

El acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley Concursal

The settlement of payments in the bankruptcy law

por

MARÍA DEL PINO DOMÍNGUEZ CABRERA*

*Profesora de Derecho mercantil
Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

RESUMEN: Es objeto de análisis el acuerdo extrajudicial de pagos incorporado a la Ley Concursal, con la presencia de un mediador, y que ha supuesto introducir matices peculiares que deben ser analizados a la luz de las características del proceso concursal. Se ha pretendido un encaje determinado y no parece claro que con ello se haya atendido a la naturaleza del proceso, aunque también es verdad, que se ha dejado paso, como viene siendo habitual en las reformas operadas en la Ley Concursal de 2003, a la realidad económica que nos envuelve, sumamente agobiante y desesperanzadora. Por ello, dar paso, a mecanismos previos a la judicialización, en sentido estricto, como fórmula de solventar las consecuencias siempre negativas a las que abocan las situaciones de insolvencia no tiene por qué llevar a priori a su rechazo, su estudio y aplicación práctica, es lo que nos va a permitir su aproximación y valoración final.

* Doctora en Derecho y profesora de Derecho mercantil, Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria —ULPGC—, —GRAN CANARIA, Islas Canarias— dirección de correo electrónico; mpdominguez@dcjb.ulpgc.es.

ABSTRACT: The object of the analysis settlement payments incorporated into the Bankruptcy Act, with the presence of a mediator, and that has meant introducing quirky nuances that must be analyzed in light of the characteristics of the judicial process. It has been claimed a certain reserve and it is not clear that this would have been addressed to the nature of the process, although it is true, that has been replaced, as is customary in the reforms introduced in the Insolvency Act 2003, the economic reality that surrounds us, extremely oppressive and hopeless. Therefore give way to pre-prosecution mechanisms, strictly speaking, as a way to solve the ever negative consequences which lead to the insolvency does not have to lead to its rejection a priori, the study and practical application, is what will allow us to approach and its final assessment.

PALABRAS CLAVES: Concurso. Acuerdo extrajudicial de pagos. Acuerdo preconcursal. Notario. Registrador. Empresario deudor. Acreedores concursales.

KEY WORDS: *Bankruptcy process. Settlement of payments. Agreement before bankruptcy. Notary. Recorder. Corporate debtor. Insolvency creditors.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—III. ELEMENTO OBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—IV. EXCLUSIONES MATERIALES PARA ACCEDER AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—V. ELEMENTO FORMAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante LEI) introduce el apoyo a la financiación de los emprendedores¹, incidiendo en la Ley Concursal en la materia preconcursal de los acuerdos de *refinanciación* con un doble propósito de regular de una manera más completa y más flexible el procedimiento registral de designación de los expertos, ya que puede solicitarse del registrador su nombramiento y seguirse el procedimiento sin necesidad de que el acuerdo esté concluido o el plan de viabilidad cerrado y, de otra parte, para incluir una regla más flexible y clara del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo y que constituye el requisito legal mínimo para su potestativa homologación judicial². Pero también es cierto que la citada Ley introduce la figura del *acuerdo extrajudicial de pagos*³, en la Ley Concursal, que permite observar en su detallada

regulación elementos que concretan el ámbito subjetivo y objetivo de actuación, configurándose como una posibilidad más de proceso que permita evitar quedar inmerso en el concurso, en tanto en cuanto, siguen teniendo la consideración de mecanismos de actuación extraconcursal, aunque se determine el reconocimiento de determinados efectos jurídicos ya intramuros del proceso concursal.

La novedad, más que la pura delimitación del *acuerdo extrajudicial de pagos*, con la presencia de un mediador, ha supuesto introducir matices peculiares que deben ser analizados a la luz de las características del proceso concursal. Se ha pretendido un encaje determinado y no parece claro que con ello se haya atendido a la naturaleza del proceso, aunque también es verdad, que se ha dejado paso, como viene siendo habitual en las reformas operadas en la Ley Concursal de 2003⁴, a la realidad económica que nos envuelve, sumamente agobiante y desesperanzadora. Por ello, dar paso, a mecanismos previos a la judicialización, en sentido estricto, como fórmula de solventar las consecuencias siempre negativas a las que abocan las situaciones de insolvencia no tiene por que llevar a priori a su rechazo, su estudio y aplicación práctica, es lo que nos va a permitir su aproximación y valoración final.

II. ELEMENTO SUBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Obsérvese que la LC en este punto delimita y limita el elemento subjetivo que debe configurar e integrar el acuerdo extrajudicial. Mientras todo proceso concursal puede afectar a la persona física y persona jurídica, sea en su condición de empresario o no⁵, el acuerdo expresamente integra a los siguientes sujetos:

1. *empresario persona natural* al que además, considera integrante aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, y también a los trabajadores autónomos⁶.

2. *cualquier persona jurídica*, excepto las entidades aseguradoras y reaseguradoras⁷, sea o no sociedad de capital, al que se le pide con carácter concurrente que cumplan entre otras, las siguientes condiciones; i.- en caso de ser declarada en concurso, dicho concurso debe quedar sujeto a los requisitos que permiten su tramitación como procedimiento abreviado⁸, ii.- disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y iii.- que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago expresamente regulado en la LC⁹.

El acuerdo extrajudicial limita el elemento subjetivo a la persona natural empresario y sin embargo en lo afectante a la persona jurídica, se concibe en su sentido más amplio, así debemos entender incluidas expresa e implícita-

mente; i.- las sociedades irregulares de carácter mercantil, ii.- las sociedades civiles que no han cumplido todos aquellos requisitos de constitución, iii.- los entes sin personalidad jurídica y iv.- las masas patrimoniales separadas, v.- las sociedades mercantiles estatales, vi.- las sociedades mercantiles autonómicas o locales creadas o participadas por las entidades que integran la organización territorial del Estado y sus correspondientes organismos públicos y vii.- las personas jurídico-privadas con capital o patrimonio perteneciente o derivado de administraciones públicas, viii.- la herencia yacente no aceptada y ix.- la herencia yacente aceptada a beneficio de inventario, x.- herencia yacente deudora.

3. *empresario persona natural y cualquier persona jurídica*, excepto las entidades aseguradoras y reaseguradoras, siempre y cuando no se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuando aquellos hubieran solicitado el concurso y haya sido admitida a trámite¹⁰.

4. *acreedor* no declarado en concurso¹¹, y no sujeto a negociación de refinanciación con su deudor, que no sea de derecho público y sin crédito con garantía real, salvo que siendo titular de créditos de esta clase voluntariamente quisiera intervenir en el acuerdo extrajudicial¹².

5. *mediador concursal*¹³ en tanto en cuanto su presencia es preceptiva para poder tramitar un *acuerdo extrajudicial preconcursal*¹⁴. Además, su nombramiento habrá de recaer en *la persona natural o jurídica*, debiendo reunir, las siguientes condiciones concurrentes¹⁵: i. *mediadores personas naturales* que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión y ii.- *mediadores personas jurídicas* que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural. Además, el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga. Además, específicamente el *mediador persona física concursal* debe ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, con la necesaria acreditación en la formación especializada en Derecho Concursal, o ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. Si se tratase de un *mediador concursal persona jurídica* debe integrarse, al menos, por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

En conclusión en el ámbito subjetivo del acuerdo extrajudicial concursal es de resaltar el acceso al mismo de forma limitada, quedando excluida la figura de la persona natural no empresario, contradiciendo el principio de unidad de disciplina declarado en la Ley Concursal que permite la configuración de un procedimiento que atiende las necesidades de cualquier tipo de deudor extendiendo por ello, su aplicación sin hacer distinción entre deudor civil y deudor mercantil.

Ahora bien, la lectura del articulado de la Ley, y en relación a la determinación del presupuesto subjetivo, más la inclusión de este acuerdo extrajudicial, podemos extraer como principal consecuencia el hecho de que su aplicación parece estar destinada básicamente a un tipo de deudor; empresario. Además, del espíritu de la Ley, manifestado en su Exposición de Motivos, se extrae la confirmación del reconocimiento implícito de la diversidad de regímenes jurídicos —deudor civil, deudor mercantil— en tanto en cuanto, se admite la especialidad de sus normas en atención al concursado empresario.

III. ELEMENTO OBJETIVO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Señala la Exposición de Motivos de la LC¹⁶ en relación al presupuesto objetivo de la misma lo siguiente:

«La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones».

La finalidad perseguida por la LC es la satisfacción del interés de los acreedores¹⁷, y no el saneamiento del deudor, por ello, se pretende articular la fórmula necesaria para evitar el deterioro del estado patrimonial de este. Así, se muestra la insolvencia como el presupuesto objetivo en nuestra LC¹⁸ con una (i) aparente configuración de unidad y entendida como la (ii) *situación jurídica o económica* del deudor que justifica la apertura del procedimiento concursal.

En relación a la (i) *aparente* configuración de unidad; viene justificada por el hecho de que en la declaración de concurso por la situación de insolvencia no solo puede deberse a su carácter actual¹⁹ sino igualmente puede tener su origen en su carácter inminente²⁰, lo que ocasionó una necesaria definición y por lo tanto delimitación, del término inminente en la LC, comportando tal y como se ha advertido, que junto a un presupuesto objetivo genérico —insolvencia actual— se encuentra otro presupuesto objetivo de naturaleza específica —insolvencia inminente²¹—, diluyendo el carácter puramente unitario pretendido.

En lo concerniente a la (ii) *situación jurídica o económica* del deudor que justifica la apertura del procedimiento concursal y en este caso iniciarse el

acuerdo extrajudicial de pagos, y por tanto, al concepto establecido en la LC, se aprecia como elementos definitorios los siguientes:

- a. Imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones por el deudor excluyendo la posibilidad de entender insolvente a aquel que no cumple por tener la única voluntad de no hacerlo.
- b. No dar cumplimiento regular²² y puntual a sus obligaciones. Por una parte, el concepto de insolvencia actual matiza el carácter de definitivo, pues para que se dé dicho supuesto es suficiente no poder cumplir sus obligaciones regularmente. Sin embargo, para el supuesto de la insolvencia inminente la LC exige del deudor que este prevea la imposibilidad de dar cumplimiento regular y puntual a sus obligaciones. En el supuesto general de insolvencia se hace referencia a un deudor incumplidor con regularidad²³, mientras que el caso de insolvencia específica el deudor será concursal pues *conoce* que no podrá cumplir regular y puntualmente²⁴, es decir prevé un incumplimiento irregular e impuntual de sus obligaciones.
- c. Exigibilidad de las obligaciones incumplidas. Dicha exigibilidad debe entenderse, tal y como se señala por la doctrina, con un alcance que va más allá que el de su vencimiento²⁵, siendo necesario la aplicación de las normas civiles o mercantiles referidas a la determinación del momento de exigibilidad de estas²⁶.
- d. Finalmente, es de añadir la necesidad de que el incumplimiento por parte del deudor debe afectar a una pluralidad de sus obligaciones, excluyendo la posibilidad de delimitar el supuesto de insolvencia —general o especial— al caso que afecte a una única obligación²⁷.

Preceptivamente el deudor que pretenda iniciar el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos debe encontrarse en situación de insolvencia que puede ser tanto actual como inminente²⁸.

IV. EXCLUSIONES MATERIALES PARA ACEDER AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

De los doce artículos que componen el Título X de la LC, que regulan el acuerdo extrajudicial del pagos, alguno de ellos, contienen los supuestos de exclusiones materiales en su aplicación, haciendo una distinción según afecta al i.- *deudor insolvente empresario persona natural* o ii.- *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital*, y iii.- *común a ambos sujetos*.

- i. *deudor insolvente empresario persona natural* cuando del correspondiente balance aportado, no quede justificado que su pasivo no supera los cinco millones de euros²⁹.

ii. *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital*, cuando en caso de ser declarada en concurso, dicho concurso hubiere de revestir especial complejidad y no fuere posible su tramitación abreviada³⁰, además, en aquellos casos en los que no dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y que su patrimonio y sus ingresos previsibles no permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago³¹.

iii. *común a ambos sujetos*, son aquellos supuestos en los que establecen la imposibilidad de acuerdo extrajudicial por parte de los deudores que 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. También afecta, a los sujetos en los que siendo obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil que no figuraren inscritos con antelación. Como motivo *económico*, 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 del depósito de las cuentas anuales. Como motivo *funcional*, 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.

V. ELEMENTO FORMAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Luego la delimitación de los elementos objetivos y subjetivos con sus exclusiones e inclusiones expresas, permite determinar los requisitos formales para iniciar, desarrollar y concluir, este acuerdo extrajudicial de pagos³², que ligado al concepto de legitimación para su solicitud o tramitación, diferencia momentos específicos en su desarrollo; i.- *momento inicial* de su solicitud y ii.- *momento de desarrollo* del acuerdo y iii.-*momento final* del acuerdo extrajudicial.

i. *momento inicial* de su solicitud³³ es el deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos el que debe solicitarlo, en tanto en cuanto, *debe ser el que inste el nombramiento de un mediador concursal*³⁴. La LC además, aclara, que si el a.- deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador, y además, b.- el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio. Por su parte, dicha solicitud exige la constancia de su situación económica, sin olvidarse del necesario listado de acreedores.

Obsérvese como el legislador ha previsto que la admisión o inadmisión de la solicitud le corresponde al registrador o al notario, como mecanismo garantista del mismo, en tanto en cuanto, pese a no tener su inicio un control jurisdiccional,

sí que están tasados los supuestos para su inadmisión³⁵, delimitando la actuación de ambos, con el fin de evitar todo mecanismo discrecional.

Luego, cumpliéndose *inicialmente* los requisitos formales, se procede a la designación del mediador que debe aceptar el nombramiento³⁶, el cual *comprobará* la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor.

ii. *momento de desarrollo* del acuerdo, el impulso le corresponde al mediador, el cual asume la dirección y control del desarrollo del mismo, no así de la actividad laboral, empresarial o profesional del deudor instante que podrá o no continuarla, haciéndolo depender de su propia decisión³⁷. Además, el *mediador* debe solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores cuando decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público³⁸.

También es verdad, que en esta fase del acuerdo, la LC ha articulado la participación del a.- *deudor*, ya que la remisión del plan de pagos previamente redactado por el mediador, queda sujeta a su consentimiento³⁹, y de los b.- *acreedores* que podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación a la inicialmente remitida⁴⁰.

Luego en esta fase de la negociación, la participación de los sujetos integrantes del acuerdo es amplia, ciertamente el *mediador* garantiza que su aportación da respuesta no solo a la realidad económica del *deudor*, sino que además, lo hace con su consentimiento y con las posibles y reconocidas aportaciones de sus *acreedores*, a los cuales se les garantiza una participación activa desde esta fase media, en el proceso preconcursal.

iii. *momento final* del acuerdo extrajudicial puede producirse tras la no aceptación del plan de pagos, tras su cumplimiento e incumplimiento. Ello también hace que la participación subjetiva comporte la implicación del a.- *mediador* si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incursa en insolvencia, el mediador concursal debe solicitar de inmediato del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. El legislador recoge la posibilidad de que el mediador, en este supuesto, pueda instar a la vez del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa⁴¹, si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal y si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia⁴². Por su parte, b.- *deudor* y *acreedores* quedan legitimados para instar la declaración del concurso por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado.

En esta última fase, este acuerdo preconcursal que pudo dar lugar a un plan de pagos no aceptado, pero también pudo haberse cumplido o incumplido da paso a la posible participación tanto del *mediador*, del *deudor* como de los *acreedores*, añadiéndose la figura del *juez*, ciertamente no de oficio y siempre previa puesta en conocimiento por los implicados en el acuerdo, en tanto en cuanto, supone la necesaria apertura del proceso concursa, o en los supuestos de su cumplimiento el conocimiento de cierre del expediente, que debe comunicarse por el notario o el registrador ante el que se abrió el mismo⁴³.

VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Un vez la LC ha dado paso al reconocimiento expreso del acuerdo extrajudicial de pagos como mecanismo preconcursal, también es cierto que de su articulado se desprende el carácter vinculante del mismo. De tal forma, que solicitado el inicio de dicho expediente⁴⁴ las partes, con carácter general, quedan vinculadas al mismo desde su inicio. Mediante esta institución el deudor pacta por escrito con sus acreedores, fuera del proceso concursal, cómo va a pagar el importe de sus créditos; si se ha cumplido el acuerdo, este se cierra, con su puesta en conocimiento al juzgado que hubiera de tramitar el concurso, si el mismo no tuviera un resultado positivo —no se llega a un acuerdo, no se aprueba el plan o se incumple— dará inicio al proceso concursal en sentido estricto. Luego, debemos entender que *el acuerdo aprobado pasa a estar homologado*.

También es verdad, que la norma diferencia los *efectos jurídicos* i.- de la solicitud de acuerdo de pagos extrajudicial, los efectos jurídicos ii.- de no llegar a un acuerdo, de no aprobarse el plan de pagos y de no cumplirse y los efectos jurídicos iii.- del cumplimiento del plan de pagos.

i. Los *efectos jurídicos* de la solicitud de acuerdo de pagos extrajudicial afecta por una parte al *deudor* desde el instante solicita la apertura del expediente, que podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Ahora bien, desde la presentación de la solicitud, el deudor se debe abstener de solicitar la concesión de préstamos o créditos, debiendo devolver a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se debe abstener de utilizar medio electrónico de pago alguno. Una vez practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial. El deudor que se encontrase

negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5 *bis* LC.

En consecuencia los efectos jurídicos para el *deudor* operan desde la presentación de la solicitud.

Por su parte, desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los *acreedores* que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocie el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de su propia decisión. Ahora bien, el acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitárla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.

Es más, desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común. Si lo estiman oportuno podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que este les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

En este caso, los efectos jurídicos para los *acreedores*, operan desde la publicación de la apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos.

ii. de no llegar a un acuerdo, de no aprobarse el plan de pagos y de no cumplirse

El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores *si decidieran no continuar con las negociaciones* los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público⁴⁵. Dicha solicitud puede ser instada además, por los acreedores y el propio deudor.

Si el *plan no fuera aceptado* o el *acuerdo aprobado fuera incumplido* y el *deudor* continuara incursa en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. Dicha solicitud puede ser instada además, por los acreedores y el propio deudor⁴⁶.

El legislador ante las posibilidades anteriormente reseñadas y como medio que convalide los efectos jurídicos afectantes a las partes tras la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos y con el fin de que las mismas permanezcan,

establece la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado⁴⁷, abriendo la fase de liquidación.

iii. del cumplimiento del plan de pagos exige su previa aceptación pro los acreedores que voten a favor de mismo y 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 mismo⁴⁸. Formal y materialmente, dicho plan aceptado por los acreedores, se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. 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. Por el notario o el registrador se *comunicará el cierre del expediente al juzgado* que hubiera de tramitar el concurso, lo que permite mantener que dicho trámite homologa judicialmente dicho acuerdo.

En este supuesto, ningún *acreedor* afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor. El *deudor* podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado, y en caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado.

El plan de pago aprobado y homologado por su conocimiento judicial, es automáticamente ejecutivo. Ciertamente, dicho plan puede ser impugnado, pero ello no suspende su ejecución⁴⁹ que queda tasada en los supuestos de falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, en la superación de los límites establecidos en relación a las quitas y esperas, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas.

CONCLUSIONES

Sin duda, la realidad social, económica y cultural terminan modelando la realidad jurídica. La LC es el claro ejemplo de ello, y por supuesto es de agradecer. Desde la promulgación de la LC, allá por el 2003, las reformas operadas

en la misma, han permitido ir adaptando a las exigencias de nuestra sociedad. Ciertamente, sus principios se mantienen aunque franqueadas por otros que quieren dar respuesta inmediata a las nuevas exigencias.

El acuerdo extrajudicial de pagos responde a esa necesidad, el legislador concursal, no quiere dejar vacía esta parcela, que en puridad jurídica no formaba parte de este procedimiento regulatorio de las insolvencias.

Primero. En el ámbito subjetivo el acuerdo extrajudicial concursal es de resaltar el acceso al mismo de forma limitada, quedando excluida la figura de la *persona natural no empresario*, contradiciendo el principio de unidad de disciplina declarado en la Ley Concursal que permite la configuración de un procedimiento que atiende las necesidades de cualquier tipo de deudor extendiendo por ello, su aplicación sin hacer distinción entre deudor civil y deudor mercantil.

Segundo. Preceptivamente el deudor que pretenda iniciar el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos debe encontrarse en situación de insolvencia que puede ser tanto actual como inminente

Tercero. De los doce artículos que componen el Título X de la LC, que regulan el acuerdo extrajudicial del pagos, alguno de ellos, contienen los supuestos de exclusiones materiales en su aplicación, haciendo una distinción según afecta al i.- *deudor insolvente empresario persona natural* o ii.- *deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital, y iii.- común a ambos sujetos*.

Cuarto. Obsérvese como el legislador ha previsto que la admisión o inadmisión de la solicitud le corresponde al registrador o al notario, como mecanismo garantista del mismo, en tanto en cuanto, pese a no tener su inicio un control jurisdiccional, sí que están tasados los supuestos para su inadmisión, delimitando la actuación de ambos, con el fin de evitar todo mecanismo discrecional.

Quinto. Luego en esta fase de la negociación, la participación de los sujetos integrantes del acuerdo es amplia, ciertamente el *mediador* garantiza que su aportación da respuesta no solo a la realidad económica del *deudor*, sino que además, lo hace con su consentimiento y con las posibles y reconocidas aportaciones de sus *acreedores*, a los cuales se les garantiza una participación activa desde esta fase media, en el proceso preconcursal.

Sexto. En esta última fase, este acuerdo preconcursal que pudo dar lugar a un plan de pagos no aceptado, pero también pudo haberse cumplido o incumplido da paso a la posible participación tanto del *mediador*, del *deudor* como de los *acreedores*, añadiéndose la figura del *juez*, ciertamente no de oficio y siempre previa puesta en conocimiento por los implicados en el acuerdo, en tanto en cuanto, supone la necesaria apertura del proceso concursal, o en los supuestos de su cumplimiento el conocimiento de cierre del expediente, que debe comunicarse por el notario o el registrador ante el que se abrió el mismo.

Séptimo. El legislador ante las posibilidades anteriormente reseñadas y como medio que convalide los efectos jurídicos afectantes a las partes tras

la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos y con el fin de que las mismas permanezcan, establece la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado, abriendo la fase de liquidación.

La legislación concursal con sus reformas están interactuando con la práctica judicial, lo que ha permitido constatar la rapidez con la que se están abordando las carencias, en unos casos y/o imprecisiones legales en otros, dándose respuesta de forma más efectiva a las necesidades que en este ámbito se vienen produciendo; la realidad económica actual ha ido destapando, sin tapujos, que esta LC más que nunca, debe tratarse como mecanismo que aporte al instituto del concurso una mayor seguridad jurídica.

En conclusión, la realidad práctica dirá, si esta figura cumple su función, que parece a todas luces querer convertirse en un medio que evite la *plena judicialización* de las situaciones de insolvencia de empresarios y sociedades, y desde la órbita del acreedor delimitar una fase preconcursal que juegue a su favor.

BIBLIOGRAFÍA

- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (2007). La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores, *Revista Concursal y Paraconcursal*, 2/2007.
- (2008). Insolvencia de las familias en la Ley concursal española, en TOMILLO URBINA, Jorge y ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coords.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra.
- DOMÍNGUEZ CABRERA, M. P. (2012). La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 25.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2010). Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: el expediente registral preconcursal, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 21.
- PULGAR EZQUERRA, J. (2003). El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid.
- (2009). Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias, *Diario La Ley*, núm. 7097.
- RODRÍGUEZ CONDE, C. (2013). El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, núm. 4.
- SANJUAN y MUÑOZ, E. (2014). La naturaleza jurídica del mediador concursal sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia, *Diario La Ley*, núm. 8230.

- SENENT MARTÍNEZ, S. (2004). Artículo 1, en JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (Dir.), HERMIDA, Carmen (coord.) y GARCÍA, Eduardo (coord.): *La nueva regulación concursal*, Madrid.
- VILA FLORENSA, P. (2008). Artículo 1, en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coord.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona.

NOTAS

¹ *Vid.*, artículos 31 a 35 LEI.

² Enriquecedores artículos científicos de PULGAR EZQUERRA, J.: Rescisión concursal y refinanciaciones bancarias, *Diario La Ley*, núm. 7097, 2009 y FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: Una lectura preconcursal del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación: el expediente registral preconcursal, *Anuario de derecho concursal*, núm. 21, 2010, pp. 9-80.

³ *Vid.*, artículo 21 LEI.

⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC).

⁵ *Vid.*, DOMÍNGUEZ CABRERA, MP: La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anuario de Derecho concursal*, núm. 25, 2012, pp. 97-101.

⁶ *Vid.*, artículo 231.1 LC.

⁷ *Vid.*, artículo 231.5 LC.

⁸ *Vid.*, artículo 190 LC.

⁹ *Vid.*, artículo 236.1 LC.

¹⁰ *Vid.*, artículo 231.4 LC.

¹¹ *Vid.*, artículo 231.5 LC.

¹² *Vid.*, artículo 234.4 LC.

¹³ Interesante el planteamiento de SANJUAN y MUÑOZ, E.: La naturaleza jurídica del mediador concursal sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia, *Diario La Ley*, núm. 8230, 2014.

¹⁴ *Vid.*, artículo 232.1 LC.

¹⁵ *Vid.*, artículos 11 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y 27.1 LC.

¹⁶ *Vid.*, apartado II de la Exposición de Motivos de la LC.

¹⁷ *Vid.*, apartado VI Exposición de Motivos de la LC.

¹⁸ Artículo 2 LC, que dice: «1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común.

2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

4. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la

solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

¹⁹ Artículo 2.2 LC donde se define el estado de insolvencia actual y por tanto, el presupuesto objetivo de carácter general al señalar: «Se encuentra en *estado de insolvencia* el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» (cursiva nuestra).

²⁰ Artículo 2.3 LC define el estado de insolvencia inminente y por ello, se establece un presupuesto distinto al genérico definido en el apartado 2 LC, al decir: «Se encuentra en *estado de insolvencia inminente* el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones» (cursiva nuestra).

²¹ Adviéntase que cuando el que insta el proceso concursal es el acreedor, el presupuesto objetivo exigido debe estar basado en la justificación del título o algunos de los hechos recogidos en el apartado 4 del artículo 2 LC, pudiéndose valorar en los mismos que alguno de ellos, no hace referencia a una necesaria insolvencia inminente y por lo tanto una imposibilidad de dar cumplimiento regular del deudor con sus obligaciones. El artículo 2.4 LC dice: «Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades».

²² Como señala el profesor Beltrán Sánchez, pago regular «es el que se realiza de acuerdo con las reglas observadas por los operadores económicos en el específico sector de la actividad de que se trate y con medios normales derivados del ejercicio de la empresa o de los ingresos ordinarios de un no empresario». BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Insolvencia de las familias en la Ley concursal española*, en TOMILLO URBINA, Jorge y ÁLVAREZ RUBIO, Julio (coords.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, Navarra, p. 204.

²³ Lo que comporta no considerar deudor en concurso el que atiende con regularidad sus obligaciones pero no con carácter puntual. *Vid.*, VILA FLORENSA, Pablo: Artículo 1 en SALA, A., MERCADAL, F., ALONSO-CUEVILLAS, J. (coord.): *Nueva Ley Concursal*, Barcelona, 2008, p. 75.

²⁴ La doctrina ha criticado el término de insolvencia inminente establecido en la LC por no parecer justificado «bajo la consideración de los principios de política jurídica informadores de la reforma» anticipar el momento de apertura del concurso basándose en situaciones de previsión futura de incumplimiento de las obligaciones. Se señala el hecho de que el legislador por seguridad jurídica, podía haber determinado el plazo temporal de la previsión de incumplimiento y obligaciones a las que se refiere. En este sentido PULGAR EZQUERRA, J.: El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal*, Madrid, 2003, pp. 73 y sigs. SENENT MARTÍNEZ, S.: «Artículo 1» en JIMÉNEZ SAVURIDO, Cristina (dir.), HERMIDA, Carmen (coord.) y GARCÍA, Eduardo (coord.): *La nueva regulación concursal*, Madrid, 2004, p. 29.

²⁵ No toda obligación vencida es una obligación exigible. Al respecto *vid.*, PULGAR EZQUERRA, Juana: El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores, en

GARCÍA VILLAVERDE, R., ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J.; *Derecho Concursal: estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal, cit.*, pp. 65-66.

²⁶ Se aplicarán los artículos 1113 y sigs. CC en relación a las obligaciones civiles y el artículo 62 CC en lo referido a las obligaciones de naturaleza mercantil.

²⁷ En sentido contrario BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: «La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores», *Revista Concursal y Paraconcursal*, 2/2007, p. 40.

²⁸ *Vid.*, artículo 231 LC.

²⁹ *Vid.*, artículo 231.1 LC.

³⁰ *Vid.*, artículo 190 LC.

³¹ *Vid.*, artículo 231.2 LC.

³² Es de resaltar la aproximación general que esta nueva figura preconcursal hace RODRÍGUEZ CONDE, C.: El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013, *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, núm. 4, 2013, pp. 919-953.

³³ *Vid.*, artículo 232.1 LC.

³⁴ El artículo 231.2 LC señala que en caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor.

³⁵ Señala el artículo 232.3 LC que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231 de esta Ley y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos.

³⁶ *Vid.*, artículo 233 LC.

³⁷ *Vid.*, artículo 235.1 LC.

³⁸ *Vid.*, artículo 236.4 LC.

³⁹ *Vid.*, artículo 236.1 LC.

⁴⁰ *Vid.*, artículo 236.3 LC.

⁴¹ *Vid.*, artículo 176 *bis*. LC.

⁴² *Vid.*, artículo 241.2 y 3 LC.

⁴³ *Vid.*, artículo 238.2 LC.

⁴⁴ Tal y como señala el artículo 235 LC.

⁴⁵ *Vid.*, artículo 236.4 LC.

⁴⁶ *Vid.*, 238 y 241.3 LC.

⁴⁷ *Vid.*, artículo 242.1 LC.

⁴⁸ *Vid.*, artículo 238.1 LC.

⁴⁹ *Vid.*, artículo 239 LC.

(Trabajo recibido el 21-2-2014 y aceptado para su publicación el 25-3-2014)