

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: ¿ALTERNATIVA EFECTIVA AL CONCURSO DE ACREEDORES? *

Carmen Senés

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Almería

RESUMEN: Son objeto de este estudio las novedades procesales más sobresalientes de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en particular, el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, que se configura como una alternativa al concurso para empresarios y personas jurídicas, así como el denominado “concurso consecutivo”.

ABSTRACT: *The most important procedural news of the entrepreneurs support Law and its internationalization are studied in this paper, particularly: the procedure to reach an extrajudicial agreement for payments which is considered as an alternative to the bankruptcy process for enterprisers and juridical persons, and the consecutive bankruptcy process.*

PALABRAS CLAVE: mediación concursal; acuerdo extrajudicial de pagos; concurso consecutivo.

KEY WORDS: bankruptcy mediation; extrajudicial agreement for payments; consecutive bankruptcy process.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. EL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: 2.1. *Naturaleza jurídica y caracteres.* 2.2. *Ámbito de aplicación.* 2.3. *Solicitud del deudor y nombramiento del mediador concursal.* 2.3.1. Contenido de la solicitud y efectos de su presentación. 2.3.2. Competencia y control de admisión. 2.3.3. Nombramiento del mediador concursal. 2.3.4. La apertura del procedimiento y sus efectos sobre los acreedores. 2.4. *El acuerdo extrajudicial de pagos.* 2.4.1. La propuesta inicial de pagos y su modificación. 2.4.2. Contenido del acuerdo y sus límites. 2.4.3. Formalización del acuerdo y finalización del procedimiento. 2.4.4. Eficacia del acuerdo. 2.4.5. La impugnación del acuerdo. 3. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La segunda *Ley de apoyo a los emprendedores* —Ley 14/2013, de 27 de septiembre¹— ha puesto a disposición de los empresarios un mecanismo alternativo al concurso de

* Estudio realizado en el marco de los proyectos “Nuevos instrumentos procesales para la tutela del crédito: especial referencia a la e-Justicia y a las medidas de localización y embargo de los bienes del deudor” (DER2011-23274, Ministerio de Ciencia e Innovación); “Tutela procesal del crédito en el marco de la Unión Europea” (P08-SEJ-3729) e “Implantación y desarrollo de la e-Justicia en la Unión Europea y en la Administración de Justicia española” (P09-SEJ-5301), Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, Junta de Andalucía; cofinanciados con FEDER.

acreedores para el caso de insolvencia, mediante la incorporación a la Ley Concursal de un nuevo Título X, titulado "El acuerdo extrajudicial de pagos" (arts. 231 a 242). Esta alternativa no cuenta con precedentes en nuestro ordenamiento jurídico aun cuando la doctrina venía abogando desde hace más de dos décadas por la potenciación de los "convenios extrajudiciales preconcursales".² Sin embargo, la instauración del *acuerdo extrajudicial de pagos* lejos de ser celebrada ha suscitado infinidad de críticas; en parte, por las deficiencias técnicas que presenta el texto articulado como Ley 14/2013, pero también, por la sospecha de que tras ella se esconde la presión ejercida por varios colectivos profesionales, que ven en la atribución de nuevas competencias una vía para soslayar los efectos que vienen padeciendo a causa de la crisis del sector inmobiliario. Sea como fuere, lo cierto es que la insatisfacción que ha provocado la alternativa legal al concurso se ha plasmado ya en otra iniciativa legislativa bien distinta, que no obstante, comparte con la normativa vigente la desjudicialización del procedimiento a seguir en los casos de crisis de empresarios y de consumidores.³

La Ley 14/2013 es un texto normativo cuya lectura inicialmente produce desconcierto, pero que a medida que se profundiza en su contenido casi genera desolación. No solo porque el concepto legal de "emprendedor" nada tenga que ver con quien acomete y comienza un negocio o empresa, ni porque las normas que se disponen estén azarosamente ubicadas, sino fundamentalmente, porque ningún cuidado se ha puesto en la precisión terminológica que requiere cualquier norma jurídica, ni menos aún, en coherencia los contenidos que se innovan o modifican. Muestra palmaria de lo primero, es la utilización indistinta —no exenta de implicaciones jurídicas— de los términos de "emprendedor" y de "empresario", y de lo segundo, la imposible reconciliación de las normas que prevén la exoneración del pasivo de la persona física en los concursos "directo" y "consecutivo".

El elenco de materias afectadas por esta Ley es amplísimo. Pero nuestras reflexiones se ciñen a los aspectos procesales más relevantes, sin ánimo de exhaustividad, y sin que ello suponga desconocer sus variadas implicaciones sustantivas. Aunque muchas son las deficiencias técnicas de la Ley, advertimos en este momento inicial de la falta de sistemática que preside la reforma de la Ley Concursal que nos interesa, cuyos

¹ La primera fue la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE núm. 179, de 27 de julio de 2013).

² cfr. ROJO, Ángel ("La reforma del derecho concursal español", *La reforma de la legislación concursal*, (Rojo, Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, págs. 107 y siguientes), que da cuenta de las iniciativas legislativas promovidas a favor de los acuerdos extrajudiciales, siendo especialmente relevante el procedimiento de "suspensión de pagos" previsto en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 —elaborada por el profesor Rojo— para aquellos supuestos en los que el deudor no hubiera incumplido aun sus obligaciones o cuyos incumplimientos no fueran globalmente significativos.

³ *Proposición de Ley sobre medidas ante la insolvencia personal y de protección ante el sobreendeudamiento*, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG, Congreso, Serie B, Núm. 152-1).

contenidos se disponen, sin justificación razonable, en distintas sedes —Capítulo V del Título I (*Acuerdo extrajudicial de pagos*) y Título III (*Apoyo a la financiación de los emprendedores*)—.

2. EL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

En una sede y con un título inapropiados, el artículo 21 de la Ley 14/2013 ha adicionado a la Ley Concursal un nuevo Título X en el que se regula un procedimiento alternativo al concurso —con el que comparte un mismo presupuesto objetivo—, cuyo cometido es que el deudor alcance un acuerdo con sus acreedores a partir de la *propuesta* elaborada por un *experto* al que la ley denomina "mediador concursal".

La introducción en la Ley Concursal del denominado "acuerdo extrajudicial de pagos" conlleva un cambio sustancial en los institutos preconcursales hasta la fecha conocidos. En palabras de PULGAR, se ha producido "el tránsito de un sistema basado en la autonomía de la voluntad de las partes ex artículo 1255 del Código Civil, que debe regir en todo caso el marco extrajudicial de composición de las crisis económicas, a una procedimentalización de dicha extrajudicialidad".⁴ Sin embargo, según la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, el acuerdo extrajudicial de pagos es "un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos" (EM II).

2.1. Naturaleza jurídica y caracteres

El procedimiento para alcanzar el acuerdo es un procedimiento *extrajudicial* y *facultativo* del deudor —y solo de él—, que presenta la singularidad de ser varios los órganos implicados en su sustanciación: de un lado, el registrador mercantil o el notario —correspondientes al domicilio del deudor—, y de otro, el mediador concursal. Al registrador o al notario le corresponde el control de admisión de la solicitud y el nombramiento del mediador; a éste, le corresponde la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos, la elaboración de la propuesta de acuerdo (plan de pagos, plan de viabilidad y, en su caso, fijación de la cuantía de los alimentos para el deudor y su familia) y la convocatoria de los acreedores a una reunión para debatir y aceptar o modificar el acuerdo.

Junto a los acuerdos de refinanciación, el acuerdo extrajudicial de pagos comparte la consideración de "instituto preconcursal", en el bien entendido sentido que constituye una alternativa al concurso de acreedores, siendo por ello incompatible con la admisión a trámite de la solicitud de concurso —ya voluntario, ya necesario—, incluida la comunicación al juzgado de la negociación de una propuesta anticipada de convenio

⁴ PULGAR EZQUERRA, Juana: "Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", *Especial emprendedores, las leyes que los apoyan*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, apartado III-3 (www.laley.es).

(arts. 231.4; 5 bis.1 LC). El procedimiento extrajudicial es incompatible también con el inicio por el deudor del proceso negociador para la consecución de un acuerdo de refinanciación, precisamente, porque antagónicos son los objetivos que persiguen la refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos: en un caso, la superación de la insolvencia; en el otro, la flexibilización de los pagos por causa de ésta. De ahí que la coherencia interna de la Ley Concursal aboque a la restricción de tal incompatibilidad, circunscribiéndola únicamente a los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación judicial.⁵

Esta alternativa al concurso es concebida por la ley como un "*beneficio*" al que pueden acogerse deudores insolventes *determinados*, es decir, que ni la ley dispone un procedimiento con un ámbito de aplicación general (*procedimiento ordinario*), ni tiene carácter preceptivo respecto de la declaración del concurso de aquéllos (*condición de procedibilidad*). Este beneficio tiene carácter *personalísimo*, razón por la cual los efectos de la apertura del procedimiento y, en su caso, del acuerdo, no afectan a los garantes del deudor ni a los obligados solidarios (cfr. arts. 235.5 y 240.3 LC).⁶

A priori, cabe valorar positivamente la previsión de un procedimiento alternativo al concurso para pequeños empresarios personas físicas o jurídicas. Sin embargo, el alcance de la norma es conscientemente limitado. En relación con el presupuesto subjetivo, cabría preguntarse *por qué* no se ha dado cabida a los consumidores, cuando son ellos, precisamente, quienes más podrían beneficiarse de una salida de la situación de insolvencia a medio plazo, sin tener que acudir necesariamente al procedimiento concursal⁷. Conviene recordar, que el sobreendeudamiento personal y familiar constituye en el momento actual un problema de primer orden; y que ya con la reforma de la Ley Concursal de 2011 se desaprovechó la ocasión de abordar el controvertido tema de la insolvencia de los consumidores. Con la reforma llevada a cabo mediante la Ley 14/2013, el legislador ha dejado escapar, una vez más, la oportunidad de dar salida a un problema social y económico acuciante.

⁵ En este sentido, compartimos el parecer de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, *Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales*, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, apartado I-9º (disponible en www.icam.es).

En particular, sobre la catalogación de los acuerdos de refinanciación, v. PULGAR EZQUERRA, Juana: "Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación", *El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, (Pulgar Ezquerro, Dir.), Ed. La Ley, Madrid, 2012, págs. 42 y ss.).

⁶ La Ley denota una falta de correlación entre los artículos 240 y 235, al omitir éste la referencia a los deudores solidarios, que no obstante deben entenderse incluidos, dada la contradicción que supondría que les afectará la apertura del procedimiento y que no les afectaran los efectos del acuerdo.

⁷ En este sentido, CUENA CASAS, Matilde ("No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto, Nº 50, 2013, www.elnotario.es) y FERNÁNDEZ SEIJO, José María ("Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013; BIB 2013\2208).

2.2. *Ámbito de aplicación*

Podrán acogerse al procedimiento extrajudicial los deudores insolventes en quienes concurran los presupuestos legales —empresario persona natural con un pasivo no superior a cinco millones de euros⁸ o persona jurídica que cumpla las condiciones que se establecen⁹— y en quienes no concurran las circunstancias que excluyen su aplicación (*prohibiciones*). La mayoría de estas circunstancias están referidas al deudor, y confirman que el procedimiento extrajudicial es concebido por la ley como un *beneficio* para deudores *determinados*: aquellos cuya trayectoria personal, empresarial o societaria denota credibilidad de cara a la conclusión de un acuerdo (art. 231.3 LC).¹⁰ En particular, la prohibición de acceso al procedimiento extrajudicial de las personas que en los tres últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso persigue evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos. Dicho en otros términos, el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia *inicial* —no *persistente*—.

⁸ La ley exige que la concurrencia de este presupuesto cuantitativo se acredite "aportando el correspondiente balance", exigencia que vendría a corroborar la condición *empresarial* del deudor persona natural, si bien el concepto de empresario no se corresponde con el genuino mercantil, sino que la ley, con interpretación auténtica, nos proporciona un concepto más amplio a efectos del procedimiento extrajudicial; concepto en el que tienen cabida también los profesionales y los trabajadores autónomos (art. 231.1 II LC).

⁹ El apartado 2 del artículo 231 es del siguiente tenor: "*También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones: a) Se encuentren en estado de insolvencia. b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley. 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 en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236*".

¹⁰ El apartado 3 del artículo 232 sanciona: "*No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial: 1.º Quienes 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. 2.º Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación. 3.º Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación de depósito de las cuentas anuales. 4.º Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores*".

En opinión de PULGAR, estas prohibiciones, y en particular las conectadas a la falta de inscripción, que fueron ya eliminadas en la reforma del artículo 104 de la Ley Concursal –2009– en relación a la propuesta anticipada de convenio, no hacen sino dificultar el acceso al procedimiento extrajudicial de pagos y quebrantan el principio de autonomía de la voluntad de las partes (PULGAR EZQUERRA, *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, op. cit., apartado III-3).

Por otra parte, la circunstancia de estar en situación de concurso alguno de los acreedores del deudor "que necesariamente debieran verse vinculados por el convenio" también enerva la posibilidad de incoar el procedimiento extrajudicial, aunque normalmente esta circunstancia escapará al control de admisión del registrador mercantil o del notario (art. 231.5 LC). La razón de ser de esta prohibición es evitar que el acuerdo conlleve una minoración de la masa activa del concurso del acreedor, aunque qué duda cabe que limita la aplicación práctica del procedimiento extrajudicial, pues en las circunstancias socioeconómicas actuales no es difícil aventurar que algún acreedor del deudor pudiera estar en situación de concurso. Ante el excesivo rigor de la norma, se ha considerado que únicamente opere si el acreedor ha sido declarado en concurso al momento de la admisión a trámite de la solicitud, y no si tal declaración sobreviene cuando ya está en marcha el procedimiento extrajudicial, en cuyo caso la voluntad del acreedor se expresará conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal (arts. 40 y 54 y siguientes LC).¹¹

2.3. Solicitud del deudor y nombramiento del mediador concursal

El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos se inicia mediante solicitud del deudor, en forma de *instancia*, cuyo pedimento principal —no el único (v.gr. petición de alimentos)— es el nombramiento de un mediador concursal (art. 232.1 LC). Si el deudor fuera persona jurídica será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador. La norma es casi reproducción literal de aquella otra originaria de la Ley Concursal sobre legitimación para instar el concurso de la persona jurídica que, inopinadamente, —*lapsus calamit?*—, ha desaparecido de la nueva redacción del apartado 1 del artículo 3, sin que hasta la fecha se haya enmendado el que —suponemos— debe ser un error material (cfr. art. 21.1 LE).

2.3.1. Contenido de la solicitud y efectos de su presentación

De forma un tanto ambigua, la ley exige que "en" la solicitud se hagan constar determinados contenidos, algunos de los cuáles son más propios de ser aportados mediante documentos adicionales; tales son, la lista de acreedores y las relaciones de contratos vigentes y de gastos mensuales previsibles que deba afrontar el deudor. Con independencia de que los créditos públicos estén excluidos del acuerdo extrajudicial y de que los titulares de créditos con garantía real tengan la *facultad* de sumarse al proceso negociador, la lista de acreedores deberá comprender a los titulares de estos créditos, con expresión de la cuantía y vencimiento de éstos (art. 232.2 LC). Es decir, que la ley no admite criterio de selección, por parte del deudor, para que sean convocados algunos de sus acreedores ordinarios, dejando de lado a otros tantos,

¹¹ Conclusiones sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales, adoptadas por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, op. cit., apartado I-6º.

debiendo ser convocados *todos* ellos a la reunión para debatir la propuesta de pagos.¹² Así se infiere de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 y de la legitimación para impugnar el acuerdo que se atribuye al "acreedor que no hubiera sido convocado" (EM II; art. 239.1 LC).

A la solicitud deberán acompañarse las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios, así como los documentos exigidos legalmente —variables según el deudor sea persona física (empresario/profesional) o jurídica— (ex art. 232.2 LC).

Desde la presentación de la solicitud el deudor no podrá solicitar la concesión de préstamos o créditos ni utilizar "medio electrónico de pago alguno", y deberá devolver las tarjetas de crédito a la entidad (art. 235.1). Como estima PULGAR, conectar estos efectos al acuerdo extrajudicial de pagos parece excesivo, puesto que desincentivará al deudor para acudir a este procedimiento, que no olvidemos es voluntario.¹³ La solicitud del nombramiento de un mediador concursal no obsta que el deudor continúe desarrollando su actividad laboral, empresarial o profesional, aunque con la limitación de no poder obtener nueva financiación (art. 235.1 LC).

2.3.2. Competencia y control de admisión

Como tantas otras cuestiones dudosas a causa de las deficiencias terminológicas de la Ley 14/2013, la norma de competencia adolece de falta de claridad y recrudece la controversia sobre el ámbito de aplicación subjetivo del procedimiento extrajudicial. Al respecto, establece la ley que si los deudores fueren empresarios o entidades "inscribibles" [*sic*], la solicitud para el nombramiento del mediador concursal le corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Pero dado que el término *inscribible* supone la potencialidad para ser inscrito y no la *inscripción* ya causada u obligatoria, cabría preguntarse hasta que punto la aplicación de esta norma engloba a casi todos los sujetos que pueden acogerse al procedimiento extrajudicial, y si su aplicación no reduce considerablemente la competencia atribuida "en los demás casos" al notario; máxime cuando en esta ocasión no parece existir un error material de transcripción, dado que la norma contempla el supuesto en que el solicitante no figurase inscrito, disponiendo que el registrador proceda "a la apertura de la hoja correspondiente" (232.3 LC).¹⁴

El control de admisión —a cargo del registrador mercantil o del notario— es el propio del control de legalidad sobre la concurrencia de los presupuestos que delimitan el

¹² En sentido contrario, SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique: "Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)", *Diario La Ley*, Nº 8196, de 21 de noviembre de 2013 (LA LEY 8713/2013).

¹³ PULGAR EZQUERRA, *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, op. cit., apartado III-3.

¹⁴ El tenor del apartado 3 del artículo 232 proviene del Proyecto de ley presentado por el Gobierno (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 52-1).

ámbito de aplicación del procedimiento. Con el deliberado propósito de que la presentación de la solicitud sea rigurosa, la ley sanciona con la inadmisión la falta de justificación de la concurrencia de los presupuestos legales o de la aportación de los documentos preceptivos, así como la aportación incompleta de éstos. En particular, la referencia expresa a la presentación de documentos "incompletos" descarta la interpretación proclive a la concesión de un trámite de subsanación, en abierta contradicción con la mayor flexibilidad que se concede al solicitante del concurso (cfr. art. 13.2 LC).

La ley prescribe también la inadmisión de la solicitud "cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 ó 4 del artículo 231", aunque en infinidad de casos, escapará al control del registrador o del notario la posible apreciación de su concurrencia (en particular, de la prevista en el número 1.º del apartado 3).

2.3.3. Nombramiento del mediador concursal

Será efectuado por el órgano competente para conocer de la solicitud, que nombrará a la persona física o jurídica que "*de forma secuencial corresponda*" de entre las integradas en una lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia —pendiente de publicación oficial— (art. 233.1 LC). La lista oficial de mediadores habrá de garantizar que los inscritos cumplen las exigencias de la *Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles* a las que se refiere la Ley 14/2013, y en particular, que tienen "formación específica para ejercer la mediación" y que han suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación (art. 11 LM). A la condición de mediador se añade también "alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27", en referencia a la cualificación profesional que la Ley Concursal exige al abogado o al economista.

La habilitación al Gobierno para reglamentar en *qué* consiste la formación en mediación y *cómo* se acredita su adquisición (*ex* Disposición final 8ª LM) ha dado luz al *Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*. En particular, el nombramiento de mediador concursal requiere inscripción previa en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que crea el Real Decreto, a diferencia del carácter voluntario de la inscripción del mediador, a secas (cfr. art. 11.1 RD 980/2013).¹⁵

¹⁵ Expresivo es, a este respecto, el *Preámbulo* del Real Decreto: "*Con la excepción de los mediadores concursales, la inscripción en el registro no se configura con carácter obligatorio sino voluntaria para mediadores e instituciones de mediación. Sin embargo, la regulación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación hace de él una pieza importante para reforzar la seguridad jurídica en este ámbito, en la medida que la inscripción en el mismo permitirá acreditar la condición de mediador, que plasmada en el acta inicial de una mediación será objeto de comprobación tanto por el notario que eleve*

Respecto del *contenido* de la formación del mediador, el Real Decreto establece que deberá proporcionar conocimientos y habilidades “suficientes” para el ejercicio profesional de la mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que se presten los servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. Esta formación específica se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último al menos, un 35% de la duración mínima de formación establecida en el Real Decreto —cien horas de docencia efectiva— (arts. 4 y 5 RD 980/2013). Por su parte, la adquisición de la formación se acreditará mediante *certificado* expedido por los centros o entidades de formación —públicos o privados— que cuenten con habilitación legal para el desempeño de tales actividades o con la debida autorización de la Administración pública competente en la materia, a cuyo efecto, el Ministerio de Justicia ¿fiscalizará? los programas de formación (contenidos, metodología, evaluación, perfil profesional de los destinatarios y modelo de certificado electrónico) que les remitan (art. 7 RD 980/2013).

A diferencia de lo que acontece con los administradores concursales, cuyo nombramiento por el juez del concurso es discrecional, el registrador mercantil o el notario habrán de nombrar mediador concursal a la persona física o jurídica cuyos datos le sean suministrados por el Portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado; individualización que recaerá sobre quien “de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante” (art. 19.3 RD 980/2013).¹⁶ No obstante, hasta la entrada en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, la relación de mediadores concursales que se comunicará a la Agencia del Boletín Oficial del Estado se confeccionará a partir de las

a escritura pública el acuerdo de mediación, como [por] el juez que proceda a la homologación judicial de tales acuerdos.

[...] *Como se ha apuntado, no obstante la voluntariedad de las inscripciones en el Registro de Mediadores, el apartado 1 del artículo 233 de la Ley Concursal, establece la necesidad de que sea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia el que suministre al portal del “Boletín Oficial del Estado” los datos necesarios para facilitar a Notarios y Registradores Mercantiles el nombramiento de mediadores concursales. Es por ello que la existencia y regulación de ese registro como paso previo al nombramiento de los mediadores concursales se hace ineludible” (III).*

¹⁶ Para el caso en que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincial solicitada, el Real Decreto dispone que el Portal suministre el que corresponda —entiéndase, también *en forma secuencial*— de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible, el primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma; con carácter residual, el Portal señalará el mediador que corresponda dentro de todo el territorio nacional (art. 19.3 RD 980/2013).

Estimamos que la expresión “*que de forma secuencial corresponda*” empleada tanto por la Ley Concursal como por el Real Decreto y su contraposición con “el primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma”, denotan que la individualización “*secuencial*” del mediador es diferente al orden de ingreso de los mediadores en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación; ingreso que según el Real Decreto tendrá lugar “por orden estrictamente cronológico de recepción” de la solicitud de inscripción (cfr. art. 19.2 RD 980/2013).

listas de administradores concursales que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 18 del Real Decreto (Disposición transitoria 2ª RD 980/2013).

Como quiera que la denominación de "mediador concursal" evoque el régimen jurídico de la mediación, y haya suscitado recelos que el mediador desempeñe la función de administrador concursal en el concurso consecutivo, nos aprestamos a manifestar nuestra opinión sobre esta novedosa figura y su diferenciación con la institución que regula la Ley 5/2012. Y es que 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 —la más sobresaliente, elaborar un plan de pagos—, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas, en la forma, en los tiempos, y con los límites y condicionamientos que marca la ley.¹⁷

Qué diferente la tarea del "mediador concursal", consistente en comprobar la existencia y cuantía de los créditos y en elaborar un plan de pago, y la asistencia a las partes del "mediador", a secas, para que éstas alcancen un acuerdo *por sí mismas* (art. 1 LM); qué diferentes los límites legales del contenido del acuerdo extrajudicial de pagos y el límite genérico de que el acuerdo de mediación no sea contrario a Derecho (art. 25.2 LM); qué diferente el carácter reglado del procedimiento extrajudicial y la flexibilidad del procedimiento de mediación (art. 10.1 LM); y qué desmesurada nos parece la extrapolación al acuerdo extrajudicial de la *confidencialidad* propia del mediador cuando lo único que la Ley Concursal toma de la Ley de Mediación es la formación en técnicas de negociación que se exige al "mediador concursal". Algunas referencias legales son significativas al respecto: la Ley de Mediación no es supletoria del procedimiento extrajudicial de pagos; y no lo es, ni en bloque, ni tan siquiera el estatuto orgánico del mediador. En cambio, sí integra el estatuto del "mediador concursal" lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes (arts. 233.1; 71 bis.4 LC).¹⁸

2.3.4. La apertura del procedimiento y sus efectos sobre los acreedores

En la regulación legal del procedimiento extrajudicial —al que con terminología propia de las actuaciones de *jurisdicción voluntaria* se le denomina "expediente"—, se echa en falta la precisa delimitación de su *inicio* y *finalización*. Esta omisión es tanto más censurable atendidos los efectos que se atribuyen a la iniciación del procedimiento,

¹⁷ En sentido parecido, v. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, "La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal", *Diario La Ley*, Nº 8225, de 9 de enero de 2014 (apartado V).

¹⁸ Precisamente porque la "mediación concursal" que instaura la Ley 14/2013 no es *mediación aplicada* en materia concursal, sino *mediación reglada*, no incurrimos en contradicción con lo expuesto en otra sede abogando por la incompatibilidad funcional —que no orgánica— de las funciones de mediador y de administrador concursal (SENÉS, Carmen: "Concurso y proceso", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, 2012, págs. 39 y 40).

que según la ley se producen "desde la publicación" de la apertura del expediente (art. 235.2 LC). Y dado que la publicación que dispone la ley no es la de la presentación de la solicitud del deudor, sino el nombramiento del mediador —una vez aceptado—, todo parece indicar que hasta que la aceptación no se produzca el procedimiento no se tiene por iniciado, ni sus efectos sobre los acreedores podrán retrotraerse a la fecha de presentación de la solicitud (a pesar de que esta fecha sí es relevante respecto de las limitaciones que se imponen al deudor: art. 235.1 LC).¹⁹

Por su parte, respecto de la finalización del procedimiento la ley solo prevé el "cierre" del expediente en caso de ser alcanzado el acuerdo y, precisamente, con su elevación a escritura pública —o con la presentación de la correspondiente copia al registrador mercantil (art. 238.2 LC)—. Pero nada dice sobre *cómo* y *cuándo* se tendrá por concluido el expediente en caso de no ser alcanzado el acuerdo, en el bien entendido sentido que teniendo el mediador el deber de instar la declaración de concurso si el deudor continuara en insolvencia, deberá acreditar al juzgado el cierre del expediente registral o notarial.

La apertura del procedimiento le sirve al deudor de "escudo protector" frente a la actuación de los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo, pues despliega los efectos siguientes:

1.º) Desde la publicación de la apertura del procedimiento, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones ni continuar las que tuvieran pendientes —suspensión— hasta un plazo máximo de tres meses (art. 235.2 LC).²⁰ Se sanciona así una nueva causa legal de suspensión de la ejecución —a nuestro parecer, sin justificación razonable—, que deberá ser acordada por el secretario (arts. 565.1 y 568.1 LEC). Se exceptúa la ejecución de la garantía real que podrá ser iniciada o continuada por el acreedor, en cuyo caso no podrá éste participar en el acuerdo extrajudicial.

2.º) La inscripción de la apertura del procedimiento en los registros de bienes (de la Propiedad o de Bienes Muebles) evitará el acceso al registro de la anotación preventiva de embargos o secuestros posteriores a la "presentación de la solicitud del nombramiento del mediador concursal". Esta limitación

¹⁹ La interpretación que sostenemos sobre el inicio del procedimiento viene corroborada por el artículo 13 —apartado 1— del RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal, dado que los contenidos que engloba la publicación de la "apertura del expediente" comprende, entre otros, la fecha de aceptación del mediador concursal y los datos para su identificación, siendo inviable la remisión de información por el registrador mercantil o el notario en tanto la aceptación no tenga lugar.

²⁰ En este sentido, compartimos con PULGAR el exceso que comporta la paralización de las ejecuciones individuales para los acreedores en conexión con un mero intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (PULGAR EZQUERRA, *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, op. cit., apartado III-3).

sugiere la retroacción de los efectos de la apertura del procedimiento extrajudicial al momento de presentación de la solicitud, en abierta contradicción con el momento en el que la ley tiene por iniciado el expediente (*ex artículo* 235.2 LC). Se exceptúan del cierre registral las anotaciones de embargo en garantía de créditos públicos y, también, los adoptados en procedimientos seguidos por los acreedores titulares de créditos con garantía real (aun cuando la inscripción de la garantía hace innecesaria la traba).

3.º) Desde que el secretario haya dejado constancia de la comunicación sobre la apertura de las negociaciones los acreedores no podrán instar la declaración de concurso en tanto no transcurran tres meses desde la comunicación (arts. 235.6; 5 bis.4; 15.3 LC). Cuestión diferente es si el deudor puede desistir del procedimiento extrajudicial, o en otro caso, si debe *agotar* los trámites que conduzcan a la propuesta de acuerdo. A este respecto estimamos que al estar concebido el acuerdo extrajudicial de pagos como un *beneficio* del deudor insolvente, el desistimiento unilateral es posible hasta la comunicación de la propuesta inicial a los acreedores, momento a partir del cual la falta de aceptación por el deudor de la propuesta del mediador no evitará la declaración del concurso consecutivo.

Con claras deficiencias técnicas, la ley ha dispuesto lo que parece ser una admonición a los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo, consistente en el deber de "abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común" (art. 235.3 LC).

La protección que supone para el deudor la apertura del procedimiento tiene carácter personalísimo y, en consecuencia, no alcanza a los obligados solidarios con el deudor ni a los garantes, que podrán ser demandados siempre que el crédito estuviera vencido (*acción de condena*) (arts. 235.5 y 240.3 LC). Cuestión diferente es que las personas del entorno familiar o societario del deudor puedan tener un tratamiento más favorable en el procedimiento extrajudicial del que les correspondería en el proceso concursal, en la medida en que aquél desconoce la condición de "personas especialmente relacionadas" con el deudor y la categoría de los créditos subordinados (arts. 92.5º y 93 LC).

2.4. El acuerdo extrajudicial de pagos

2.4.1. La propuesta inicial de pagos y su modificación

Corresponde al mediador concursal la elaboración de la propuesta inicial de pagos a partir de la documentación aportada por el deudor "en" [*sic*] la solicitud (art. 232.2 LC). La lista de acreedores comprenderá, separadamente, los créditos garantizados con garantía real, los créditos de Derecho público y los restantes créditos. La razón de ser de esta separación obedece al diverso régimen jurídico que corresponde a los titulares de cada modalidad de crédito: *i)* Los acreedores que tengan su crédito garantizado con

garantía real son "*invitados*" a participar en las negociaciones, y de querer participar en éstas, *deberán* comunicarlo expresamente al mediador en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria (art. 234.4 LC); *ii*) Los titulares de créditos de Derecho público no serán convocados porque estos créditos no pueden ser objeto del acuerdo, pero al plan de pagos deberá acompañarse "necesariamente" copia de la solicitud o acuerdo de su aplazamiento, o, al menos, la indicación de las fechas de pago si no van a ser satisfechos en sus plazos de vencimiento (art. 236.1 LC); y, *iii*) Los titulares de los créditos restantes tienen la obligación de asistir a la reunión convocada, pero pueden eludirla si *toman posicionamiento* frente a la propuesta inicial (*carga*), en los diez naturales anteriores a la fecha prevista para la celebración de la reunión (art. 237.1 LC).

La inasistencia del acreedor a la reunión se sanciona con la subordinación de su crédito en el concurso consecutivo que pudiera sobrevenir (art. 237.1 *in fine* LC). En este sentido, se ha considerado que únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo y el acreedor, ni asiste ni expresa su oposición *hasta* diez días naturales anteriores a la reunión.²¹ Con el propósito de favorecer la aceptación de los acreedores, la ley establece que al acreedor que aceptará la propuesta inicial de pago y/o espera de su crédito no le afectará la alteración de las condiciones que pudieran ser acordadas en la reunión (art. 237.2 LC).

La propuesta inicial comprende un *plan de pagos* de contenido preceptivo (pago de obligaciones futuras, alimentos al deudor, propuesta de negociación de créditos y préstamos, y acuerdo/solicitud de aplazamiento del pago de deudas públicas) y un *plan de viabilidad*. Deberá ser remitida por el mediador con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, la cual habrá de tener lugar "tan pronto como sea posible" (art. 236.1 LC). Los acreedores podrán presentar propuestas de modificación o propuestas alternativas en los diez días naturales siguientes al "envío" —debería ser *recepción*— de la propuesta inicial. Transcurrido el citado plazo, el mediador enviará a los acreedores la propuesta de pagos y de viabilidad *final* aceptada por el deudor (art. 236.3 LC). El plan de pagos y de viabilidad podrá ser modificado en la reunión con los acreedores, salvo las condiciones incluidas en la propuesta inicial que hubieran sido aceptadas en tiempo y forma por los acreedores respecto de sus respectivos créditos que son vinculantes.

2.4.2. Contenido del acuerdo y sus límites

La propuesta de pagos puede consistir en quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta tres años, en cuyo caso la aceptación del acuerdo requerirá el voto favorable —o la aceptación previa a la reunión— de los acreedores que representen el 60% del pasivo del deudor (excluidos los créditos de Derecho público). También podrá consistir en la cesión de bienes a los acreedores "en pago" de sus deudas —con

²¹ *Conclusiones sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores*, op. cit., apartado I-11.⁹

extinción total o parcial de los créditos según lo acordado (art. 240.2 LC)—, en cuyo caso el acuerdo deberá ser aceptado por acreedores que representen el 75% del pasivo del deudor (excluidos los créditos de Derecho público), así como por el acreedor que cuente con garantía real sobre los bienes objeto de cesión (arts. 236.2 y 238.1 LC). A fin de clarificar el cómputo de estas mayorías, la ley ha especificado que para su formación "se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo", es decir, que el cómputo de las mayorías no atiende a la modalidad del crédito —según esté o no garantizado con garantía real— sino a la *afectación* resultante del consentimiento prestado por cada uno de los acreedores, incluidos, en su caso, los titulares del créditos con garantía real.

2.4.3. Formalización del acuerdo y finalización del procedimiento

La eficacia del acuerdo extrajudicial de pagos requiere la formalización de éste en escritura pública que servirá para la conclusión ("cierre") del expediente. La conclusión del procedimiento deberá ser comunicada por el registrador mercantil o el notario al juzgado que fuera competente para la declaración de concurso y a los registros de bienes para la cancelación de las anotaciones relativas a la pendencia del procedimiento extrajudicial. También se comunicará al Boletín Oficial del Estado y al Registro Público Concursal para su publicidad general (art. 238.2 LC). En particular, la publicación del acuerdo extrajudicial de pagos en el Registro Público Concursal tendrá lugar mediante *anuncio* remitido por el registrador mercantil o el notario que contendrá los datos identificativos del deudor —incluido su número de identificación fiscal—, el notario o registrador competente, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal —incluido su número de identificación fiscal— y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido (art. 14.1 RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal).

En caso de no ser alcanzado el acuerdo habrá que entender que el mediador concursal deberá poner de manifiesto esta circunstancia al registrador o al notario para que den por concluido el procedimiento sin acuerdo, pues no es razonable entender que éste permanezca abierto *sine die*, con independencia de que se inste la declaración de concurso por el deudor o por el mediador concursal (arts. 238.3; 5 bis.4 LC). Así lo corrobora el artículo 13 —apartado 2— del Real Decreto 892/2013, que además, atribuye al registrador mercantil o al notario la comunicación al Registro Público Concursal de la finalización de las negociaciones tras el cierre del expediente.

2.4.4. Eficacia del acuerdo

Los créditos de los que sean titulares los afectados por el acuerdo extrajudicial quedarán aplazados en tanto no transcurra el plazo de espera pactado, o quedarán remitidas las deudas, total o parcialmente, conforme al acuerdo. En caso de cesión de

los bienes *en pago*, los créditos se considerarán extinguidos, en todo o en parte, conforme a lo pactado (art. 240.2 II LC).²²

Estos varios efectos —extintivo o excluyente— confirman la eficacia novatoria del acuerdo extrajudicial de pagos, aunque su proyección en el ámbito procesal sea mucho más contundente que el de cualquier otro acuerdo que pudieran alcanzar acreedor y deudor respecto del proceso de ejecución singular (cfr. arts. 556.1 II; 557.1, 5ª y 6ª LEC). Y es que el acuerdo alcanzado en "mediación concursal" *extingue* la acción ejecutiva, enervando la posibilidad de que los acreedores inicien o continúen ejecuciones contra el deudor *por deudas anteriores a la publicación de la apertura del procedimiento* (art. 240.1 LC). Esta previsión, que *prima facie* pudiera parecer muy gravosa a los acreedores es lógica consecuencia de una concepción legal que rechaza los "tiempos muertos" entre la constatación por el mediador del incumplimiento del acuerdo y la solicitud del concurso consecutivo; solicitud del mediador y declaración de concurso que bien podrán ser inmediatos, dado que la ley presume que el incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC). Acorde con la extinción de la acción ejecutiva, la ley permite al deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez —querrá decir, del secretario— que los hubiera acordado (art. 240.1 LC).

En defecto de previsión legal expresa sobre el tratamiento procesal de la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones será el propio de la declaración de concurso: frente a la interposición de la demanda ejecutiva no se dictará auto despachando ejecución si le consta al tribunal —comúnmente, el Juzgado de Primera Instancia— la conclusión del procedimiento extrajudicial con acuerdo que afecte al acreedor (art. 568.1 LEC). Y respecto de las ejecuciones pendientes, se acordará el mantenimiento de la suspensión hasta que proceda el sobreseimiento de la ejecución por cumplimiento del acuerdo (art. 570 LEC) o la acumulación al concurso consecutivo en caso de incumplimiento o anulación de aquél (art. 55.2 LC).

2.4.5. La impugnación del acuerdo

Se ventilará en un proceso jurisdiccional de doble instancia —con apelación de tramitación preferente— que se sustanciará ante el juez competente para la declaración de concurso por los trámites del incidente concursal común (aun no siendo un incidente concursal en sentido propio).

La acción de impugnación —que la ley califica de *anulación*— deberá ser ejercitada en los diez días siguientes a la publicación del acuerdo —¿en el Boletín Oficial del Estado,

²² Si en el acuerdo alcanzado las partes acuerdan que el pago por cesión de bienes extingue totalmente el crédito, nos encontramos ante una auténtica *dación en pago* —que no "para el pago"—, puesto que el acreedor recibe a título de pago una prestación distinta de la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*), con la virtualidad de tenerla por extinguida (art. 1175 C.c.).

en el Registro Público Concursal o a partir de la última de estas publicaciones?—. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente y carecerán de efectos suspensivos (art. 239.3 LC). La legitimación para impugnar el acuerdo extrajudicial le corresponde a los acreedores no convocados a la reunión, a los que no hubieran votado a favor del acuerdo —votantes en contra y los que se hubieren abstenido— y a los que hubieran manifestado su oposición *hasta* los diez días naturales anteriores a la reunión (art. 239.1 LC).

Los motivos de oposición son tasados (*sumariedad*): falta de concurrencia de las mayorías exigidas —incluido el porcentaje que corresponda a los acreedores que no hubieran sido convocados—, incumplimiento de los límites legales de la quita y/o la espera, y la desproporción de éstas —art. 239.2 LC—, reiterándose una vez más la falta de precisión legal sobre los términos para concluir sobre la desproporción, tal y como ya hiciera la reforma de la Ley Concursal de 2011 respecto de la impugnación de la homologación de los acuerdos de refinanciación (cfr. Disposición adicional 4ª.4 LC).²³

La anulación *firme* del acuerdo "dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242" (art. 239.6 LC). Tanto la expresión "*dará lugar*" como la consideración legal de que es concurso consecutivo "*el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado*" sugieren que la declaración del concurso consecutivo tiene lugar *de oficio*.

3. ESPECIALIDADES DEL CONCURSO CONSECUTIVO

El calificativo "*consecutivo*" es expresivo de que el deudor ha utilizado el procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo con sus acreedores y de que tal procedimiento no ha servido para satisfacer los derechos de éstos, ya por no haber sido posible el acuerdo, ya por haber sobrevenido el incumplimiento o la anulación de éste. Por utilización del procedimiento entendemos los trámites siguientes a la admisión a trámite de la solicitud del deudor. Por su parte, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo puede ponerse de manifiesto tempranamente (art. 236.4 LC), o, al inicio o término de la reunión de los acreedores si la mayoría crediticia exigida para la adopción de un acuerdo válido no concurriese en los asistentes o los votantes a favor (art. 238.1 LC).

Desde el punto de vista procedimental, el concurso consecutivo es un concurso sin opción a convenio y consiguiente apertura *inmediata* de la fase de liquidación (excepción hecha del supuesto de insuficiencia de masa activa, que se acomodará a la norma general prevista en el art. 176 bis LC).²⁴ En tanto que la fase *común* es una fase

²³ cfr. SENÉS, Carmen, "La homologación de los acuerdos de refinanciación", *ADCo*, núm. 30 (septiembre-diciembre), 2013, págs. 68 y 69.

²⁴ Como acertadamente ha puesto de manifiesto de PULGAR, la vinculación de los mecanismos exoneratorios a la liquidación de la masa activa —ex arts. 178.2 y 245.2-5ª LC— suscita la controversia sobre su posible aplicación en los supuestos de conclusión del concurso por insuficiencia de masa, cuyo

de tramitación necesaria en todo concurso, en el concurso consecutivo coexistirán la fase común y la de liquidación. A nuestro parecer, resulta excesivo el rigor con el que se "sanciona" al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial y no lo ha conseguido frente al trato más favorable que se dispensa al concursado "directo" [sic]. En este sentido, PULGAR ha manifestado que dicha previsión desincentiva la vía del acuerdo extrajudicial de pagos, pues de no haber intentado el deudor este acuerdo, el concurso podría concluir por la vía del convenio; solución de convenio que, salvo que se superen los límites legales impuestos a la quita o la espera, no conlleva la apertura de la sección de calificación.²⁵

Por lo demás, las especialidades del concurso consecutivo son de índole orgánica y sustantivas (art. 242.2 LC). La única especialidad orgánica consiste en que, como regla —"salvo justa causa"—, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, el cual no podrá percibir más retribución que la fijada en el procedimiento extrajudicial, salvo que el juez, "atendidas circunstancias excepcionales fije otra cosa" (art. 242.2.1ª LC). Respecto de esta norma sobre la retribución caben dos posibles interpretaciones. De un lado, entender que el administrador no puede percibir en el concurso consecutivo remuneración alguna; de otro, entender que la remuneración que perciba el administrador en el concurso consecutivo habrá de ser la misma que la que hubiese percibido en el procedimiento extrajudicial. Cualquiera que sea la interpretación que se sostenga, lo cierto es que esta singularidad de la retribución tiene el propósito de fomentar la función *negociadora* [sic] del mediador concursal, diluyendo cualquier incentivo económico derivado del posible concurso consecutivo.²⁶

Respecto de las especialidades sustantivas, la ley dispone las siguientes: en primer lugar, la extensión de la categoría de créditos contra la masa al procedimiento extrajudicial, tanto respecto de los gastos del expediente en sí, como de los que mereciendo tal calificación con arreglo a la norma general —artículo 84 LC— se hayan generado durante su tramitación. En segundo lugar, el *dies a quo* del plazo de dos años para determinar los actos rescindibles del deudor será la fecha de solicitud de nombramiento de un mediador concursal. En tercer lugar, los acreedores que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial quedan relegados de la *carga* de comunicar sus créditos, que serán reconocidos de forma automática. Esta previsión suscita ciertas dudas sobre el ámbito de aplicación subjetivo. De un lado, porque si el acuerdo extrajudicial de pagos no se hubiera alcanzado, ningún acreedor habrá podido firmar un acuerdo que no se ha materializado, y de otro, porque si el acuerdo fuera

supuesto de hecho —insuficiencia de bienes para atender los créditos contra la masa— es antagónico a uno de los requisitos exigidos para la exoneración —la satisfacción íntegra de aquéllos—, y quizás deje entrever una posible presunción de concurso culpable (PULGAR EZQUERRA, *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, op. cit., apartado III-4).

²⁵ PULGAR EZQUERRA, *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, op. cit., apartado III-3.

²⁶ La propia Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 denomina "negociador" al mediador concursal (EM II).

incumplido, la referencia a los acreedores *firmantes* hace pensar que solo quedan relegados de la comunicación de créditos los que lo hubieran aceptado, ya con anterioridad a la reunión, ya en el transcurso de ésta. El establecimiento de un trato de favor fundado en la posición mantenida respecto del acuerdo mereció la crítica del Consejo General del Poder Judicial en su Informe.²⁷ Estimamos, sin embargo, que tal previsión es lógica consecuencia de ser un mismo sujeto el llamado a desempeñar la función de mediador concursal y de administrador del concurso consecutivo, pues parece razonable que se relegue de la carga de la comunicación al acreedor aceptante del acuerdo, desde el momento en que la existencia y cuantía de su crédito ya fueron reconocidas en el procedimiento extrajudicial y, precisamente, por el administrador concursal en su condición de mediador. De ahí que si el juez nombrara administrador del concurso consecutivo a persona diferente de aquella que haya desempeñado la función de mediador concursal, la carga de *todos* los acreedores de comunicar los créditos parece insoslayable, pues en nada quedará vinculado el administrador concursal por los actos del mediador.

Por último, la especialidad sustantiva más relevante del concurso consecutivo es la previsión de un mecanismo de exoneración de deudas para el empresario persona física: “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” (art. 242.2.5ª LC). Nos encontramos ante la denominada “segunda oportunidad” o “*fresh start*”, regulada por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico aunque con efectos muy limitados. Este mecanismo exoneratorio limita el principio, hasta ahora intocable, de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 C.c.).

El ámbito de la remisión de deudas es muy reducido, ya que exigir el pago completo de los créditos privilegiados supone haber satisfecho íntegramente todas las deudas garantizadas con hipoteca, prenda o similar. Por tanto, la tan predicada “segunda oportunidad” para pequeños empresarios es relevante solo en el papel, hasta el punto de haber sido calificada, gráficamente, de “*minifreshstart*”.²⁸ A mayor abundamiento, esta especialidad del concurso consecutivo supone una doble distorsión de la remisión de deudas de la persona física y es contradictoria con el régimen unitario que postula la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 (II), pues ni se compadece con la norma general del concurso “directo” —cuya exigencia de satisfacción de los créditos es más gravosa o más favorable según respecto de *qué* créditos, ordinarios o de Derecho público (art. 178.2 LC)—, ni con la más favorable que establece la Ley de Enjuiciamiento

²⁷ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, de 11 de julio de 2013, p. 52 (www.poderjudicial.es).

²⁸ CUENA CASAS, *No hay segunda oportunidad para el que menos tiene*, op. cit.

Civil para el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada si el acreedor hubiera optado por la ejecución separada de la garantía [cfr. art. 579.2 a) LEC].

BIBLIOGRAFÍA:

CUENA CASAS, Matilde, "No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", *El notario del siglo XXI*, julio-agosto, nº 50, 2013 (www.elnotario.es).

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización*, de 11 de julio de 2013 (www.poderjudicial.es).

FERNÁNDEZ SEIJO, José María, "Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013 (BIB 2013\2208).

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, "La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal", *Diario La Ley*, nº 8225, de 9 de enero de 2014.

Magistrados de lo Mercantil de Madrid, *Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales*, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013 (disponible en www.icam.es).

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Preconcurso y acuerdos de refinanciación", *El concurso de acreedores. Adaptado a la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal*, (Pulgar Ezquerra, Dir.), Ed. La Ley, Madrid, 2012.

PULGAR EZQUERRA, Juana, "Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", *Especial emprendedores, las leyes que los apoyan*, Ed. La Ley, Madrid, 2013 (www.laley.es).

ROJO, Ángel, "La reforma del derecho concursal español", *La reforma de la legislación concursal*, (Rojo, Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 88-130.

SANJUAN Y MUÑOZ, Enrique, "Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)", *Diario La Ley*, nº 8196, de 21 de noviembre de 2013 (LA LEY 8713/2013).

SENÉS, Carmen, "La homologación de los acuerdos de refinanciación", *ADCo*, núm. 30 (septiembre-diciembre), 2013, pp. 47-74.

SENÉS, Carmen, "Concurso y proceso", *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 12, 2012, pp. 24-40.

Fecha de recepción: 3-12-2013

Fecha de aceptación: 30-12-2013