al mismo.

Con excepción de los acreedores con garantía real, el incumplimiento de esta obligación conlleva la subordinación del crédito para el supuesto de que, fracasada la reunión por no haberse alcanzado un acuerdo, fuera declarado el concurso consecutivo del deudor.

Se requiere, por tanto, la concurrencia de dos requisitos, de un lado, que se haya celebrado la reunión y, de otro, que no se haya alcanzado el acuerdo, quedando fuera de la subordinación del crédito del acreedor ausente las vicisitudes posteriores que afecten al acuerdo alcanzado, tales como su incumplimiento o anulación.

En su apartado segundo, dicho precepto contempla la posibilidad de que el plan de pagos y de viabilidad puedan ser modificados en la reunión, siempre y cuando no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión.

Como regla general, para que el acuerdo sea aceptado se requiere que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60% del pasivo, excluidos los créditos de Derecho público. Ello no obstante, en el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 75% del

pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituidas a su favor una garantía real sobre estos bienes.

En ambos casos, para la formación de estas mayorías se tendrán en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo.

Si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará a escritura pública, siendo notificado el cierre del expediente por el Notario o Registrador al juzgado que hubiera de tramitar el concurso y publicado en el BOE y en Registro Público Concursal.

Si, por el contrario, el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara en estado de insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del Juez competente la declaración de concurso, que el Juez acordará. En su caso, instará también del Juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el art. 176 bis LC.

7. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: LEGITIMACIÓN, MOTIVOS, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

En el plazo de los diez siguientes a la publicación del acuerdo, el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición podrá impugnarlo ante el Juez que fuera competente para conocer del concurso del deudor.

La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y tan solo podrá fundarse en las siguientes **causas de impugnación**: a) falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados; b) superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC (quita máxima del 25% del crédito y una espera máxima de 3 años); y, c) desproporción de la quita o espera, concepto jurídico indeterminado que habrá de ser precisado atendiendo a cada caso en concreto⁷.

Todas las impugnaciones serán tramitadas conjuntamente por los trámites del **procedimiento incidental**, siendo publicada la sentencia tanto en el BOE, como en el Registro Público Concursal, pudiendo ser recurrida en apelación, que tendrá tramitación preferente.

⁷ Cfr. SANJUÁN Y MÚLOZ, E., «El sacrificio «patrimonial» desproporcionado en la Ley Concursal», en *eXtoikos*, Revista digital para la difusión del conocimiento económico, núm. 7, 2012.

Por último, la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo.

8. EL CONCURSO CONSECUTIVO

Recibe la consideración de «**concurso consecutivo**» el que se declare a petición del mediador concursal, del deudor o de los acreedores como consecuencia ya sea de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, ya sea por incumplimiento del plan de pagos acordado o, finalmente, por la anulación del acuerdo en los términos antes indicados.

Como rasgo destacable, entre otros, del concurso consecutivo merece ser destacado el hecho de que, «salvo justa causa», el Juez designará administrador concursal del concurso al mediador concursal, lo que puede suscitar importantes problemas desde la óptica del principio de confidencialidad al que viene sujeto *ex art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*⁸.

En efecto, la posible doble función, como mediador en el acuerdo extrajudicial de pagos y como administrador concursal en el eventual concurso consecutivo, provoca una tensión importante en relación con el principio de confidencialidad, habida cuenta que el ejercicio de las funciones de mediación implica necesariamente el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo referente a la actividad económica del deudor, que quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9 Ley de Mediación, lo que, en principio, provocaría la imposibilidad de uso de tales datos e información para, por ejemplo, el ejercicio de acciones de reintegración y calificación concursal.

Sin perjuicio de que lo más recomendable sea que el mediador obtenga por escrito, desde el mismo inicio del desarrollo de sus funciones, una exoneración expresa de la obligación de confidencialidad, a los efectos del eventual concurso posterior, se ha entendido que la mediación concursal reúne, por principio de su régimen legal, una serie de especialidades respecto de las características generales de la mediación común, de modo que se singulariza su función y la instrumenta

⁸ Dispone dicho precepto que la mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial, lo que impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre dicha información, excepto cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad o cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

Del mismo modo, el Código de Conducta Europeo para mediadores establece en su apartado 4 que el mediador respetará la confidencialidad sobre toda la información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos que haya razones legales o de orden público en sentido contrario.

respecto al eventual concurso consecutivo, para actuar como administrador concursal, de lo que es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero solo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, y no en otros aspectos⁹.

Por otra parte, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos del art. 176 bis LC, el concurso consecutivo determinará la apertura necesaria y simultánea de la fase de liquidación, lo que, a su vez, conlleva también la apertura de la sección de calificación.

Otra de las novedades es la creación de una nueva categoría de créditos contra la masa, considerándose como tales los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al art. 84 LC, tengan la consideración de créditos contra la masa, que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial y no hubieran sido satisfechos.

En relación con las acciones de reintegración, se puntualiza que el plazo sospechoso de los dos años al que se refiere el art. 71.1 LC para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al Registrador mercantil o Notario.

Por último, en el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el Juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

⁹ Cfr. Conclusiones de la Reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de emprendedores, sobre cuestiones concursales de 11 de octubre de 2013.