

1.7. Concursal Civil

El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario*

Non-judicial repayment agreements following Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism, and mortgage lending

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el régimen jurídico de los AEP diseñado por la Ley 14/2013, los créditos con garantía real solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial de pagos y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal. Se trataba, pues, de un régimen de sometimiento voluntario. Frente a ello, la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad (procedente del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero) introduce como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulando un procedimiento simplificado para estas y la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, mediante «arrastre» de los mismos. En el ámbito del AEP puede imponerse una dación en pago (por el 100% del valor actualizado del bien hipotecado) al acreedor con garantía real, aunque disienta del mismo. Si con la dación en pago no queda completamente satisfecho el crédito privilegiado (la cuantía del cual es determinada con arreglo al art. 94.5 LC), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda y sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado. Si bien podría argumentarse que la dación en pago procediese por el 100% del valor de tasación inicial del bien.

ABSTRACT: *Under the legal framework governing Non-judicial Repayment Agreements (NJR agreements) designed by Law 14/2013, loans secured by a collateral could only be included under the non-judicial repayment agreement and affected by it where this was so decided by the creditors of the loan, notifying this expressly to the insolvency receiver. As such, it was a voluntary framework. In contrast, Law 25/2015 of 28 July on the second-chance mechanism (deriving*

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

from Royal Decree-Law 1/2015 of 27 February) introduces, as the main elements of the new legal framework governing NJR agreements, the extension of its scope of application to natural persons who are not business proprietors, establishing a simplified procedure for such people and the possibility of extending the effects of the agreement to dissenting secured creditors, who would be 'dragged into' it. Within the context of an NJR agreement, a creditor with a guaranty of this kind may be compelled to accept an assignment of collateral in settlement of its claim (for 100% of the updated value of the mortgaged asset). Where such an assignment of collateral is insufficient to completely discharge the preferred credit right (the value of which is determined in accordance with artículo 94.5 of the Insolvency Act), the balance shall remain undischarged within the NJR agreement in accordance with the pertinent classification and subject to any write-offs or deferrals that may be agreed. Although it could be argued that the assignment of collateral in settlement of the debt should be for 100% of the initial appraised value of the asset.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo extrajudicial de pagos. Garantía real. Dación en pago.

KEY WORDS: *Non-judicial repayment agreement. Collateral. Guaranty. Non-recourse debt.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRESUPUESTOS: QUIENES PUEDEN, O NO PUEDEN, ACCEDER AL AEP.—III. LA SOLICITUD DE AEP.—IV. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL.—V. EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.—VI. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO HASTA LA REUNIÓN DEL DEUDOR CON SUS ACREDITORES.—VII. LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—VIII. EFECTOS DEL ACUERDO SOBRE LOS ACREDITORES.—IX. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—X. EL CONCURSO CONSECUITIVO. ESPECIALIDADES.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo mediante su artículo 21.7 un nuevo Título a la LC, el Título X, que llevaba por rúbrica «*El acuerdo extrajudicial de pagos*» (arts. 231 a 242 LC). Como señalaba ALCOVER GARAU, el acuerdo extrajudicial de pagos introducido consistía en «un procedimiento extrajudicial alternativo al concurso que inicia determinado deudor solicitando al Registrador mercantil o, de forma excepcional, al Notario de su domicilio que nombre a un mediador concursal, el cual, una vez aceptado el cargo, convoca a determinados acreedores del deudor a una reunión a la que deberán asistir y en la que se discute un plan de pagos previamente elaborado por el mediador concursal con el consentimiento del deudor, con una quita máxima del 25% y una espera que no puede superar los 3 años, que se aprueba si vota a favor del mismo el 60 % del pasivo. Si no se aprueba y el deudor sigue en insolvencia, el mediador concursal solicita inmediatamente

al juez mercantil la declaración de concurso, llamado concurso consecutivo, en el cual se abre necesaria y simultáneamente la fase de liquidación». El fracaso, pues, del acuerdo extrajudicial de pagos impedía una posterior presentación y aprobación de convenio de acreedores en el concurso consecutivo¹. Por otro lado, no quedaba claro si solo participaban en el acuerdo los acreedores del deudor incluidos en la lista confeccionada por este (arts. 234.1 y 237.1 LC) o todos los acreedores del deudor (como indicaba la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013), lo que planteaba el problema de la posición en que quedaban los acreedores del deudor no insertos en la mencionada lista. El legislador había indicado que el acreedor no convocado podía impugnar el eventual acuerdo alcanzado (que le afectaría en cuanto acreedor), siempre y cuando su voto negativo o su abstención hubieran sido decisivas para no alcanzar el acuerdo². De acuerdo con el artículo 231.4.II LC, los créditos con garantía real *solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal (art. 231.5.II en relación con el art. 234 LC)*³. Por su parte, el artículo 236.2 LC disponía que la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podría consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de deudas [o sea, en daciones en pago], debiéndose entonces contar con la aprobación de acreedores que representasen el 75% del pasivo y el consentimiento del acreedor que ostentase una garantía real sobre tal bien⁴. En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo del procedimiento, el artículo 231 LC lo circunscribía al empresario persona natural, o profesional, o trabajador autónomo, cuyo pasivo no superase los 5 millones de euros, *excluyendo a los particulares*.

Esta regulación, de la que hemos extraído algunos extremos que nos parecen relevantes, ha sido modificada por la Ley 25/2015, de Segunda Oportunidad (procedente del Real Decreto-ley 1/2015)⁵. Esta Ley permite, como importante novedad, que toda persona física pueda acogerse al AEP y que los acreedores titulares de garantías reales puedan verse vinculados por el mismo, «por arrastre». Por otro lado, en el eventual concurso consecutivo podrá alcanzarse un convenio concursal (art. 242.2.1.^a LC), salvo en el caso de personas físicas no comerciantes, en que el concurso consecutivo desemboca necesariamente en liquidación⁶.

II. PRESUPUESTOS: QUIENES PUEDEN O NO PUEDEN ACCEDER AL AEP

Puede acceder al procedimiento extrajudicial de pagos (art. 231 LC), «*cualquier persona física o jurídica, comerciante o no*», que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros». Se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Para que las personas jurídicas puedan acceder al procedimiento deben cumplir los requisitos del artículo 231.2 LC⁷. No pueden acceder al procedimiento las personas indicadas en el artículo 231.3 y 4 LC, esto es, los condenados en Sentencia firme por ciertos delitos relacionados con el concurso, en el plazo de los 10 años anteriores a la solicitud del inicio del AEP⁸; los que hubieren alcanzado un AEP, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, o hubieran sido declarados en concurso, dentro de los cinco últimos años⁹; y quienes se encontrasen negociando con los

acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite¹⁰. No podrán acudir al AEP las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5.III LC)¹¹.

El deudor deberá encontrarse en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 LC, o prever que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones. Como señala CÁBANAS TREJO, un deudor en insolvencia actual también puede solicitar el AEP, «con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes, permita la recuperación de la solvencia. La función [del AEP] no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que buscaría realmente su remoción»¹².

Si el deudor es persona natural no empresaria, el procedimiento de AEP discurre con las especialidades del artículo 242.bis LC. En otro caso, se aplica forzosamente el sistema general, regulado en los artículos 231 a 241 LC.

III. LA SOLICITUD DE AEP

La *solicitud* (de nombramiento de mediador concursal, art. 232.1 LC) se verifica por el deudor persona física o por el órgano de administración o el liquidador del deudor persona jurídica, mediante modelo normalizado¹³, al que se acompaña un *inventario* del activo y los ingresos regulares previstos y una *lista de acreedores* (de todos ellos, pues la inexactitud grave en este punto o la presentación de documentos falsos, da lugar a que, de acuerdo con el art. 164.2.2.º LC, el eventual concurso consecutivo se califique como culpable, lo que impediría el acceso al *fresh start*, art. 178.bis.3.1.º LC), expresando la cuantía y vencimiento de sus créditos e incluyendo también a los acreedores con garantía real y de derecho público (art. 232.2.III LC). Para valorar los créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 LC^{14, 15, 16, 17}.

Se deberán mencionar igualmente, los contratos vigentes y los gastos mensuales previstos. Si el deudor fuere persona casada, se deberá expresar el régimen económico matrimonial vigente, y si estuviere obligado a llevar contabilidad, deberá aportar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios. Si los cónyuges son ambos propietarios de la vivienda familiar (o lo es uno solo), y esta puede verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá ser realizada por ambos, o por uno con el consentimiento del otro (art. 1320 del Código Civil)¹⁸. En el caso del deudor persona natural empresaria, deberá aportarse también el correspondiente *balance* (art. 231.1 LC). Si los deudores son empresarios o entidades inscribibles en el Registro Mercantil, se solicitará la designación de mediador concursal al registrador mercantil del domicilio del deudor. En los demás casos, la designación se solicitará ante notario del domicilio del deudor (art. 232.3 LC)¹⁹.

IV. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL

El registrador mercantil o notario que reciba la solicitud comprobará que el solicitante cumple con los presupuestos (art. 231 LC) para poder alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; los datos y la documentación aportada. Y procederá al nombramiento de mediador concursal²⁰. El nombramiento 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. Dicha lista será suministrada por el Registro de Mediadores

e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador, que puede ser una persona natural o jurídica, deberá poseer esta condición con arreglo a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal en el eventual concurso consecutivo, las condiciones previstas en el artículo 27 LC.

Al aceptar el nombramiento, el mediador concursal deberá facilitar al registrador mercantil o al notario una dirección electrónica en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación. Una vez que el mediador acepte el cargo, el registrador mercantil o el notario darán cuenta del hecho a los registros públicos de bienes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral²¹. También al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. Igualmente, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará que en el Registro Público Concursal se publique la aceptación del cargo (art. 13 RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal). También se dirigirá comunicación a la AEAT y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su condición de acreedoras, y a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento (art. 233 LC).

Si el deudor persona física no es empresario, el artículo 242 bis LC fija algunas especialidades, como que el propio notario impulse las negociaciones entre deudor y acreedores, salvo que nombre un mediador concursal, en caso de estimarlo conveniente o por solicitud del deudor.

La aceptación del cargo por el mediador concursal es un trámite trascendental, dado que solo con la aceptación del cargo y comunicación de oficio al juzgado competente para la declaración de concurso (art. 5.bis.1.2.º LC) se despliegan los efectos del artículo 5.bis.4 LC²². Esto es, los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo (no así el crédito público²³), no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial sobre el patrimonio del deudor, mientras se negocie el AEP y hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan de esta prohibición, *los acreedores con garantía real* (cuyas acciones, por tanto, no quedan paralizadas), pero siempre que su garantía recaiga sobre bienes *distintos de la vivienda habitual o bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial* (p.e., segundas residencias).

Si la garantía recayese sobre aquellos bienes (vivienda habitual o bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial), el acreedor puede iniciar el ejercicio de la acción real, sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, *quede paralizado mientras no hayan transcurrido los citados tres meses, o en tanto no se haya producido alguna de las circunstancias indicadas en las letras c) o e) del artículo 5.bis.4 LC. Si las ejecuciones de garantías reales recayesen sobre la vivienda habitual o sobre bienes necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional, y estuviesen tramitándose en el momento de la comunicación al juzgado, deberán suspenderse por el juez que estuviese conociendo de las mismas, con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación (art. 5.bis.4.II y III)*. Será necesario justificar el carácter de vivienda habitual o de bien necesario para la continuidad de la actividad. El artículo 5.bis.4 LC señala que el propio deudor en su comunicación (en este caso, el notario o el registrador mercantil) indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial; lo cual se hará constar en el decreto por el cual el secretario judicial tenga por efectuada

la comunicación, siendo el juez competente para conocer del concurso el que, en caso de controversia, conozca del recurso contra dicho decreto^{24, 25}.

En el caso del deudor persona natural no empresario, el artículo 242.bis.1.8.^o LC prevé que el plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 LC, será de *dos meses*, desde la comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el AEP o tuviese lugar la declaración de concurso, por el notario/mediador concursal o por el deudor, ya que los acreedores en dicho plazo no pueden solicitar el concurso²⁶.

V. EFECTOS DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

En cuanto a los efectos sobre el deudor, la apertura del procedimiento no impide que el deudor pueda continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional, pero desde la presentación de la solicitud deberá abstenerse de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad²⁷. En el caso de deudor persona física no empresario, «no sería razonable que el deudor mantuviera una plena libertad de disposición de su patrimonio mientras negocia con los acreedores, y lo razonable es referir aquella obligación a los actos más valiosos del patrimonio personal del deudor»²⁸. Por otro lado, el deudor no podrá ser declarado en concurso (ni tendrá obligación de solicitar su concurso), en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5.bis.5 LC (3 meses desde la comunicación al juzgado), a menos que haya solicitado el concurso antes el mediador concursal, o el propio deudor²⁹. Si se trata de una persona natural no empresario, y al término del plazo de 2 meses desde la dicha comunicación, el notario, o en su caso el mediador, considerase que no es posible alcanzar un AEP, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones (art. 235.5 en relación con el art. 242.bis.9.^o LC)³⁰.

En cuanto a los efectos sobre los acreedores, aparte de la suspensión de las ejecuciones judiciales y extrajudiciales (art. 235.2.a) LC), deberán estos abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar su situación respecto del deudor común. Sin embargo, sí que, si disponen de garantía personal, siempre que el crédito contra el deudor hubiere vencido, podrán ejercitárla, no pudiendo el fiador invocar en perjuicio del acreedor la existencia del procedimiento para alcanzar un AEP. Esto es, el artículo 235.4 LC, derogaría para este supuesto, el beneficio de excusión de que goza el fiador (art. 1830 del Código Civil). Durante el plazo de negociación del AEP, *y respecto de los créditos que pudieran verse afectados por el mismo* (por lo tanto, también respecto de los créditos con garantía real), se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 LC (art. 235.3 LC).

VI. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO HASTA LA REUNIÓN DEL DEUDOR CON SUS ACREEDORES

De acuerdo con el artículo 234.1 LC, el mediador concursal, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar los datos y documentación aportada por el deudor, pudiendo requerirle de subsanación. En ese mismo plazo, comprobará la existencia y cuantía de los créditos y convocará a deudor y acreedores que figuren en la lista aportada por el deudor o de cuya existencia tenga

conocimiento por cualquier otro medio, a una reunión³¹. Esta se celebrará en los dos meses siguientes a la aceptación del cargo, en la localidad del domicilio del deudor. Se excluirá de la convocatoria a los acreedores de derecho público. En la convocatoria deberá expresarse el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas.

El artículo 242.bis de la LC señala que en el caso de que el deudor sea persona natural no empresario y actúe el notario como mediador, el plazo para la comprobación de créditos y convocatoria de la reunión será de quince días desde la presentación de la solicitud de AEP al notario. La reunión, en todo caso, o sea actúe como mediador el notario o se designe un mediador, deberá celebrarse en un plazo de 30 días desde la convocatoria.

Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso, con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha prevista en la convocatoria para la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con consentimiento del deudor, una propuesta de AEP sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.

La propuesta incluirá un plan de pagos y un plan de viabilidad, y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que se desarrollará. También incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público, o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

La propuesta podrá contener las medidas del artículo 236.1 LC, esto es, esperas por un plazo no superior a 10 años, quitas, cesión de bienes en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos³², la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, en préstamos participativos, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente. Como señala CABANAS TREJO, las reglas sobre contenido del AEP son similares a las reglas del artículo 100 LC (contenido de la propuesta de convenio de masa) y de la Disp. Adic. 4.^a LC³³.

Los acreedores pueden remitir propuestas alternativas o de modificación en los diez días naturales posteriores a la recepción del AEP. Transcurrido este plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. Si antes de esta remisión, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos *la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo*, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores, siempre que el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (art. 236.4 LC).

En el caso de persona natural no empresario, la propuesta de AEP se remitirá con una antelación mínima de 15 días naturales a la fecha de la reunión y únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1 LC, esto es, esperas por periodo no superior a 10 años, quitas y cesiones de bienes en pago o para pago.

Los acreedores convocados deben asistir a la reunión, salvo que hubiesen manifestado antes su aprobación u oposición (art. 237 LC), so pena de que su crédito se califique como subordinado en el eventual concurso consecutivo. Se exceptúa de esta sanción a los acreedores con garantía real.

El plan de pagos (que contiene detalle de los recursos previstos para su cumplimiento) y el plan de viabilidad podrán modificarse en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que hubieren manifestado su aprobación previa y por ello no asistan a la reunión (art. 237.2 LC).

VII. LA ADOPCIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

El AEP afecta a todos los créditos del deudor, también a los créditos con garantía real, pero solo en los términos de lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis (art. 231.5 LC), «que prevé supuestos de arrastre similares a los previstos para el convenio en la reforma del Real Decreto-ley 11/2014». No afecta, sin embargo, a los créditos de derecho público (como ya previera la Ley 14/2013), ni siquiera cuando gocen de garantía real³⁴.

Como señala FERNÁNDEZ SEIJO, el artículo 238 LC «establece las mayorías que necesitará el deudor para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos, mayorías que varían en función de las quitas y esperas propuestas y de la extensión [del acuerdo] a los acreedores con garantías reales. Las mayorías son más severas que las previstas en la LC para el convenio concursal y la quita ordinaria no puede ser superior al 25% de la deuda. Este precepto debe completarse con el artículo 238 bis LC, que permite la extensión de los efectos a los acreedores con garantías reales»³⁵.

En concreto, se prevé que el cálculo de las mayorías se efectúe *sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo* (acreedores con privilegio general, acreedores ordinarios y subordinados y acreedores con garantía real por la parte de crédito que excede del valor de la misma, siempre que, en todo caso, no se trate de acreedores de derecho público³⁶). Si votase a favor del mismo el 60% de dicho pasivo, los acreedores sin garantía real o por la parte de los créditos que excede del valor de la misma, quedarán sometidos a las esperas (de principal, intereses o cualquier otra cantidad adeudada) por un plazo no superior a cinco años y a quitas de hasta un 25% del importe de los créditos, así como a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo (art. 238.1.a) LC). Si votase a favor del AEP un 75% del pasivo mencionado, los mismos acreedores quedarán sometidos a esperas de entre cinco y 10 años y a quitas de más de un 25% del importe de los créditos, así como a las demás medidas previstas en el artículo 236 LC [art. 238.1.b) LC].

Si la propuesta de AEP es aceptada, el acuerdo alcanzado deberá elevarse inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que hubiera abierto el notario. Para los abiertos por el registrador mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. El cierre del expediente será comunicado por el notario o por el registrador al juzgado que hubiera de tramitar el concurso así como a los registros públicos de bienes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Igualmente se publicará la adopción del AEP en el Registro Público Concursal, con 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^{37, 38}.

Si la propuesta de AEP no fuera aceptada, y el deudor continuara incursa en insolvencia, el mediador concursal (o el notario, *arg. ex* art. 242.bis.9.^o LC) solicitará de inmediato la declaración de concurso consecutivo, instando, en su caso, también la conclusión del mismo por insuficiencia de masa activa (art. 176.bis LC).

El AEP adoptado no podrá ser objeto de rescisión en un eventual concurso posterior (art. 238.4 LC).

Los acreedores con garantía real, por la parte de crédito que no exceda del valor de la garantía, solo quedarán vinculados si hubieren votado a favor del AEP. No obstante, aun no habiendo aceptado el AEP los acreedores con garantía real quedarán vinculados al mismo por la parte señalada, en caso de que hubieren votado a favor del mismo el 65 por 100 del *valor total de garantías* otorgadas, si se trata de las medidas previstas en el artículo 238.1.a) LC, o del 80 por 100, si se trata de las medidas previstas en el artículo 238.1.b) LC (así por ejemplo, si se trata de cesiones en pago)^{39, 40}.

VIII. EFECTOS DEL ACUERDO SOBRE LOS ACREEDORES

Por virtud del AEP, los créditos afectados quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.

Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas *anteriores* a la comunicación de la apertura del expediente (se entiende que al juzgado competente para conocer de la declaración de concurso) (art. 240.1 LC). Pero, *a sensu contrario*, los acreedores con garantía real no vinculados al AEP por el importe de su crédito privilegiado, porque no votaron a favor del mismo, y no fueron objeto de arrastre, podrán continuar o iniciar ejecuciones de sus garantías reales.

En relación con los embargos que se hubiesen practicado y anotado en los registros públicos de bienes, por dichas deudas anteriores a la comunicación del expediente, el deudor podrá solicitar su cancelación del juez que los hubiera ordenado (art. 240.1 *in fine* LC).

Los acreedores que no hubiesen aceptado o hubiesen mostrado su disconformidad con el AEP y resultasen afectados por el mismo, *mantendrán, en todo caso, sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas*, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos en perjuicio de aquellos (art. 240.3 LC). En cuanto a los acreedores que hubieren suscrito el AEP, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva obligación jurídica (art. 240.4 LC). Disposiciones similares se contienen en el artículo 135 LC, en relación con el convenio concursal⁴¹.

El mediador concursal (o en su caso, el notario que hubiere actuado como tal), supervisará el cumplimiento del acuerdo. Si fuera íntegramente cumplido, lo hará constar en un acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. Si fuera incumplido, el mediador deberá instar el concurso consecutivo, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241 LC).

IX. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

De acuerdo con el artículo 239, en relación con el artículo 238.2 LC, una vez publicado el AEP en el Registro Público Concursal, este puede ser impugnado

(dentro de los diez días siguientes) por los acreedores que no hubieran sido convocados a la reunión, los acreedores que no hubieran votado en ella a favor del acuerdo y por los que hubieran manifestado su oposición antes de la reunión (en los términos del art. 237.1 LC). La impugnación se verificará ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor.

La impugnación no suspende la ejecución del acuerdo. Y deberá fundamentarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo (teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados), en la superación de los límites impuestos por el artículo 236.1 LC (así, a las esperas) o en la desproporción de las medidas acordadas. La Sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal y dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo del artículo 242 LC.

X. EL CONCURSO CONSECUITIVO. ESPECIALIDADES

Es concurso consecutivo el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un AEP (art. 5. bis.5, 235.5, 237.3 y 242.bis.1.9.º LC) o por su incumplimiento (art. 241.3 LC). También tiene esta consideración el que se abre como consecuencia de la anulación del AEP alcanzado.

El concurso consecutivo se rige por lo dispuesto para el procedimiento abierto con ciertas especialidades reguladas en el artículo 242.2 LC. Así, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, dejando de regir el principio de confidencialidad para este.

Si la solicitud de concurso se presenta por el deudor o el mediador concursal, estos deberán formular *una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación* (art. 242.2.1.º LC).

Si la solicitud fuese presentada por los acreedores, el deudor podrá presentar una de ambas en los 15 días siguientes a la declaración de concurso (art. 242.2.1.º LC).

Si el mediador concursal hubiese solicitado el concurso consecutivo, debe pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos para acceder a un *fresh start* o sobre la apertura de la sección de calificación (art. 242.1.º.II.b LC).

Si el deudor o el mediador concursal hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite, falta de presentación o aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que se regirá por lo dispuesto en el Título V LC (art. 242.2.8.º LC), debiendo presentar el administrador concursal un plan de liquidación, en el plazo de 10 días desde la apertura de la fase de liquidación, si no lo hubiera hecho el deudor⁴².

Tanto el concursado como los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación (art. 242.8.º.II LC).

Si el concurso se calificara como fortuito y el deudor fuese persona natural, el juez, en el auto de conclusión, declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis LC (art. 242.9.º LC).

En el caso de persona natural *no empresaria*, el concurso consecutivo se abrirá *directamente en la fase de liquidación* (art. 242.bis.10.º LC). Como señala FERNÁDEZ SEIJO «el concurso consecutivo puede no ser necesariamente de liquidación dado que el artículo 242.2.1.º LC prevé que se pueda presentar una propuesta anticipada de convenio, excepto en el caso de personas físicas no comerciantes, en el que el concurso consecutivo es liquidativo en todo caso»⁴³.

XI. CONCLUSIONES

I. En el régimen jurídico de los AEP diseñado por la Ley 14/2013, los créditos con garantía real *solamente podrían incorporarse al acuerdo extrajudicial de pagos y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostentasen su titularidad, mediante comunicación expresa al mediador concursal*.

II. La Ley 25/2015, introduce como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulando un procedimiento simplificado para estas y *la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, mediante «arrastre» de los mismos frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad*.

III. La lista de acreedores, que deberá acompañar el deudor junto con su solicitud de nombramiento de mediador debe incluir a los créditos con garantía real, para la valoración de los cuales se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 LC, precepto que pretende reducir a sus límites el privilegio hipotecario.

IV. El AEP puede imponer una dación en pago al acreedor con garantía real, aunque disienta del mismo.

V. Si con la dación en pago no queda completamente satisfecho el crédito garantizado (porque este excede del valor de la garantía, o sea del 100% de la nueva valoración o de la tasación de antigüedad no superior a 12 meses desde la fecha de nombramiento del mediador concursal), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda. *Si bien cabría pensar en una dación en pago por el 100% del valor de tasación inicial del inmueble*.

VI. La dación en pago no puede imponerse al acreedor hipotecario por el importe total del crédito, sino solo por la parte de su crédito que *no exceda del valor de la garantía*. Esto es lo que parece querer decir el legislador al efectuar la remisión al artículo 155.4 LC.

VII. *Si cabría que, pactándolo, el acreedor con garantía real, aceptase la dación en pago del bien objeto de la misma por la totalidad de la deuda*

VIII. *Por la parte de su crédito que excede del valor de la garantía real, el acreedor sí queda vinculado por el AEP (aunque no haya votado a favor del mismo), en cuanto no es crédito privilegiado, quedando, pues, sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado.*

XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo de 2015
- SJM núm. 3 de Vigo, de 24 de noviembre de 2015
- SJM núm. 1 de Burgos, de 26 de octubre de 2015

XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCOVER GARAU, G. (2014). Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos. *Diario La Ley*, núm. 8327, 1-8.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2016). Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad. En: C. Callejo Rodríguez (coord.). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson, 109-264.
- CABANAS TREJO, R. (2015). El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero). *Diario La Ley*, núm. 8505, 1-27.
- COUSO PASCUAL, J. R. (2016). La posición del acreedor hipotecario en el ámbito concursal, tras las últimas reformas: algunas reflexiones. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 1-5.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2015). Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad. *Diario La Ley*, núm. 8500, 1-19.
- GÓMEZ AMIGO, L. (2016). *Nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pago*. Madrid: Editorial Reus.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2016). Derechos reales y concurso de acreedores. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 25, 1-14.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, 1159-1180.
- PARRA BAUTISTA, J. R. De la «Segunda Oportunidad» y la clasificación concursal que ha de darse al crédito hipotecario insatisfecho tras la ejecución de la vivienda habitual del consumidor persona física. *La Ley Derecho de familia*, núm. 4, cuarto trimestre de 2014, 1-10.
- PINO ABAD, M. (2016). El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 1-5.
- THOMÁS PUIG, P. M.^a (2016). El crédito con garantía real en el concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 24, 1-14.

NOTAS

¹ ALCOVER GARAU, 2014, 2. El artículo 242.2 LC, en redacción dada por la Ley 14/2013, señalaba que «en el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá *necesaria y simultáneamente la fase de liquidación*, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley, con las especialidades siguientes...». La norma, pues, vedaba el convenio de masa en el seno del concurso consecutivo. Por otro lado, faltaba una norma análoga a la del artículo 140.4 LC, según la cual la declaración de incumplimiento del convenio supondría la resolución de este y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136 LC. Lo que planteaba la duda de si en caso de incumplimiento del AEP los efectos del mismo (aplazamiento, remisión o extinción del crédito) desaparecían o no. ALCOVER GARAU consideraba que tales efectos no desaparecían, dado que, de lo contrario, no habría necesidad de establecer la regla explícita del artículo 140.4 LC (ALCOVER GARAU, 2014, 7-8). La regulación actual del AEP sigue adoleciendo de tal norma y tampoco ha aclarado la cuestión. En este sentido, CABANAS TREJO señala que la reforma no aclara si el incumplimiento del AEP supone la automática resolución del mismo y sus efectos, o si esta se ha de pactar expresamente, como pacto posible, ya

sea para todo su contenido, o solo en parte (como en la Disp. Adic.4.ª.11 LC) (CABANAS TREJO, 2015, 13).

² Cfr., ALCOVER GARAU, 2014, 2. Igualmente, CABANAS TREJO, 2015, 11.

³ Redacción dada por Ley 14/2013; artículo 231.5.II LC: «Los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial. *Los créditos con garantía real únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen los acreedores que ostenten su titularidad, mediante la comunicación expresa prevista por el apartado 4 del artículo 234»*; artículo 234.4 LC: «Una vez recibida la convocatoria [para la reunión de los acreedores], los acreedores titulares de créditos con garantía real que voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo extrajudicial deberán comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes».

⁴ Artículo 238.1 LC, en redacción dada por Ley 14/2013: «Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. *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 setenta y cinco por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes.* En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo».

⁵ Las reformas más relevantes que ha sufrido la LC en los últimos años son las derivadas del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal y, por último, la introducida por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Estos Reales Decretos-Ley fueron objeto de tramitación parlamentaria dando lugar respectivamente a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, a la Ley 9/2015, de 25 de marzo y a la Ley 25/2015, de 28 de julio.

⁶ Cfr., FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 13. Como señala PINO ABAD, «hasta la entrada en vigor del RDL 3/2009, de 27 de marzo, y de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, nuestro Ordenamiento jurídico no contaba con un régimen jurídico que regulara específicamente los acuerdos entre los deudores y sus acreedores con el objetivo de solventar las dificultades económicas por las que aquellos atravesaran, eludiendo su insolvencia y, con ello, los efectos que una hipotética declaración en concurso de los deudores pudiera tener sobre estos, sus créditos y sus acreedores. Tales acuerdos resultaban sometidos a la autonomía de la voluntad de las partes y a las reglas generales de nuestro Derecho patrimonial privado en materia de obligaciones y contratos, por lo que circunscribían su eficacia a las partes contratantes, sin que fuera posible la extensión de sus efectos a quienes no los hubieran consentido. El RDL 3/2009 y tras este, la Ley 38/2011, regularon los legalmente denominados acuerdos de refinanciación (régimen jurídico posteriormente modificado por la Ley 14/2013, el RDL 4/2014, la Ley 17/2014 y la Ley 9/2015) y la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, los llamados acuerdos extrajudiciales de pago (cuyo régimen fue posteriormente modificado por el RDL 1/2015, de 27 de febrero y por la Ley 25/2015, de 28 de julio). Se trata de procedimientos preconcursales de resolución de la insolvencia. La finalidad de estas instituciones preconcursales es resolver o prevenir la insolvencia actual o inminente del deudor. En suma, intentar eludir la declaración en concurso de un deudor en dificultades económicas a través de un acuerdo con sus acreedores concluido de modo privado o mediante un expediente extrajudicial, con aptitud para extender sus efectos más allá de sus estrictos firmantes y la cobertura de que, en el supuesto de ser finalmente declarado en concurso, dicha declaración no perjudicará los derechos y expectativas económicas de los acreedores que quedaron afectados por el acuerdo con su deudor. Por lo que se refiere específicamente a los acuerdos extrajudiciales de pagos, tanto la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de emprendedores, como la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de la segunda oportunidad, han tratado [de] flexibilizar el contenido y efectos de los AEP asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación contenidos en la LC. En este sentido, tal y como se indica en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 25/2015, como elementos principales del nuevo régimen jurídico de los AEP se

incluye la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para estas; *la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad [vid. art. 231.5.2.º y 234.4 y 238.1 LC en redacción dada por la Ley 14/2013 y cfr. con los nuevos 236.2; 238.1. 238.bis.2 y 3 LC]*; y la potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Servicios, si el deudor es empresario [art. 232.3.2.º LC y 233.3 LC], o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios» (PINOS ABAD, 2016, 1-2). CABANAS TREJO también indica que la opción fundamental del Real Decreto-ley 1/2015 ha sido ampliar los límites del AEP, tanto de los subjetivos, al incluir a los acreedores garantizados, como de los objetivos, al enriquecer el contenido vinculante del acuerdo con nuevas posibilidades. En su opinión era una reforma esperada después de que el RDL 4/2014 pusiera fin a la invulnerabilidad de la garantía real en los acuerdos de refinanciación de la Disp. Adic. 4.^a LC y el RDL 11/2014, en el convenio concursal, quedando únicamente la excepción del AEP (CABANAS TREJO, 2015, 3).

⁷ «A diferencia de los acuerdos de refinanciación que podrán ser solicitados por cualquier deudor insolvente, los acuerdos extrajudiciales de pago solo podrán ser solicitados por deudores personas físicas que se encuentren en situación de insolvencia y que justifiquen que su pasivo no supera los cinco millones de euros, o bien, cualesquiera personas jurídicas que cumplan los siguientes requisitos: 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. No obstante, debemos puntualizar que, *conforme a los criterios sostenidos por los jueces de lo mercantil, para que opere el artículo 190 LC, no es necesaria la concurrencia cumulativa de todos los requisitos exigidos en dicho precepto, siendo suficiente la concurrencia de uno de estos*, lo que en teoría podría conllevar la posibilidad de que se acojan a una tramitación abreviada del concurso y, por ende, a un acuerdo extrajudicial de pagos, empresas que, por ejemplo, cuenten con menos de 50 trabajadores pero que tengan más de 5 millones de pasivo. c) Que disponga 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 pagos en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236. *Parece, por tanto, que se trata de un procedimiento de resolución extrajudicial de la insolvencia pensado para pequeñas y medianas empresas*» (PINOS ABAD, 2016, 2).

⁸ Así interpreta CABANAS TREJO el artículo 231.3.1.^a LC por entender que aunque literalmente se refiere a los 10 años «anteriores a la declaración de concurso», hay un error de redacción del legislador (CABANAS TREJO, 2015, 8).

⁹ Para CABANAS TREJO la prohibición alcanza a quien en los 5 años anteriores hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación de alguno de los dos supuestos del artículo 71 bis LC, así como a quien hubiera obtenido un acuerdo de refinanciación de la Disp. Adic. 4.^a LC (CABANAS TREJO, 2015, 8).

¹⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 4-5. El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal, de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación, o del auto que declare la conclusión del concurso. Lo que permite su verificación mediante una simple consulta del Registro. «Surge un problema con las dos modalidades de AR del artículo 71 bis LC, que han de constar en instrumento público, pero no se publican en el RPC. Habrá que conformarse entonces con la manifestación negativa del interesado, y, en caso contrario, con la copia del instrumento para verificar su fecha» (CABANAS TREJO, 2015, 8).

¹¹ Pero, véase la contradicción legal con el artículo 233.5 LC. El artículo 231.5 LC en redacción dada por la Ley 14/2013 señalaba: «Tampoco será posible iniciar el AEP si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente deberán verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso». ALCOVER GARAU señalaba que la norma parecía pretender evitar los problemas que podían derivarse de la coexistencia de un AEP y un convenio concursal, pero tal finalidad la consideraba absurda pues el convenio del acreedor del deudor con sus acreedores, no podía afectar al deudor y este tendería a pagar

a sus acreedores concursados, antes que a los que no lo estuviesen precisamente para no estar incuso en la prohibición del artículo 231.5 LC y poder alcanzar un AEP. El legislador ha decidido eliminar esta prohibición pero lo cierto es que el AEP sí influye en el crédito del acreedor concursado (que puede verse sujeto a quita, espera, etc.), y por lo tanto, incide en la posición de los acreedores del acreedor. Por otro lado, desde la declaración de concurso, el acreedor concursado quedaría sujeto a las limitaciones del artículo 40 LC, por lo que la intervención de la administración concursal (art. 40.6 LC) en el AEP resultaría imprescindible, mediante su autorización o conformidad, o sustitución del acreedor concursado, tanto en la negociación como en la emisión del voto. Impuesto al acreedor concursado un AEP que no hubiera aceptado expresamente, entiendo que la administración concursal estaría legitimada para impugnarlo (art. 239 LC), basándose en la desproporción de las medidas acordadas y en el perjuicio de los intereses del concurso que representa (*arg. ex art. 40.7 LC*).

¹² CABANAS TREJO, 2015, 8.

¹³ Como señala CABANAS TREJO «la reforma pretende facilitar el inicio del procedimiento, y para ello implementa formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, que se determinarán mediante orden del Ministerio de Justicia. De cara a un hipotético concurso consecutivo... la inexactitud grave en cualquiera de estos tres documentos (aunque solo se hable de la «solicitud» dará lugar a la calificación culpable del concurso» (CABANAS TREJO, 2015, 9). *Vid.*: Orden JUS 2015, 2831, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP, BOE, 29 de diciembre de 2015.

¹⁴ *Vid.*, SJM núm. 3 de Vigo, de 24 de noviembre de 2015.

¹⁵ El artículo 94.5 LC, prevé una serie de disposiciones dirigidas a valorar la garantía (en puridad, el bien o derecho dado en garantía), a efectos de determinar con arreglo al artículo 90.3 LC, la parte de crédito que tiene la condición de privilegiado con privilegio especial, y la parte de crédito que tiene otra condición (privilegiado con privilegio general, ordinario o subordinado). En efecto, el artículo 90.3 LC dispone que «el privilegio especial solo alcanzará la parte de crédito que *no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94.5 LC. El importe del crédito que excede del reconocido como privilegiado especial será clasificado según su naturaleza*». Esto es, el crédito privilegiado, con privilegio especial, debe ser comunicado en el concurso (art. 85.3 LC), acompañando título o documento acreditativo del crédito (art. 85.4 LC), del que la administración concursal podrá solicitar original o copia autorizada, salvo que los títulos o documentos figuren en un registro público. Se incluirá necesariamente en la lista de acreedores si se trata de crédito con garantía real inscrita en registro público (art. 86.2 LC), con posibilidad de impugnación por la administración concursal, de la existencia y validez del crédito, en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe. La clasificación del crédito se verificará como indica el artículo 90.3 LC, en relación con el artículo 96.3 LC. El artículo 94.5 LC utiliza el término «valor razonable del bien», como parámetro a seguir en la tasación del bien. Entendiendo que el valor del bien o garantía es el resultado de restar al 90 % de ese valor razonable del bien, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo. Si bien se fijan unos límites al valor de la garantía (o sea al crédito privilegiado), según los cuales, dicho valor nunca podrá ser negativo (inferior a cero), ni superior al valor del crédito garantizado o al valor máximo de responsabilidad hipotecaria asegurada. Ello no significa que en la ejecución separada (o colectiva, dentro de la liquidación concursal) del bien no pueda obtenerse un mayor valor de realización, de manera que haciendo suyo el acreedor ejecutante el montante resultante de la ejecución en cantidad que no excede de la deuda originaria (y comunicada al concurso), el resto, si lo hubiere, corresponderá a la masa del concurso (*arg. ex arts. 140.4.2º y 155.5 LC*). (*Vid.*, THOMÁS PUIG, 2016, 3-4 y 7; COUSO PASCUAL, 2016, 4). Si bien, existiendo «créditos hipotecarios inscritos con posterioridad y reconocidos como tales en el concurso, la interpretación conjunta de los artículos 149, 155.1 y 153.3 LC permite entender que se debe satisfacer primero al acreedor privilegiado especial posterior antes de... [reintegrar el remanente de la ejecución] a la masa (THOMÁS PUIG, 2016, 5). Para la determinación del valor de la garantía el artículo 94.5.II LC señala que «a estos exclusivos efectos [los del artículo 90.3 LC y sus repercusiones en el voto del acreedor con

garantía real y en el cobro del privilegio dentro del convenio] se entiende por valor razonable, en relación con los inmuebles, «el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España». La cuestión es quién aporta tal informe. Para CABANAS TREJO, la aportación de los informes necesarios para fijar el valor de la garantía no corresponde al acreedor, sino a la administración concursal (en el caso del AEP al mediador), sin perjuicio de que el solicitante en el AEP pueda aportar los informes necesarios, si ya dispone de ellos y son válidos por razón de las fechas (*cfr.*, art. 94.5), y sin perjuicio de que el acreedor pueda aportar su propio informe si discrepa de la valoración efectuada por el mediador (CABANAS TREJO, 2015, 9). Sin embargo, THOMÀS PUIG considera, sobre la base de las conclusiones de la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 7 y 21 de noviembre de 2014, que la fijación del valor de la garantía es una carga del acreedor en su deber de comunicación (THOMÀS PUIG, 2016, 4). Para determinar el valor razonable del bien, señala CABANAS TREJO, que el Real Decreto-ley 1/2015, ha modificado el artículo 94 LC de manera que se facilita «el empleo de informes de fecha anterior, evitando el coste y el retardo por tener que emitir otros nuevos». Así, no será necesario obtener un nuevo informe de sociedad de tasación (art. 94.5.b) LC), «cuando se disponga de un *informe anterior...* emitido dentro de 12 meses anteriores a la fecha de la declaración de concurso [léase al nombramiento de mediador concursal] o, para bienes distintos de los inmuebles, por experto independiente dentro de los 6 meses anteriores. Cuando se trate de viviendas terminadas, podrá sustituirse por una *valoración actualizada* [realizada sobre la base de la información proporcionada por una sociedad de tasación sobre la variación del valor razonable], siempre que entre la fecha de la última valoración disponible y la fecha de la valoración actualizada, no hayan transcurrido más de 6 años. La valoración actualizada se obtendrá como resultado de aplicar al último valor de tasación disponible realizado por una sociedad de tasación homologada e inscrita, la variación acumulada observada en el valor razonable de los inmuebles situados en la misma zona y con similares características desde la emisión de la última tasación a la fecha de valoración. *De no disponer de información sobre [dicha variación]... o si no se considerase representativa, podrá actualizarse el último valor disponible con la variación acumulada del precio de la vivienda establecido por el INE para la Comunidad Autónoma en la que se sitúe el inmueble, diferenciado entre si es vivienda nueva o de segunda mano, y siempre que no hayan transcurrido más de 3 años» (CABANAS TREJO, 2015, nota 12). La norma del artículo 94.5 LC pretende, pues, una actualización del valor de la garantía hipotecaria, con arreglo a los parámetros actuales del mercado, lo que supondrá, en términos generales, una reducción del valor dado al bien inmueble al otorgar la garantía, dado la inicial burbuja y posterior desplome del mercado inmobiliario. Es decir, un ajuste del crédito privilegiado. El artículo 94.5 LC también supone, en relación con el artículo 90.3 y 123 LC un incremento del pasivo ordinario «efectos de fomentar la participación de los acreedores financieros» que se podrán ver afectados por el convenio en cuanto su crédito sea ordinario o subordinado. Por otro lado supone que «aunque este precepto disponga que el voto del acreedor privilegiado a favor del convenio produce los efectos que resulten del contenido de este respecto de su crédito y privilegio, el contenido del convenio (art. 100 LC) afectará al acreedor pero no al privilegio especial reconocido, de manera que soportará la quita o la espera que se hubiera pactado, sin que ello haga venir a menos el privilegio de su crédito (y sin que ello se considere trato singular a efectos del artículo 125 LC). En relación con la posibilidad de ejecutar, una vez aprobado el convenio, si este no contempla la suspensión de la ejecución o el pago de los créditos privilegiados, nada impide la ejecución hipotecaria, salvo que el crédito privilegiado hubiera votado a favor de convenio (y este contemple la suspensión)» (THOMÀS PUIG, 2016, 6). En términos parecidos, señala COUSO PASCUAL que «en la condición de acreedor ordinario por la parte no cubierta por las 9/10 partes del valor razonable neto del bien hipotecado, [el acreedor con garantía real] tendrá la posibilidad de votar el convenio en los términos del artículo 124 LC, lo que antes de la reforma de 2014 [a la que nos referimos en la siguiente nota], no podía hacer como tal, en tanto en cuanto su crédito tenía naturaleza hipotecaria cualesquiera que fuera el valor del colateral hipotecado, salvo que renunciara a todo o parte de su garantía hipotecaria y sujeto a la tolerancia judicial al respecto, bien sujeto*

a las mismas quitas y plazos para su privilegio según el artículo 123.1 LC» (COUSO PAS-CUAL, 2016, 4).

¹⁶ Esta disposición del artículo 94.5 LC viene también a dar solución a la problemática que planteaba el tratamiento concursal de los créditos de déficit (tras la ejecución hipotecaria separada). PARRA BAUTISTA señala que CARRASCO PERERA se había pronunciado en el sentido de entender que el acreedor con privilegio especial, aunque nada tuviera previsto la LC al respecto, era un acreedor condicional por el déficit entre el valor de realización de su garantía y el importe de su crédito, y que dicho autor proponía, siguiendo a BELTRÁN que la vía adecuada para tratar a estos créditos era como suspensivamente condicionados del artículo 87.3 LC, con lo que sus titulares quedaban provisionalmente privados de los derechos de adhesión, voto y cobro por el concepto de acreedor ordinario, esto es, por la parte del crédito, inicialmente no determinada, que finalmente quedara sin cubrir con la realización de la garantía. PARRA BAUTISTA cita el AJM núm. 1 de Cataluña de 29 de noviembre de 2011, que se cuestionó si la solución del artículo 157.2 LC («los créditos ordinarios serán satisfechos a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que estos no hubiesen sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos») era únicamente aplicable en caso de liquidación o también en caso de convenio, de manera que el crédito de déficit se debiera entender sometido a la disciplina que el convenio estableciese para los créditos ordinarios y subordinados. Indicando que el Juzgado entendió que «permitir que, aprobado judicialmente un convenio concursal, una ejecución hipotecaria pueda seguir, conforme al artículo 579 LC, con el embargo de otros bienes de la masa activa por ser insuficiente el producto de la realización de la garantía, es tanto como conferir al acreedor un crédito con privilegio general para el cobro del déficit —por todos sus componentes además, incluidos los intereses y costas— que ni le ha sido reconocido ni ningún amparo tiene en los supuestos del artículo 91 LC. El tratamiento concursal que el déficit debe recibir, una vez que ha quedado determinado, es, por el contrario, el propio de los créditos ordinarios —en cuanto al principal— y el de los subordinados del artículo 92.3.^º—en cuanto a los intereses devengados hasta la declaración del concurso, que la garantía no ha cubierto— para ser pagados uno y otro conforme al convenio, bien entendido que la cuota de pago determinada por las esperas y las quitas del convenio se habrá de calcular sobre el déficit (es decir, sobre la parte del crédito concursal antes contingente y ahora determinado) y no sobre el total del crédito hipotecario inicialmente impagado» (PARRA BAUTISTA, 2014, 6-9). El concepto de «valor de la garantía» fue introducido en la LC por el RDL 4/2014, que dio una nueva redacción a la Disposición Adicional 4.^a, en relación con la homologación de los acuerdos de refinanciación (THOMÀS PUIG, 2016, 2). Hasta la reforma operada por RDL 11/2014, de 5 de septiembre, «los créditos con privilegio especial que gozaban de alguna garantía real eran incluidos en el informe de la Administración Concursal por la totalidad de su importe *«incluso en los supuestos en los que era evidente que el importe del crédito era sustancialmente superior al valor del bien que servía de garantía...* Actualmente se ha introducido en el artículo 94.5 LC (en relación con el artículo 90.3 LC) el concepto de valor de la garantía real, contemplándose previsiones parecidas a las de la Disposición Adicional 4.^a LC ...», justificando la Exposición de Motivos del citado RDL 11/2014 dichas reglas sobre la base de que así «se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas legales vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de algunos de los titulares de las garantías reales, indicando que parece una regla de prudencia reducir dicho valor razonable, en un diez por ciento por cuanto la garantía, de hacerse efectiva, requerirá la ejecución del bien o derecho sobre el que está constituida, lo cual entraña unos costes y dilaciones que reducen el valor de la garantía en, al menos, dicho porcentaje». Por su parte la Exposición de Motivos de la Ley 9/2015 insiste en que «es necesario acomodar el privilegio jurídico a la realidad subyacente, pues muchas veces el reconocimiento de privilegios carentes de fundamento venían a ser el obstáculo a acuerdos preconcursales. Se intenta respetar las premisas de la naturaleza jurídica de las garantías reales pero siempre tomando en cuenta su verdadero valor económico. De no adoptarse tal medida, los créditos privilegiados pueden multiplicarse *ad infinitum*

cuando su garantía recae sobre un bien, sin que el valor del bien se vea incrementado en absoluto. El principio *par conditio creditorum* es totalmente contradictorio a la extensión indefinida de los privilegios. *La determinación del valor de la garantía no puede concebirse como un recorte del crédito garantizado sino que es una valoración del derecho principal y del accesorio, aclarando que parte del mismo se beneficia del derecho accesorio, recibiendo el mismo trato que corresponde al crédito según su naturaleza*. Ahora bien, la cuestión es si este valor asignado a la garantía, y por ende, al crédito privilegiado con los límites indicados en el artículo 94.5.1 LC, juega en otros momentos aparte del indicado de votación del convenio o de pago del acreedor privilegiado con cargo al convenio. Así, THOMÀS PUIG considera que subsiste la duda en cuanto a si debería operar el límite de los 9/10 o del 90 % del valor razonable del bien en la venta directa o en la dación en pago dentro del convenio (art. 155.4 LC), pues ciertamente el artículo 100.3.2.^o LC remite al artículo 155.4 LC, en cuanto a los bienes afectos a garantía, y en este precepto *no se menciona el valor razonable del bien* (Cfr., THOMÀS PUIG, 2016, nota 46). Así, puede plantearse (y lo mismo en relación con el AEP, art. 236.1.2.^o LC) si la dación en pago no debería producirse por el 100% del valor razonable del bien (tasación actualizada o valoración actualizada del bien) o por el 100% del valor de tasación inicial de la garantía según explicamos en JIMÉNEZ PARÍS, 2011. Sobre este punto volveremos más adelante.

¹⁷ Muy crítica con el sistema legal para la valoración de la garantía (al que encuentra artificiosos) se muestra la SJM núm. 6 de Madrid, de 7 de mayo de 2015, pues considera que la administración concursal, en caso de vivienda terminada, tenderá a aplicar, cuando no haya tasación o esta tenga una antigüedad superior a los 6 años, la variación porcentual en el precio de la vivienda (a partir de la última valoración disponible, que podrá ser cualquiera), indicada por el INE, sin solicitar nueva tasación, por ser el coste de la misma, de cuenta de la masa, pero debiendo adelantarlo la administración concursal (pero cfr., la literalidad del art. 94.5.VI LC) Señala la resolución que el Real Decreto-ley 1/2015 de 27 de febrero ha modificado nuevamente el artículo 94.5 LC (ya lo hizo el Real Decreto-ley 11/2014), y con ello los cauces de determinación del «valor razonable», cuyo régimen jurídico en materia de inmuebles gravados con garantía real puede resumirse en: 1) informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro especial del Banco de España [art. 94.5.II.b)]; 2) si el acreedor o el deudor aportan, o bien consta en el concurso la existencia de una tasación emitida por una sociedad tal, de una antigüedad no superior a 12 meses (a contar hacia atrás, desde la declaración de concurso), no será precisa nueva tasación, pero esta previsión no se corresponde con el artículo 8.3 del RD 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, pues dicho precepto señala que las tasaciones caducarán a los 6 meses de la fecha de su firma, por lo que «en sede concursal se ordena que una tasación... carente de validez jurídica a efectos contables, fiscales y financieros [—por causa de titulización hipotecaria—], si la tenga dentro del concurso, de lo que puede concluirse la ficción legal en la valoración establecida en la excepción dispuesta en el artículo 94.5.III LC... para partiendo de dicha ficción proceder a la calificación concursal de los créditos privilegiados»; 3) si para desvirtuar esta ficción legal y excepción a la regla del artículo 94.5.II.b), el administrador concursal opta por la aplicación de dicho precepto, deberá el mismo con sus honorarios no devengados (pues estos se devengan por fase procesal finalizada) pagar dichos informes de tasación y adelantar los importes de su propio patrimonio; 4) si se trata de vivienda terminada, sea nueva o de segunda mano, el artículo 94.5.VI establece la especialidad de que el valor razonable se determinará o bien según las reglas anteriores, o bien si se dispone de tasación oficial de antigüedad no superior a 6 años desde la fecha de la tasación, mediante un informe emitido por sociedad de tasación que fije la valoración actualizada (concepto jurídico y económico distinto a una nueva tasación), atendiendo a la variación del valor de los inmuebles con similares características en la misma zona, entre la fecha de la antigua tasación y la fecha de emisión del informe, debiendo abonar tales informes, en los términos explicados, el administrador concursal; o bien, si no existen tasaciones o lo son de antigüedad superior a 6 años, podrá acudir a la última valoración disponible (admitiendo la norma cualquier valoración conocida) y aplicar las variaciones

acumuladas derivadas de los datos estadísticos publicados por el INE, entre la valoración conocida y la fecha de valoración, sin coste adicional ni detrimiento de los honorarios de la administración concursal, «lo que en el orden natural de las cosas convertirá este cauce en el abrumadoramente mayoritario, pudiendo afirmarse que se trata del preferido por el Legislador al hacer recaer sobre unos honorarios profesionales la provisión, la financiación y el pago de tales «informes» de tasación y de las «valoraciones» de actualización». Esto es, «el administrador concursal goza de la posibilidad legal de partir de la última valoración conocida... y aplicar las variaciones estadísticas publicadas en el INE para los inmuebles de la misma zona, sin costo alguno para la masa y para el administrador concursal, tanto en lo relativo a sus honorarios como a su abono provisional, pues las tasaciones y actualizaciones sí se devengan al tiempo de su realización». Por su parte, la SJM núm. 1 de Burgos, de 26 de octubre de 2015, considera que cumple con los criterios del artículo 94.5 LC la valoración de los bienes inmuebles, efectuada por la Administración Concursal, sobre la base de Informe de Valoración emitido por la Junta de Castilla y León, que se basa en los estudios de mercado, bases de datos y fórmulas de valoración elaboradas por los técnicos de la Consejería de Hacienda, desestimando por ello la demanda incidental presentada por SAREB que pedía la inclusión en la lista de acreedores de su crédito privilegiado especial, con una cuantía determinada en base a la valoración razonable efectuada una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro del Banco de España y costeada por la masa activa del concurso de acreedores.

¹⁸ Como señala CABANAS TREJO, «un AEP que solo suponga reestructuración de pasivo, como tal no afecta a la vivienda habitual. Quizá la norma esté pensando en una posible cesión en pago o para pago de la vivienda habitual, en cuyo caso la cláusula tiene pleno sentido cuando la vivienda fuera propiedad de uno solo de los cónyuges,... La regla vendría a ser una traslación al procedimiento del artículo 1320 Código Civil, para evitar en el momento de la ejecución del acuerdo mediante la cesión del bien que no fuera posible por no prestar su consentimiento el cónyuge no propietario. De este modo queda comprometido su asentimiento y colaboración en lo que fuere menester» (CABANAS TREJO, 2015, 9-10).

¹⁹ Pero en el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica (art. 233.3.2.º LC). En el caso de persona física no empresario, «el procedimiento es exclusivamente notarial y la solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor, o uno de ellos a elección del interesado cuando haya varios. De no haberlo en la localidad, ante cualquier notario de localidad del distrito notarial» (CABANAS TREJO, 2015, 17).

²⁰ Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

²¹ De acuerdo con el artículo 235.2.a).II LC, practicada la anotación preventiva de la apertura del procedimiento, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor, embargos posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que deriven de procedimientos seguidos por acreedores de derecho público.

²² FERNÁNDEZ SEJJO, 2015, 8. El secretario judicial debe ordenar la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el notario o el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen (art. 5 bis.3 LC).

²³ *Vid. Disp. Adic. 7.º LC*, introducida por la Ley 14/2013, sobre el tratamiento de créditos de derecho público en caso de AEP. Expresamente señala su apartado 1 que «lo dispuesto en el Título X de esta Ley no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

²⁴ La Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal modificó el artículo 5.bis.4 LC para aclarar una cuestión debatida hasta entonces, estableciendo que en caso de controversia entre el Juzgado de 1.^a Instancia y el Juzgado Mercantil, será el juez conocedor del futuro concurso quien resulta competente para determinar si un bien es necesario o no para la continuidad de la actividad económica del concursado (THOMÀS PUIG, 2016, 2). En relación con la posibilidad de que los acreedores reales puedan iniciar el ejercicio de la acción real que les corresponda, incluso respecto de bienes necesarios o respecto de la vivienda familiar, quedando el procedimiento paralizado mientras no transcurra el plazo de tres meses, la medida guarda relación con el artículo 57.3 LC, es decir, pretende evitar que el acreedor con garantía real pierda el derecho de ejecución separada por no haber ejercitado su acción antes de la declaración de concurso [art. 235.2.a) LC]. Se consideran bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional todos los que «en cualquier concepto [resulten necesarios] para la continuidad económica de la actividad empresarial» (THOMÀS PUIG, 2016, 5).

²⁵ Cfr.: COUSO PASCUAL, 2016, 3.

²⁶ Aunque del artículo 242.bis.2.^o LC podría desprenderse que la comunicación de oficio por el notario al juzgado competente para conocer de la declaración de concurso debe producirse inmediatamente, una vez comprobada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del AEP, si el deudor hubiese solicitado nombramiento de mediador concursal, al iniciar el procedimiento ante el notario o bien el propio notario decidiese tal nombramiento, la comunicación de oficio debería retrasarse hasta la aceptación del cargo por el mediador concursal (arts. 242.bis.2.^o y 3.^o LC). Otra interpretación supondría que el plazo de suspensión de las ejecuciones correría en contra del deudor, aun no concurriendo el requisito imprescindible para el inicio de negociaciones como es la existencia de mediador. Discrepa de esta posición CABANAS TREJO, para quien «la razón por la cual... [la comunicación de la apertura de negociaciones al Juzgado Mercantil competente para la declaración de concurso], se hace depender de la mera admisión de la solicitud por el notario, y no de la aceptación del cargo de mediador concursal (regla general del art. 233.3 LC), responde a la posible asunción del cargo por parte del mismo notario, que hace innecesaria una designación formal como trámite posterior. Pero no siempre ha de ser así. A pesar de eso, cuando se nombra un mediador concursal por no asumir el encargo el notario, también deberá comunicar al Juzgado Mercantil con la mera admisión de la solicitud, aunque no haya aún mediador concursal, anticipando de este modo el efecto paralizante de las ejecuciones. En la comunicación debe destacar que se trata de procedimiento especial de persona natural no empresario, pues el plazo de paralización es distinto» (CABANAS TREJO, 2015, 17).

²⁷ El artículo 235.1 LC, en la redacción dada por la Ley 14/2013, indicaba que «desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno».

²⁸ CABANAS TREJO, 2015, 18.

²⁹ Cfr. PINO ABAD, 2016, 3.

³⁰ CABANAS TREJO, señala, no obstante, que, «para el renacimiento del deber de solicitar el concurso [por el deudor persona natural no empresario] y la consiguiente posibilidad de que lo inste un acreedor, el plazo sigue siendo el de tres meses (art. 5.bis.5 LC). El transcurso del plazo de dos meses no significa necesariamente que haya fracasado el expediente, siempre que se trate de una simple demora en su tramitación, en su caso, justificada, que lleve la reunión con los acreedores más allá de esa fecha. Correspondrá al notario-mediador concursal valorar si todavía es posible conseguir el AEP ... Cuando crea que aún es posible, habrá de esperar el tiempo necesario hasta el fracaso del expediente y reflejarlo en la correspondiente acta» (CABANAS TREJO, 2015, 19).

³¹ ALCOVER GARAU considera que el trámite para fijar la masa activa del deudor es insuficiente, que no existe un proceso de análisis de posibles operaciones fraudulentas, simuladas o reintegrables y que la fijación de la lista de acreedores también es deficiente, pues no hay trámite de comunicación de créditos ni de impugnación a favor de los acreedores (Cfr., ALCOVER GARAU, 2014, 2-3).

³² En este caso es preciso que los bienes o derechos cedidos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme al artículo 94.5 LC [es decir, un valor actualizado], sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior [nótese que aquí la valoración se efectúa, no a efectos de clasificación del crédito y confección de la lista de acreedores, sino a efectos de una cesión de bienes, por lo que no rigen los límites máximos del artículo 94.5.I LC], el acreedor que recibe el bien en pago de su crédito deberá ingresar la diferencia en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía real, será de aplicación lo previsto en el artículo 155.4 LC, esto es, si con la cesión en pago no queda completamente satisfecho el crédito garantizado (porque este excede del valor de la garantía, o sea del 100% de la nueva valoración o de la tasación de antigüedad no superior a 12 meses desde la fecha de nombramiento del mediador concursal), deberá quedar el remanente insatisfecho dentro del AEP con la calificación que le corresponda. Esta norma se incorpora expresamente, porque es posible que el AEP vincule a un acreedor con garantía real que no haya votado a favor del mismo, y que por lo tanto, no acepte una dación en pago. Como veremos después, dicha dación en pago puede imponérse [art. 238.bis.3.b) LC], pero nunca por el importe total del crédito, sino solo por la parte de su crédito que *no excede del valor de la garantía*. *Esto es lo que parece querer decir el legislador al efectuar la remisión al artículo 155.4 LC. Si cabría que, pactándolo, el acreedor con garantía real, aceptase la dación en pago del bien objeto de la misma por la totalidad de la deuda [art. 240.2 en relación con el art. 236.1.c) y 238.bis.2 LC]. Por la parte de su crédito que excede del valor de la garantía real, el acreedor sí queda vinculado por el AEP (aunque no haya votado a favor del mismo) [art. 238.1 a) y b) y 238 bis LC], en cuanto no es crédito privilegiado.* Quedaría pues sujeto a las quitas o esperas que se hubiesen acordado (art. 240.2 LC). Como señala CABANAS TREJEO, en la anterior redacción se mencionaba la cesión de bienes en pago o para pago como posible contenido del AEP pero sin posibilidad de imposición (CABANAS TREJÓ, 2015, 12). *No obstante, cabría mantener que la dación en pago podría imponerse al acreedor hipotecario por el importe de la tasación inicial de la garantía*, según lo que sostuvimos en JIMÉNEZ PARÍS, 2011, quedando el remanente de crédito insatisfecho dentro del AEP (art. 155.4 LC).

³³ CABANAS TREJO, 2015, 12.

³⁴ FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 5.

³⁵ FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 10.

³⁶ Mientras el artículo 122.1.1.^o LC niega, en el ámbito del convenio concursal, el derecho de voto al titular de créditos subordinados, el artículo 238.1 LC, en sede de AEP, sí les reconoce implícitamente el derecho de voto. En relación con el acreedor titular de una garantía real, como parte de su crédito puede ser pasivo afectado por el AEP, y por lo tanto, es base para el cálculo del porcentaje de voto favorable, parece que podría disgregar su voto, y tener derecho a emitirlo en relación con la parte de crédito que es pasivo afectado, en todo caso, sin que se considerase que el mismo afecta a la parte equivalente al valor de la garantía, salvo manifestación expresa (*arg. ex art. 123.2 LC en relación con los arts. 238.1 y 238.bis.2 LC*). Mientras que el AEP vincula a todos los acreedores, quedando tan solo fuera los titulares de créditos públicos «en el convenio concursal no quedan vinculados los privilegiados generales y los subordinados, que sí quedan vinculados ... su espera empieza a contar cuando acaba la espera de los ordinarios (art. 134.1.2.^o LC). Además en el convenio concursal sí se da una vinculación parcial del crédito público al mismo, ya que este es en parte privilegiado y en parte ordinario, además de que los intereses y sanciones son en todo caso subordinados. Y en fin, en principio, *no es exactamente lo mismo un acreedor con garantía real que un acreedor con privilegio especial del artículo 90, aunque la dicción del apartado 2.^o de este artículo en el que se lee que « para que los créditos mencionados en el (...) apartado anterior puedan ser clasificado con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades (...) para su oponibilidad a tercero », da a entender que todo privilegio especial goza de una garantía, por lo que puede defenderse esta equiparación, aunque solo sea para evitar añadir complejidad al tema» (ALCOVER GARAU, 2014, 4).*

³⁷ PINO ABAD indica que también deberá publicarse el AEP en el BOE (PINO ABAD, 2016, 4).

³⁸ CABANAS TREJO considera que la elevación a escritura pública del AEP debe hacerse por el deudor y el mediador concursal (en el caso de la Cámara Oficial de Comercio, un representante de la misma), lo que no quitaría que algún acreedor que hubiera firmado el AEP, también pudiera hacerlo en la escritura, aunque la firma decisiva para el reconocimiento en el concurso consecutivo sería la primera y no la segunda (art. 242.2.5.^a LC). No obstante, en la escritura ha de constar la identidad de los acreedores firmantes. De ahí que su reconocimiento expreso por el deudor exima de un trámite posterior de solicitud de reconocimiento en el concurso consecutivo (CABANAS TREJO, 2015, 14 y nota 16).

³⁹ Discrepamos así de PINO ABAD, quien considera que los porcentajes exigidos por la LC para el arrastre del acreedor con garantía real se calculan *sobre el pasivo que pudiera verse afectado por el AEP* (Vid., PINO ABAD, 2016, 4).

⁴⁰ Las disposiciones previstas para el AEP son similares a las introducidas en sede de convenio de masa. El convenio concursal vincula a acreedores ordinarios y subordinados, y al acreedor privilegiado (con privilegio general o especial) que hubiera votado a favor (art. 134.1 y 2 LC). Pero, sin perjuicio de ello, los acreedores privilegiados también quedarán vinculados al contenido del convenio, cuando además de las mayorías previstas en el artículo 124 LC, necesarias para la aprobación del convenio, se obtengan las mayorías descritas en el artículo 134. 3 LC. Esto es, dentro de cada clase de acreedores privilegiados (laborales, públicos, titulares de endeudamiento financiero y resto de acreedores) según lo dispuesto en el artículo 94.2 LC, votase el 60% o el 75% a favor del convenio, respectivamente si se trata de las medidas del artículo 124.1.a) o del artículo 124.1.b). Si los acreedores son acreedores con privilegio especial, el cómputo se hará en función de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. Cabe, pues, imponer a los acreedores con garantía real medidas como daciones en pago (art. 100.3.2.^o LC). Pero en ningún caso podrá imponerse la cesión a los acreedores de derecho público (art. 100.3.3.^o LC).

⁴¹ En la redacción dada por la Ley 14/2013, el artículo 240.3 LC disponía que, en todo caso, hubiese votado el acreedor a favor o en contra del AEP, conservaría las acciones que le correspondiesen *por la totalidad de los créditos* contra los obligados solidarios y garantes personales del deudor. De manera que emitido un voto a favor de una quita, la quita no afectaba al fiador, al que se podía reclamar la totalidad del crédito. Lo cual generaba una asimetría con las disposiciones relativas al convenio concursal (art. 135 LC). (ALCOVER GARAU, 2014, 5). Ello ha sido rectificado en la redacción actual.

⁴² CABANAS TREJO, 2015, 16.

⁴³ FERNÁNDEZ SEIJO, 2015, 13.