



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Trabajo de Final de Grado

Facultad de Derecho

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos

AUTOR: Harutyun Kepydyan

NIUB: 18012680

TUTOR: Juan Jané Bonet

ÁREA TEMÁTICA: Derecho Mercantil

CURSO: 2019-2020

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	4
1. DERECHO DE LA INSOLVENCIA: CONSIDERACIONES PREVIAS	6
1.1. El concurso de acreedores.....	6
1.1.1. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: de la dispersión normativa a la unidad	7
1.1.2. Deficiencias del sistema concursal.....	7
1.2. Hacia la protección de los instrumentos preconcursales: acuerdos de refinanciación	9
1.2.1. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo: protección frente a la acción rescisoria concursal	10
1.2.2. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal	11
1.2.2.1. Protección de la negociación	11
1.2.2.2. Protección de la ejecución.....	12
2. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO INSTITUCIÓN PRECONCURSAL	14
2.1. Definición y naturaleza jurídica	14
2.2. Presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos	15
2.2.1. Presupuesto subjetivo	16
2.2.2. Presupuesto objetivo	18
2.3. Impedimentos i exclusiones del acuerdo extrajudicial de pagos.....	19
2.3.1. Impedimentos por conductas del deudor	19
2.3.2. Tratamiento de las entidades aseguradoras y reaseguradoras	21
2.3.3. Tratamiento de los créditos de derecho público y créditos con garantía hipotecaria	23
3. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: PROCEDIMIENTO	23
3.1. Presentación de la solicitud.....	23
3.1.1. Legitimación y contenido de la solicitud	23
3.1.2. Órgano competente y control de admisibilidad	25
3.2. Nombramiento de mediador concursal	26
3.2.1. El mediador concursal.....	26
3.2.2. Proceso del nombramiento de mediador concursal	27
3.3. Efectos de la iniciación del expediente.....	29
3.3.1. Efectos de la presentación de la solicitud por parte del deudor.....	30
3.3.2. Comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado: consideraciones previas y efectos.....	30
3.3.2.1. Consideraciones previas	30
3.3.2.2. Efectos.....	32
3.3.3. Efectos de la anotación de la apertura de negociaciones en los registros públicos.....	35
3.4. Convocatoria a los acreedores	35
3.5. Propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos y posible terminación anticipada de las negociaciones.....	37
3.5.1. Propuesta inicial	37
3.5.1.1. Medidas que puede contener la propuesta	37
3.5.1.2. Plan de pagos.....	39
3.5.1.3. Plan de viabilidad y otras exigencias de la propuesta.....	39
3.5.2. Propuesta de los acreedores y propuesta final	40
3.5.3. Posible terminación anticipada de las negociaciones	40
3.6. Reunión y adopción del acuerdo extrajudicial de pagos	41
3.6.1. Deber de asistencia y consecuencias de su incumplimiento	41
3.6.2. Desarrollo de la reunión y posibles modificaciones de la propuesta.....	42

3.6.3. Cuestiones omitidas por el legislador: asistencia del mediador y del deudor.....	42
3.6.4. Adopción (o no) del acuerdo extrajudicial de pagos.....	43
3.6.4.1. Aprobación del acuerdo y su extensión subjetiva.....	44
3.6.4.2. Requisitos formales y publicidad del acuerdo.....	45
3.6.4.3. No aprobación del acuerdo.....	47
4. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO, EFECTOS, CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO.....	47
4.1. Impugnación del acuerdo.....	47
4.1.1. Legitimación, efectos y motivos de la acción de impugnación.....	47
4.1.2. Procedimiento y sentencia resolutoria de la impugnación.....	49
4.1.2.1. Demanda, contestación y posible vista.....	49
4.1.2.2. Sentencia.....	50
4.2. Efectos del acuerdo.....	51
4.3. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo.....	52
4.4. Concurso consecutivo: especialidades.....	53
CONCLUSIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	62

INTRODUCCIÓN

Desde que decidí estudiar la carrera de Derecho, siempre he tenido un especial interés por el Derecho Mercantil. No fue hasta el tercer año cuando cursé la asignatura de Derecho de la Empresa y del Mercado, que para mí vino a ser una introducción en esta materia. En el segundo semestre de ese mismo año cursé Derecho de Sociedades, que a diferencia de la primera, como indica su nombre, se centraba en el régimen jurídico de las sociedades mercantiles, así como su funcionamiento interno y las responsabilidades de los socios y los administradores. Si antes de cursar estas dos asignaturas el Derecho Mercantil despertaba en mí un especial interés, después de estudiar estas dos asignaturas tenía claro que mi Trabajo de Final de Grado tenía que estar relacionado con el Derecho Mercantil. Paralelamente a esto, en el primer semestre del tercer año, cursé la asignatura optativa de Medios alternativos de resolución de conflictos, en la que tuve la ocasión de ver en qué consiste, entre otros medios, la mediación. Y como se verá a lo largo de este trabajo, este mecanismo de resolución de conflictos es uno de los pilares del Acuerdo extrajudicial de pagos. En estas circunstancias, finalmente me acabé decantando por hacer un Trabajo de Final de Grado sobre el tema del Acuerdo extrajudicial de pagos.

En primer lugar trataré de contextualizar el acuerdo extrajudicial de pagos. Es decir, antes de analizar esta institución, es imprescindible entender cuál es la situación que genera la necesidad de acudir al acuerdo extrajudicial de pagos. Para ello, antes de nada introduciré situación del empresario insolvente y expondré brevemente la evolución del sistema concursal español desde la aprobación de la Ley 22/2003, analizando las reformas legales tendentes a la instauración y protección de los mecanismos preconcursales como instrumento para intentar alcanzar la conservación de la empresa sin dejar de lado la satisfacción de los acreedores. En segundo lugar me centraré en analizar el acuerdo extrajudicial de pagos como institución preconcursal. Para ello analizaré su naturaleza jurídica, sus características, los sujetos legitimados para instarlo, etc. Una vez situados en el acuerdo extrajudicial de pagos, analizaré, entre otras cuestiones, cómo se desarrolla el procedimiento y cuál el contenido del acuerdo. Para acabar, en el último bloque de este trabajo abordaré los efectos del acuerdo, qué supone su impugnación, su cumplimiento o su incumplimiento, así como las especialidades del concurso consecutivo.

Con el desarrollo de este trabajo intentaré determinar cuál es el papel del acuerdo extrajudicial de pagos en el sistema concursal español, si es eficaz como instrumento preconcursal, los aciertos del legislador con relación a su regulación, así como las deficiencias o aspectos que se pueden mejorar.

Por último creo que es necesario advertir que este es un trabajo bibliográfico, es decir, se basa en la exposición que hacen los diferentes autores sobre el tema. Lo cual no excluye que pueda haber alguna aportación o valoración puntual, por mi parte, sobre algún aspecto del trabajo. Asimismo en relación con las fuentes utilizadas para elaborar este trabajo, principalmente destacan: libros, artículos de revistas jurídicas y publicaciones de autores en páginas web.

1. DERECHO DE LA INSOLVENCIA: CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. El concurso de acreedores

Todas las personas en algún momento son titulares de relaciones jurídicas patrimoniales en las que ocupan la posición de deudor, y tienen sus respectivos acreedores. En este sentido, los acreedores pueden exigir al deudor que cumpla la obligación que haya asumido, cumplimiento que está garantizado, en virtud del artículo 1911 del Código Civil (en adelante, CC), con todos los bienes presentes y futuros del deudor. El acreedor que no ve satisfecho su crédito tiene un derecho a invadir el patrimonio del deudor para cobrarse forzosamente su crédito, a través de la intervención judicial.

Cuando el deudor tiene una pluralidad de acreedores, se pueden plantear diferentes situaciones. En primer lugar, puede ocurrir que el deudor tenga bienes suficientes para pagar a todos los acreedores, en cuyo caso se dice que el deudor está en una situación de solvencia patrimonial. En esta situación, no hay ningún problema si los acreedores exigen sus créditos cada uno por separado (ejecución individual o singular), presentando un título ejecutivo (sentencia firme, laudo arbitral, acuerdo de mediación elevado a escritura pública, etc.¹), de forma que estos irán cobrando en la medida en que ejerciten sus respectivas acciones². En segundo lugar, puede ocurrir que el deudor no tenga bienes suficientes para pagar a todos sus acreedores, en cuyo caso se dice que el deudor está en una situación de insolvencia patrimonial. En este estado patrimonial del deudor, si operase la ejecución singular algunos acreedores no podrían cobrar, ya que habrían cobrado los que hubiesen ejercitado la correspondiente acción con anterioridad en el tiempo. Para evitar este resultado injusto, se recurre a la ejecución colectiva o concursal³, mediante la cual, los perjuicios de la insolvencia del deudor son soportados por todos sus acreedores, y no solo por algunos. Este es el principio que rige el concurso de acreedores.

¹ Artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

² Aquí rige el principio *prior in tempore, potior in iure*, que significa que cobrará antes el acreedor que ejercite antes su acción.

³ Aquí rige el principio *par conditio creditorum*, que significa que los daños producidos por la insolvencia de distribuyen entre todos los acreedores. Traducido literalmente al castellano vendría a significar paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores.

1.1.1. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: de la dispersión normativa a la unidad

El derecho concursal español, hasta el año 2003 se caracterizaba por su alto grado de dispersión normativa y su carácter anacrónico. Es decir, el concurso de acreedores se regía por unas normas recogidas en diferentes textos, que además no eran adecuados para la época. En este sentido, dependiendo de los casos, había que irse al Código de Comercio de 1829, al Código de Comercio de 1885, al Código Civil de 1889, a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 o a la Ley de Suspensión de Pagos de 1922.

No fue hasta la aprobación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), cuando esta situación cambió. A diferencia de la dispersión normativa característica del sistema concursal español con anterioridad a esta ley, con su aprobación se consiguió una unidad en dos dimensiones. En primer lugar esta ley apuesta por una unidad legislativa, de forma que engloba tanto la regulación sustantiva como procesal del concurso, acabando con la necesidad de acudir a una diversidad de leyes⁴. No obstante, esta unidad no es absoluta, ya que, sin perjuicio de que la LC sea la norma de referencia en cuanto al concurso de acreedores, hay casos en los que se tiene que acudir a normativa especial, como por ejemplo cuando se trata de crisis de las entidades de crédito, de inversión y de seguro⁵. En segundo lugar se consigue una unidad de disciplina, en el sentido de que independientemente de la naturaleza civil o mercantil del deudor, se aplica la LC, sin perjuicio de que se tengan en cuenta las necesidades propias del deudor civil⁶.

1.1.2. Deficiencias del sistema concursal

Tradicionalmente, y partiendo de la base de que la insolvencia es perjudicial para el sistema, se ha asociado al derecho concursal una función sancionadora, lo que significa que el deudor que es insolvente debe ser castigado. Este castigo se traduce en cierta medida en el hecho de que la gran mayoría de empresas insolventes en España acaban en la liquidación, a pesar de que en la Exposición de Motivos de la LC se venga diciendo que el convenio es la solución normal del concurso. Para algunos autores, asociar la función sancionadora al derecho concursal es un error, ya que sancionar al deudor

⁴ Ferenando MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, Vol. II, 2019, p. 552-555.

⁵ Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «La “unidad legislativa” concursal», *Legal Today*, [en línea]: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-unidad-legislativa-concursal> [Consulta: 5 de abril de 2020].

⁶ MARTÍNEZ SANZ, *op cit*, p. 552-555.

insolvente significa sancionar el consumo, el emprendimiento, la inversión, la asunción de riesgos y la asunción de deuda. Para un sistema que pretenda fomentar el crecimiento económico y la mejora del bienestar colectivo, lo acertado no sería castigar al deudor insolvente, sino que dado el caso, castigar aquellas conductas reprochables cometidas por cualquier operador del mercado⁷.

Lo anteriormente expuesto ha dado lugar a la problemática de cual debe ser la función del concurso de acreedores. En este punto el legislador tiene que decidir si al concurso se le atribuye una función solutoria, en virtud de la cual lo primordial es satisfacer a los acreedores, o bien una función conservativa, según la cual lo primordial es el mantenimiento de la actividad empresarial. La LC aborda esta cuestión en su Exposición de Motivos, diciendo que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso. No obstante, la misma Exposición de Motivos también dice que la solución liquidatoria es una alternativa al convenio, siendo el convenio la herramienta a través de la cual se puede alcanzar la finalidad de conservación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Por lo tanto vemos que el legislador español no contrapone estas dos finalidades, sino que parece preocuparse por ambas. Aun así deja claro que no se puede pretender la conservación de la empresa en cualquier caso, puesto que el objeto del concurso no es el saneamiento de empresas. Mediante el convenio, lo que se debe perseguir es la conservación de aquellas empresas que sean viables, lo que redundará en beneficio no solo de los acreedores, sino que también del deudor y los trabajadores⁸.

Hasta lo que hemos visto, podemos decir que la LC se merece una valoración muy positiva, primero por su labor en unificar el ordenamiento jurídico acabando con la dispersión normativa, y segundo por su preocupación en la conservación de la empresa. No obstante, como veremos a continuación, esta ley no ha acabado con la mala reputación del concurso, que se intenta evitar por los operadores del mercado siempre que sea posible. Ya hemos visto que el legislador intentaba conciliar la satisfacción de los acreedores con la conservación de la empresa poniendo a su alcance la posibilidad de

⁷ Aurelio GURREA MARTÍNEZ, «El derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido», *Revista E-Dictum*, 2016, núm. 55, p. 4.

⁸ Juan SÁNCHEZ-CALERO, Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (dirs.); *Comentarios a la legislación concursal*, Vol. I, 2004, p. 759.

elaborar un convenio. Ahora bien, el convenio forma parte del procedimiento judicial, es decir, del concurso de acreedores. En este sentido, antes de poder optar por la vía del convenio o bien por la vía de la liquidación, existe una fase común del concurso de acreedores por la que se debe pasar en cualquier caso. El problema está en que las partes (deudor y acreedor) siempre intentan evitar el procedimiento judicial, debido a los costes económicos, temporales y reputacionales⁹ que comporta.

Antes de continuar cabe advertir que a partir del 1 de septiembre de 2020 entra en vigor Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal. En virtud de la disposición derogatoria única de este Real Decreto Legislativo, a partir del 1 de septiembre de 2020 quedan derogados los artículos 1 a 242 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como sus disposiciones adicionales segunda, segunda bis, segunda ter, cuarta, quinta, sexta, séptima y las disposiciones finales quinta y sexta. El nuevo Texto Refundido se compone de 752 artículos. Sin perjuicio de la relevancia de este Texto Refundido, que con su entrada en vigor pasará a sustituir a la Ley 22/2003, Concursal, en el desarrollo de este trabajo me ceñiré a la regulación contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, puesto que es la norma actualmente vigente.

1.2. Hacia la protección de los instrumentos preconcursales: acuerdos de refinanciación

Ante el panorama descrito en el apartado anterior, para evitar el procedimiento judicial las partes recurrían a la vía extrajudicial, celebrando acuerdos extrajudiciales de refinanciación o reestructuración de la deuda. Estos acuerdos, aún después de la aprobación de la LC, eran atípicos, es decir, no estaban previstos ni regulados por el legislador, y su fundamento se hallaba, como en los contratos en general, en la autonomía de la voluntad, en virtud de la cuál las partes pueden celebrar un acuerdo cuando quieran siempre que haya un objeto y causa lícita. Naturalmente estos acuerdos se regían por el principio de relatividad de los efectos de los contratos (artículos 1091 y 1257 del CC), lo que significa que el acuerdo al que llegue el deudor con sus acreedores solo vinculará a

⁹ Los costes reputacionales significan que el deudor que ha estado incurrido en un procedimiento concursal en el futuro tendrá muchas dificultades para acceder al crédito, debido a su imagen de deudor insolvente.

estos acreedores y al propio deudor, y no al resto de acreedores que no formen parte del acuerdo.

Una de las razones por las que el legislador no había regulado este tipo de acuerdos en el año 2003 es el hecho de que España en esa época se encontraba en una situación económica favorable, y no había necesidad de incidir en esta materia. Ahora bien, con la llegada de la gran crisis del año 2008 los operadores del mercado, con base en la autonomía de la voluntad, comenzaron a utilizar frecuentemente estos acuerdos de refinanciación y reestructuración de la deuda¹⁰. Ante esta situación, se comenzaron a notar los problemas que generaba la falta de previsión por el legislador de 2003. De estos problemas, uno de los de mayor peso era la posible rescindibilidad¹¹ de los acuerdos en caso de que en un futuro se produjera concurso de acreedores. Para dar solución a este problema, se hacía necesaria una reforma legislativa que dotase de una protección adecuada a estos instrumentos preconcursales en caso de concurso.

1.2.1. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo: protección frente a la acción rescisoria concursal

El Real Decreto-Ley 3/2009, que reformó la LC, introdujo en esta ley una Disposición Adicional 4ª (actual artículo 71 bis), cuya finalidad era definir los acuerdos de refinanciación y protegerlos si con posterioridad a su celebración se producía el concurso del deudor. Así pues, el acuerdo de refinanciación quedó definido en la entonces Disposición Adicional 4ª de la LC de la siguiente forma:

«1. A los efectos de esta disposición, tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo.»¹².

¹⁰ Francisco Javier ARIAS VARONA, «Instituciones Preconcursales. Responsabilidad De Administradores Sociales Y Concurso. ¿Dónde está y hacia dónde se dirige el Derecho Español!», *Revista e-Mercatoria*, 2011, vol. 10, núm. 2, p. 212.

¹¹ La rescisión en el concurso de acreedores es el mecanismo que permite que los bienes que salieron del patrimonio del deudor vuelvan a él para satisfacer a un conjunto de acreedores colectivamente.

¹² Artículo 8.3 Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

Un aspecto a destacar de este precepto es la exigencia de un plan de viabilidad, puesto que con éste lo que se persigue es salvar la continuidad solamente de aquellas actividades que sean viables a corto o medio plazo, y no de cualquier actividad.

La protección a la que aludíamos en el apartado anterior fue introducida por el párrafo segundo del artículo 8.3 del citado Real Decreto-Ley. En este sentido, este artículo establecía que los acuerdos de refinanciación definidos en su primer párrafo no podrán ser objeto de rescisión en caso de concurso de acreedores¹³, siempre que cumplan unos requisitos. El primero de ellos es que en dicho acuerdo participen acreedores cuyo crédito represente al menos tres quintas partes del pasivo total del deudor. En segundo lugar se exige el informe de un experto que valore la razonabilidad y proporcionalidad del acuerdo. Y por último se requiere la elevación del acuerdo a escritura pública¹⁴.

Podemos decir que este Real Decreto-Ley supuso un paso importante para la consolidación de las instituciones preconcursales (en este caso los acuerdos de refinanciación), tipificando estos por primera vez y dotándoles de cierta protección. Ahora bien, todavía quedaban aspectos importantes en los que no había incidido el legislador, como son la protección de la negociación de estos acuerdos, y la protección de su ejecución. En los siguientes apartados trataremos de abordar brevemente estas dos cuestiones, para entrar ya después a analizar más en profundidad otro de los instrumentos preconcursales, que constituye el tema central de este trabajo, que es el acuerdo extrajudicial de pagos.

1.2.2. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal

1.2.2.1. Protección de la negociación

En el proceso de negociación de los acuerdos de refinanciación existe el riesgo de que no se respete su existencia. Como hemos señalado anteriormente, el principio de relatividad de los efectos de los contratos limita la eficacia del acuerdo únicamente a quienes sean parte de él, de modo que los acreedores que no sean parte del proceso de negociación o

¹³ Nos referimos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la LC, dirigida a los «actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta».

¹⁴ ARIAS VARONA, *op cit.*, p. 218-220.

que no estén conformes con el acuerdo pueden ponerlo en riesgo. Una de las formas para poner en riesgo este proceso de negociación es solicitar el concurso del deudor. Por esta razón se hace necesario fijar unas reglas que protejan el proceso de negociación de los acuerdos de refinanciación.

Hasta el año 2011 no existía ninguna previsión legal en este sentido para los acuerdos de refinanciación. Fue necesario esperar hasta el mes de octubre de ese año, en el que se aprobó la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que reformaba la LC añadiendo a esta un artículo 5 bis y modificando su artículo 15. El primero, eximía al deudor de la obligación de solicitar la declaración de su concurso prevista en el artículo 5, siempre que hubiera puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que había iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación. El plazo para realizar dicha puesta en conocimiento es de dos meses a contar desde que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su situación de insolvencia. En cuanto a la cuestión que nos preocupa, es decir, la solicitud de concurso por parte de los acreedores, el artículo 15.3 de la LC¹⁵, en su redacción después de la reforma de 2011, estableció que después de la puesta en conocimiento a la que se refiere el artículo 5 bis, no se admitirán solicitudes de concurso que no sean a instancia del deudor. Vemos que en realidad el deudor dispone de una doble protección: la exención de su deber de solicitar el concurso y la inadmisibilidad de solicitudes de concurso por parte de otras personas. No obstante, esta protección no puede durar para siempre, por lo que el apartado 3 del artículo 5 bis (actual apartado 5 del artículo 5 bis) vino a fijar un límite temporal, de modo que si transcurridos 3 meses el deudor no ha alcanzado ningún acuerdo, sus acreedores podrán, y él deberá, solicitar la declaración de su concurso.

1.2.2.2. Protección de la ejecución

La protección que hemos visto en el apartado anterior se limita a impedir que los acreedores a los que no afecta el acuerdo (es decir, los disidentes o los que no hayan participado en su celebración) puedan solicitar el concurso del deudor. Ahora bien, para que este tipo de acuerdos realmente funcione, es necesaria una protección de su ejecución.

¹⁵ Como veremos al tratar el acuerdo extrajudicial de pagos, en la actual LC este artículo ha sufrido una modificación en cuanto a la legitimación para solicitar el concurso.

Nos estamos refiriendo a la situación en la que el deudor y parte de sus acreedores han alcanzado un acuerdo de refinanciación, que permite la conservación de la actividad del deudor, así como la satisfacción de los acreedores participantes. Ante tal situación puede ocurrir que los acreedores que discrepen con el acuerdo alcanzado ejecuten de forma individual un bien que sea necesario para la continuidad de la actividad del deudor. Este tipo de acreedores suelen ser aquellos que tienen una posición de fuerza, como por ejemplo las entidades financieras.

Para proteger a los acuerdos de refinanciación frente a este tipo de comportamientos, el legislador español, mediante la Ley 38/2011 tuvo que introducir un mecanismo en la LC que permitiera extender los efectos del acuerdo a los acreedores disidentes. Evidentemente, con ello se estaba mermando el principio de relatividad de los efectos de los contratos, favoreciendo la continuidad de la actividad del deudor. Precisamente, para no acabar aboliendo el principio mencionado, se establecieron unos presupuestos y unos requisitos mínimos que se tienen que dar para que sea posible esa extensión de los efectos del acuerdo a acreedores disidentes.

Así pues, se modificó la Disposición adicional cuarta de la LC, estableciéndose la llamada homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. Mediante esta homologación, que debía solicitar el deudor, en primer lugar se preveía la posibilidad de que los efectos de la espera convenida para las entidades financieras acreedoras que hubieran suscrito el acuerdo, se extendieran a las otras entidades financieras acreedoras que no lo hubieran suscrito. Ahora bien, esta extensión no afectaría a aquellas entidades disidentes que tuvieran una garantía real. Vemos que esta última previsión lo que hace es moderar la extensión, evitando que la continuidad de la empresa se superponga de forma absoluta a la satisfacción de los acreedores y al principio de relatividad de los efectos de los contratos. Además, se preveían otros requisitos, como por ejemplo la exigencia de que el acuerdo hubiera sido suscrito, como mínimo, por el 75% del pasivo titularidad de entidades financieras. Un aspecto a destacar en este punto es que en la redacción que se dio a este precepto con la reforma del 2011, únicamente se preveía la extensión de la espera, y no de otras posibles medidas que se pudieran haber establecido en el acuerdo. Ahora bien, en la redacción de la actual LC se prevé la posibilidad de extender también

los efectos de otras medidas: «las quitas y la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora»¹⁶.

En segundo lugar, la homologación de los acuerdos de refinanciación abrió la posibilidad de solicitar al juez, en la misma solicitud de homologación, la paralización de las ejecuciones individuales, siempre que concurriesen los requisitos a los que ya hemos aludido¹⁷.

La redacción de la Disposición adicional cuarta ha cambiado considerablemente desde que se introdujo esta posibilidad de homologación de los acuerdos de refinanciación en el año 2011¹⁸, de modo que en la redacción actual se regula de forma mucho más detallada esta figura. Además, han cambiado los requisitos que se exigían en aquél entonces, respecto a los que se exigen ahora. El objeto de este trabajo no permite entrar en el análisis pormenorizado de esta figura (procedimiento, requisitos, especialidades, modificaciones que ha ido sufriendo a lo largo de los años, etc.), pero como hemos visto, la idea fundamental es que desde su previsión legal en el año 2009 hasta ahora se han ido incorporando en la LC medidas dirigidas a dotarle de protección.

2. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO INSTITUCIÓN PRECONCURSAL

2.1. Definición y naturaleza jurídica

Como hemos podido observar en apartados anteriores, a partir del año 2009 el legislador español comenzó a llevar a cabo una serie de reformas de la LC con el objetivo de ir incorporando en el ordenamiento jurídico español mecanismos de protección de las instituciones concursales, comenzando por los denominados acuerdos de refinanciación. En el marco de este proceso de reformas legislativas, en el año 2013 se aprobó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su

¹⁶ Disposición adicional cuarta, apartado 3, de la LC.

¹⁷ ARIAS VARONA, *op. cit.*, p. 214-218.

¹⁸ Además, en el texto actual de la LC se prevé un régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación en el artículo 71 bis.

internacionalización, que refuerza esa búsqueda de métodos alternativos al concurso. Concretamente introduce en la LC la figura del acuerdo extrajudicial de pagos¹⁹, que se puede definir como una institución preconcursal que sirve para evitar el concurso de acreedores, y al mismo tiempo conseguir que el deudor y sus acreedores lleguen a un compromiso sin tener que acudir a la vía judicial²⁰.

Como veremos más adelante, el acuerdo extrajudicial de pagos se desarrolla en un procedimiento de mediación, que es un método autocompositivo para la resolución de conflictos. Los métodos autocompositivos se caracterizan porque en estos, son las propias partes en conflicto las que deciden sobre la solución de su conflicto, a diferencia de los métodos heterocompositivos, en los que interviene un tercero para imponer la solución al conflicto²¹. Algunos autores consideran que no estamos ante un método de autocomposición, por el hecho de que, como también tendremos ocasión de ver en detalle más adelante, en el procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos interviene un tercero, que es el mediador. Ahora bien, en este trabajo, atendiendo a DE VIVERO DE PORRAS, consideraremos el acuerdo extrajudicial de pagos como un método autocompositivo, ya que el mediador no impone ninguna solución al conflicto²².

2.2. Presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos

El artículo 231 LC, en sus apartados primero y segundo, regula los presupuestos subjetivos y objetivos que han de concurrir para que se pueda iniciar un procedimiento de mediación concursal con el objetivo de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Así pues, teniendo en cuenta que el único legitimado para instar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos es el deudor, con los primeros nos referiremos a qué clase de deudores están legitimados para iniciar el procedimiento dirigido a alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos. A los efectos de estudiar los presupuestos subjetivos del acuerdo extrajudicial de pagos, con la expresión «clase de deudor» partiremos de dos criterios. El primer criterio se basa en la dimensión económica del deudor, directamente relacionada

¹⁹ MARTÍNEZ SANZ, *op. cit.*, p. 558.

²⁰ MORILLAS, María José, PERALES VISCASILLAS, Pilar, PORFIRIO CARPIO Leopoldo José (dirs.); *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, p.136.

²¹ Son ejemplos de heterocomposición el proceso judicial o el arbitraje.

²² María del Carmen DE VIVERO DE PORRAS, *Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia*, 2017, p. 91-93.

con el grado de complejidad del procedimiento. El segundo criterio consiste en la distinción entre deudor persona física y deudor persona jurídica. En cuanto a los presupuestos objetivos, estos se refieren a la situación de solvencia del deudor, es decir, su capacidad para pagar o no las deudas²³.

2.2.1. Presupuesto subjetivo

En cuanto al primer criterio, el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos está previsto para deudores con una dimensión económica pequeña o mediana. En cambio, no es un procedimiento adecuado para deudores con unas mayores dimensiones económicas. Ello se debe a que este procedimiento se caracteriza por su flexibilidad, celeridad y sencillez, características que no son idóneas para un procedimiento en el que participe un deudor con una gran dimensión económica²⁴.

Pasando ya a analizar el segundo criterio, en primer lugar puede acudir al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor persona física, independientemente de que sea empresario o no, cuando la estimación inicial de su pasivo no supere los 5 millones de euros y concurra el presupuesto objetivo que analizaremos en el siguiente apartado. El requisito de que su pasivo no supere los 5 millones de euros está relacionado con la dimensión económica del deudor, que a su vez influirá en el grado de complejidad del procedimiento. En cuanto al deudor persona física empresario, en este punto la LC recoge un concepto amplio de empresario. De este modo, a los efectos de la legitimación para instar un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, no sólo se considera empresario la persona que lo sea conforme a la legislación mercantil, sino que también aquella persona física que reúna alguno de los siguientes requisitos: a) ejerza alguna actividad profesional; b) tenga la consideración de empresario en virtud de la normativa de la Seguridad Social; o c) sea trabajador autónomo. Para justificar que su pasivo no supera los 5 millones de euros, estos deudores deberán aportar el balance que corresponda. Ahora bien, entendemos que esta obligación de balance no alcanza a todo

²³ Los apartados 3 y 4 de este artículo 231 regulan una serie de circunstancias, que si concurren en el deudor, este no podrá celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Esta cuestión, junto con el caso de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, la abordaremos más adelante. Asimismo, el apartado 5 también hace referencia al alcance del posible acuerdo en relación con los acreedores que tengan un crédito con garantía hipotecaria y los acreedores de derecho público, a los cuales nos referiremos en el apartado correspondiente.

²⁴ Los deudores con mayores dimensiones económicas ya tienen a su alcance otro procedimiento preconcursal al que hemos aludido en otros apartados, que es el acuerdo de refinanciación.

empresario persona física (en el sentido amplio al que hemos hecho referencia), sino que solamente a aquél que esté obligado a llevar una contabilidad y a presentar cuentas anuales.

Por lo que respecta a al deudor persona física no empresario, con la regulación originaria del acuerdo extrajudicial de pagos esta clase de deudores no estaban legitimados para instar el procedimiento. Es decir, teniendo en cuenta la concepción amplia de empresario que recoge la LC a los efectos del acuerdo extrajudicial de pago, solamente quedaban sin legitimación los deudores consumidores. No obstante, con la reforma de la LC llevada a cabo 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 (en adelante, RDLSO), el deudor persona física no empresario (consumidor) también puede solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos. Evidentemente el legislador tuvo en cuenta las especiales necesidades que presenta el deudor consumidor, lo que, como veremos en el correspondiente apartado, le llevó a introducir un nuevo artículo 242 bis en la LC.

Por último, también puede instar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor persona jurídica, sea o no una sociedad de capital, siempre que cumpla los siguientes requisitos: a) se encuentre en estado de insolvencia; b) en caso de ser declarado en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de la LC; c) que disponga de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. El primero de estos requisitos pasaremos a analizarlo en el siguiente apartado. En cuanto al segundo requisito, el artículo 190 LC regula las circunstancias, de las que debe concurrir al menos una, para que se pueda aplicar el procedimiento abreviado en el concurso de acreedores. Estas son: a) Que el número de acreedores sea inferior a cincuenta; b) Que la estimación inicial del pasivo no exceda los cinco millones de euros (igual que en el caso del deudor persona física); c) Que el activo (bienes y derechos) no supere los cinco millones de euros. Vemos que este segundo requisito, como ocurría en el caso del deudor persona física, está relacionado con la dimensión económica y la complejidad del concurso²⁵. En cuanto al tercer requisito, es interesante destacar que el mismo no se prevé para el deudor persona física. La razón,

²⁵ Luis GÓMEZ AMIGO, *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2016, p. 41-46.

según GÓMEZ AMIGO²⁶, es que el deudor persona física en ocasiones acude al acuerdo extrajudicial de pagos con el único objetivo de conseguir la «exoneración del pasivo insatisfecho» en el concurso consecutivo²⁷, sin tener ni los activos suficientes para satisfacer los gastos del procedimiento. En este sentido el legislador ha sido menos exigente con el deudor persona física.

2.2.2. Presupuesto objetivo

Cuando se trate de un deudor persona física, el artículo 231.1 LC exige que éste se encuentre en una situación de insolvencia conforme al artículo 2 de la misma ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones. Por otro lado, cuando se trate de deudor persona jurídica, el apartado 2 de este mismo artículo también exige que éste se encuentre en una situación insolvencia. Un aspecto interesante a destacar en este punto es el hecho de que para el deudor persona jurídica no se prevé expresamente la denominada insolvencia inminente, la cual sí que se prevé para el deudor persona física con la expresión: «o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones». Como señala GÓMEZ AMIGO²⁸, el hecho de que el legislador solamente utilice el término insolvencia sin más no quiere decir que el deudor persona jurídica no pueda instar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos cuando se encuentre en una situación de insolvencia inminente. Al contrario, cabe interpretar que en este caso, con el término insolvencia el legislador está aludiendo tanto a la insolvencia actual como a la inminente. El fundamento de este punto de vista es que si no se permite al deudor persona jurídica el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos cuando éste se encuentre en una situación de insolvencia inminente, sólo se le permitiría reparar su situación de insolvencia, pero no prevenirla. Lo que no parece justificado, puesto que al deudor persona natural sí que se le permite prevenir su situación de insolvencia, y no sólo repararla.

²⁶ *Ibidem*, p. 45-46.

²⁷ La exoneración del pasivo insatisfecho es un mecanismo introducido en la LC (artículo 178 bis) por el RDLSO, que permite al deudor incurso en concurso de acreedores liberarse de las obligaciones que no se pudieron satisfacer tras la realización de la masa activa del concurso. Para ello se deben cumplir unos requisitos y circunstancias (Álvaro SENDRA ALBIÑANA, *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*, 2018, p. 98-99). Y precisamente uno de estos requisitos es haber celebrado o haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

²⁸ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 40.

Para DE VIVERO DE PORRAS también es acertado considerar que el deudor persona jurídica puede acudir al acuerdo extrajudicial de pagos cuando se encuentre en situación de insolvencia, tanto actual como inminente. No obstante, esta autora introduce una nueva interpretación adicional. Así pues, considera que el artículo 231 en realidad prevé un concepto de insolvencia más amplio para la persona física que para la jurídica. Es decir, considera que la persona física puede acudir al acuerdo extrajudicial de pagos no solo estando en situación de insolvencia actual o inminente, sino que también en cualquier situación financiera de tensión o *distress* que pudiera conducir a la insolvencia. En cambio, para las personas jurídicas, la situación de insolvencia a la que se refiere el citado artículo solamente engloba la insolvencia actual o inminente, y no otros supuestos²⁹.

2.3. Impedimentos i exclusiones del acuerdo extrajudicial de pagos

2.3.1. Impedimentos por conductas del deudor

Los apartados 3 y 4 del artículo 231 LC regulan una serie de prohibiciones para celebrar el acuerdo extrajudicial de pagos. Se trata de unas circunstancias y comportamientos del deudor, que si concurren, éste no podrá proceder al acuerdo extrajudicial de pagos.

En primer lugar, no podrá celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos aquél deudor que haya sido condenado en sentencia firme por delito de falsedad documental y delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda Pública, la Seguridad Social y los derechos de los trabajadores «en los 10 años anteriores a la declaración de concurso». En cuanto al plazo de 10 años, hay que destacar el error del legislador al establecer como momento temporal de referencia la declaración de concurso. Tratándose del acuerdo extrajudicial de pagos, cabe entender que el momento temporal de referencia es el de la admisión de la solicitud de inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial³⁰. En cambio, para DE VIVERO DE PORRAS³¹ el mencionado momento temporal de referencia es el de la solicitud del acuerdo, y no el de su admisión. Según DÍAZ ECHEGARAY³², esta prohibición debe ser interpretada restrictivamente. Es decir, esta

²⁹ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 229.

³⁰ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 47-48.

³¹ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 237.

³² José Luis DÍAZ ECHEGARAY, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, 2014, p. 44-45.

norma no será de aplicación en caso de que el deudor haya obtenido la rehabilitación, con cancelación de antecedentes penales, o sin dicha cancelación cuando debió proceder la cancelación por cumplirse los requisitos exigidos. Asimismo, tampoco cabe aplicar la prohibición cuando el deudor simplemente estuviere incurso en un procedimiento penal, sin estar condenado. Otra situación que cabe plantearse es el caso de que con posterioridad a la designación del mediador concursal (por tanto, se ha admitido la solicitud), el deudor es condenado por los delitos señalados. En este caso dicha condena no debe producir ningún efecto sobre el procedimiento de acuerdo extrajudicial que ya se ha iniciado.

Tampoco podrá celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos el deudor que dentro de los cinco años anteriores a la admisión de la solicitud: a) hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos; b) hubiera obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; o c) hubiera sido declarado en concurso de acreedores. En estos casos el plazo se comienza a contar desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la finalización del concurso, respectivamente³³. Es necesario destacar la objeción que realiza DE VIVERO DE PORRAS³⁴ sobre la circunstancia de la letra a), la cual parece muy acertada. Y es que esta prohibición resulta más perjudicial para las personas físicas que para las personas jurídicas, ya que estas últimas podrán llevar a cabo modificaciones estructurales (fusiones, segregaciones o escisiones) que acabarán variando la personalidad jurídica de aquélla persona que con anterioridad ya había alcanzado un acuerdo. En cuanto a la finalidad de esta prohibición, cabe decir que el legislador pretende que el acuerdo extrajudicial de pagos solamente proceda en caso de una insolvencia inicial, y no en caso de una insolvencia insistente o perpetua.

En tercer lugar, no podrá acudir a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor que esté negociando un acuerdo de refinanciación con sus acreedores, o el deudor cuya solicitud de concurso haya sido admitida a trámite. El fundamento de esta prohibición es que a pesar de que los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial

³³ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 48.

³⁴ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 238.

de pagos persiguen una finalidad similar, los requisitos y efectos de estas dos figuras son distintos, así como su procedimiento y alcance.

2.3.2. Tratamiento de las entidades aseguradoras y reaseguradoras

Junto con las prohibiciones que hemos visto, el último inciso del apartado 5 del mismo artículo 231 establece que las entidades aseguradoras y reaseguradoras no podrán acudir un acuerdo extrajudicial de pagos. Según GÓMEZ AMIGO³⁵, esta previsión parece justificada si la relacionamos con la Disposición adicional segunda de la LC, que establece que al concurso³⁶ de las entidades aseguradoras se aplicarán las especialidades previstas en su legislación específica (principalmente la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras). El problema llega con la modificación que introduce la Ley 20/2015 en el artículo 233 de la LC, añadiendo a éste un nuevo apartado 5, que establece lo siguiente: «En el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros». Al mismo tiempo, el artículo 189.2 de la Ley 20/2015 establece que en caso de solicitud de mediador concursal conforme a lo previsto en el artículo 5 bis de la LC, el nombramiento deberá recaer en el Consorcio de Compensación de Seguros. Recordemos que el artículo 5 bis LC, cuando habla de mediador concursal, en principio se está refiriendo al acuerdo extrajudicial de pagos. Se puede ver que hay una posible contradicción entre lo previsto en el último inciso del artículo 231.5 LC, y los artículos 233.5 LC y 189.2 bis de la Ley 20/2015.

Una interpretación que permita la coexistencia de estos artículos puede consistir en considerar que el legislador ha querido introducir un tipo de mediación concursal para las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que no es la mediación propia del acuerdo extrajudicial de pagos, y por lo tanto no se sustancia por los cauces propios del acuerdo extrajudicial. Esta es la posición que adopta también SOLETO MUÑOZ, que tras constatar la exclusión que hace el último inciso del artículo 231.1 LC, afirma: «(...) sin embargo el apartado introducido en la Ley Concursal por la Ley 20/2015, de 14 de julio,

³⁵ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 51.

³⁶ El autor dice «crisis económica», que parece englobar no solo el concurso, sino que la insolvencia en general.

sí admite la mediación entre entidades aseguradoras.»³⁷. Otros autores creen que no haría falta una exclusión expresa como la del artículo 231.5 LC ya que creen que en todos los casos las entidades aseguradoras y reaseguradoras excederían los límites económicos para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos.³⁸

DE VIVERO DE PORRAS³⁹ adopta un punto de vista particular, radicalmente distinto al anterior. De esta forma, entiende que la exclusión que hace el artículo 231.5 no se refiere a las entidades aseguradoras y reaseguradoras como deudoras, sino que las excluye cuando sean acreedoras. Esta interpretación, según la autora, se justifica por el hecho de que la exclusión de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se regula en el apartado 5 del artículo 231 LC, en el que también se aborda la cuestión de cómo afecta el acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores de derecho público y acreedores con garantía real.

Sin embargo, nosotros, como la gran mayoría de los autores⁴⁰ entenderemos que la exclusión se refiere a las entidades aseguradoras y reaseguradoras como deudoras y no como acreedoras. Esta forma de entenderlo puede encontrar fundamento si nos fijamos en varios preceptos que regulan el acuerdo extrajudicial de pagos, los que reiteran la exclusión de los acreedores de derecho público y regulan de qué forma quedan afectados los acreedores con garantía real. Por ejemplo el artículo 234.1 LC, segundo párrafo, cuando regula la convocatoria de los acreedores: «Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público». O el artículo 238 bis LC: «2. Los acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo». En cambio, para las entidades aseguradoras y reaseguradoras la LC no contiene este tipo de previsiones.

³⁷ Helena SOLETO MUÑOZ, «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil», *ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm.98, mayo-agosto, 2016, p. 84.

³⁸ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 56-59.

³⁹ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁰ Junto a los que ya hemos mencionado, hay que añadir a AZNAR GINER, que dice: «(...) sí existen deudores excluidos del acuerdo extrajudicial de pago. El art. 231.5 LC excluye expresamente del mecanismo negociador a las entidades aseguradoras y reaseguradoras». Eduardo AZNAR GINER, *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, 2016, p. 15.

2.3.3. Tratamiento de los créditos de derecho público y créditos con garantía hipotecaria

Hasta ahora nos hemos referido a los supuestos en los que el deudor no puede celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. En este apartado expondremos brevemente dos cuestiones importantes en relación con los acreedores, regulados en el artículo 231.5 LC.

Por un lado, el citado precepto, en relación con los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos con garantía hipotecaria, establece que éstos se regirán según lo dispuesto en los artículos 238 y 238 bis LC. Este tema lo abordaremos con mayor detalle en apartados posteriores.

Por otro lado, el artículo el 231.5 establece que los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. Son varios los autores que califican de injustificado este tratamiento privilegiado a la administración pública respecto a los demás acreedores. Así, DÍAZ ECHEGARAY⁴¹ afirma que aunque las administraciones públicas aludan a la necesidad de recaudar para justificar este trato privilegiado, en realidad los particulares tienen más necesidad de cobrar sus créditos que las administraciones públicas. También AZNAR GINER⁴², que considera «desafortunada» dicha previsión legal.

3. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: PROCEDIMIENTO

3.1. Presentación de la solicitud

3.1.1. Legitimación y contenido de la solicitud

Ya hemos tenido ocasión de señalar en otro apartado que el único legitimado para solicitar el inicio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos es el deudor. Tratándose de un deudor persona física, él mismo será quien decida sobre la presentación de la solicitud. En el caso de que el deudor sea una persona jurídica, será competente para decidir sobre

⁴¹ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, 56-59..

⁴² Eduardo AZNAR GINER, *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, 2016, p. 32.

la presentación de la solicitud el órgano de administración o el liquidador. En este sentido, el artículo 232.1 LC establece que el deudor que quiera celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos deberá solicitar el nombramiento de un mediador concursal.

Con el fin de facilitar el acceso a este procedimiento, el apartado 2 de este artículo dispone que la solicitud se llevará a cabo mediante un formulario normalizado, el contenido del cual se determinará por Orden del Ministerio de Justicia⁴³. A esta solicitud se acompañará, además de los datos identificativos generales del deudor, un inventario con los activos y los líquidos del deudor, los bienes y derechos de su titularidad, y los ingresos regulares que se prevea que vaya a obtener. También se incluirá una lista de los acreedores y su respectiva identificación, así como su domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y el vencimiento de sus créditos, incluidos los contratos vigentes y los gastos mensuales previstos. Asimismo, este precepto establece que en caso de concurso consecutivo, el artículo 164.2.2^o⁴⁴ se aplicará a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos. Por último, la lista de acreedores también incluirá a los titulares de préstamos o de créditos con garantía real o de derecho público, independientemente de que puedan no verse afectados por el futuro acuerdo.

Por otro lado, si el deudor está casado en un régimen distinto al de separación de bienes, deberá indicar la identidad de su cónyuge y su régimen económico matrimonial. Asimismo, cuando el deudor y su cónyuge sean propietarios de la vivienda familiar y ésta pueda verse afectada por el acuerdo, en la solicitud deberán concurrir ambos cónyuges, o solamente el deudor con el consentimiento del otro. Finalmente, si el deudor tuviera obligación legal de llevanza de contabilidad, acompañará junto a la solicitud las cuentas anuales de los últimos tres ejercicios⁴⁵.

⁴³ El formulario fue aprobado por la Orden Ministerial /2831/2015, de 17 de diciembre. Se puede ver este formulario en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/12/29/pdfs/BOE-A-2015-14225.pdf>

⁴⁴ Este artículo prevé los supuestos en que el concurso se calificará culpable, entre los que se incluye el siguiente: «2.º Cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o hubiera acompañado o presentado documentos falsos».

⁴⁵ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 79-82.

3.1.2. Órgano competente y control de admisibilidad

El órgano al que el deudor deberá dirigir la solicitud varía en función de la persona de éste. En este sentido, el apartado 3 del artículo 232 establece que cuando se trate de un deudor que sea empresario o entidad inscribible, la solicitud se dirigirá al Registrador Mercantil del domicilio del deudor, lo que se puede hacer por vía telemática. Una vez el Registrador Mercantil reciba la solicitud, abrirá la hoja correspondiente al deudor si éste no estuviese inscrito, para con posterioridad, si se admite la solicitud, anotar el inicio del expediente en dicha hoja. En el resto de casos la solicitud se dirigirá al notario del domicilio del deudor⁴⁶. Antes de que se permitiera al deudor persona física el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos, este precepto fue criticado por los motivos que se expondrán a continuación. Hemos dicho que cuando se trate de un deudor que sea «entidad inscribible» será competente para el conocimiento de la solicitud el Registrador Mercantil del domicilio del deudor. Es decir, no es necesario que el solicitante esté inscrito, basta con que sea inscribible con arreglo al artículo 16 del Código de Comercio (en adelante, CdC). Por ejemplo, un empresario individual, cuya inscripción no es obligatoria sino que potestativa (excepto el naviero, *ex.* artículo 19 del CdC). Esto conllevaba a que el ámbito de actuación del notario quedase considerablemente reducido. Sin embargo, con la inclusión del deudor persona física no empresario en el ámbito de aplicación subjetivo del acuerdo extrajudicial de pagos, el notario pasa a conocer las solicitudes provenientes de esta clase de deudores, que se encuentran entre el «resto de casos» al que alude el citado precepto (artículo 242 bis.1 1º LC)⁴⁷. Es interesante destacar, que cuando el deudor es una persona física no empresario, el artículo 242 bis.1 3º LC establece que el notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, y designará mediador concursal si lo cree conveniente o si lo solicita el deudor. Es decir, el propio notario puede asumir las funciones del mediador concursal, y sólo cuando lo crea conveniente o lo solicite el deudor es cuando tiene que nombrar mediador concursal⁴⁸.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 87-88.

⁴⁷ María Belén MERINO ESPINAR, «Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad», *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, vol. II, núm. 1, enero-marzo de 2015, p. 178-179.

⁴⁸ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 343.

Alternativamente, el deudor persona jurídica y el deudor persona física empresario podrán dirigir su solicitud a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, siempre que éstas hayan asumido funciones de mediación conforme a su normativa específica, así como a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

Una vez que el órgano de que se trate reciba la solicitud, procederá a comprobar que concurren los requisitos previstos en el artículo 231 LC, así como los datos y la documentación aportados por del deudor. Si la documentación aportada no tuviera ningún defecto, y quedase acreditado la concurrencia de los requisitos legales para iniciar el procedimiento, se procederá al nombramiento de un mediador concursal. Por el contrario, si la documentación aportada tuviera algún defecto, o si no quedase acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para iniciar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, se dará al deudor un plazo único y máximo de 5 días para que subsane los defectos. Si transcurrido dicho plazo el deudor no ha acreditado el cumplimiento de los requisitos para acceder al procedimiento, se inadmitirá la solicitud, si bien es cierto que el deudor podrá presentar nueva solicitud cuando concurren o pueda acreditarse el cumplimiento de dichos requisitos⁴⁹.

3.2. Nombramiento de mediador concursal

3.2.1. El mediador concursal

Podrá ser nombrado mediador concursal la persona física o jurídica a quien corresponda según la lista oficial publicada en el Boletín Oficial del Estado. Esta lista es proporcionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (art. 233.1). Se trata de un registro público cuya finalidad es facilitar a las personas el acceso a las instituciones de mediación a través de la publicidad de los mediadores⁵⁰.

El mediador concursal deberá reunir las condiciones necesarias para ser mediador conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

⁴⁹ *Ibidem*, p. 258.

⁵⁰ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 186-187.

(en adelante, LM). Además, para poder actuar como administrador concursal en el concurso consecutivo, deberá reunir las condiciones exigidas por el artículo 27 LC para los administradores concursales. La LM, en su artículo 11, recoge los requisitos que debe reunir el mediador: a) Pleno ejercicio de sus derechos civiles; b) Titulación universitaria o de formación profesional superior; c) Formación específica para ejercer la mediación, que se adquiere con la realización de cursos específicos; d) Suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. En caso de personas jurídicas dedicadas a la mediación, deberán estar constituidas por al menos un mediador que cumpla estos requisitos.

En cuanto a los requisitos del artículo 27 LC para ser administrador concursal, hasta que no tenga lugar el desarrollo reglamentario previsto en la Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, son: o a) ser abogado en ejercicio, con cinco años de experiencia y especialización de Derecho Concursal; o b) ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional y especialización en el ámbito concursal. En el caso de personas jurídicas dedicadas a la mediación, estas deberán incorporar al menos un mediador que cumpla los requisitos mencionados⁵¹.

Por último, teniendo en cuenta la remisión que hace el segundo párrafo del artículo 233.1 LC, en todo lo que no esté previsto en la LC en relación con el mediador concursal, se aplicaran las previsiones sobre expertos independientes. En es sentido, al mediador concursal le son de aplicación las incompatibilidades y la recusación previstas en los artículos 341 y 342 del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) respectivamente.

3.2.2. Proceso del nombramiento de mediador concursal

Si la solicitud es admitida, se pueden distinguir dos casos. En caso de que el órgano competente sea el Notario o el Registrador Mercantil, éste procederá al nombramiento de un mediador concursal. Si por el contrario el órgano competente es una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, ésta asumirá las funciones de mediación

⁵¹ *Ibidem*, p. 190-192.

de conformidad con su Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Para ello, deberá designar una comisión de mediación, que deberá incorporar al menos un mediador concursal⁵².

Si el mediador acepta el cargo (compareciendo ante Notario o Registrador Mercantil), deberá facilitar al Notario o al Registrador Mercantil una dirección electrónica que cumpla los requisitos del artículo 29.6 LC⁵³ y que permita a los acreedores realizar cualquier comunicación o notificación⁵⁴. Con esta aceptación por parte del mediador concursal es cuando se produce la iniciación en sentido propio del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. En cambio, cuando no proceda el nombramiento de mediador concursal (en el caso de presentar la solicitud ante una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, o tratándose de deudor persona física no empresario, ante el Notario, cuando éste mismo impulse las negociaciones), el inicio en sentido propio se produce con la admisión de la solicitud del deudor⁵⁵.

A continuación, el órgano que haya nombrado al mediador concursal hará llegar dicho nombramiento a los Registros públicos de bienes mediante certificación o copia remitidas, así como al Registro Civil y los demás registros públicos que correspondan. Dichos registros practicarán la anotación correspondiente en la hoja registral. Asimismo, comunicará la apertura de las negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal. Por otro lado, el apartado 4 de este artículo establece que deberá dirigir una comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, en la que consten los nombres del deudor y del mediador, con sus respectivos Números de Identificación Fiscal (en adelante NIF). Y en el caso del mediador, también deberá constar la fecha de aceptación del cargo y una dirección electrónica. Por último, remitirá dicha comunicación a la representación de los trabajadores, cuando la haya, para que se personen en el procedimiento si lo creen conveniente⁵⁶.

⁵² Artículo 233.3 LC.

⁵³ Artículo 29.6 LC: «La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones».

⁵⁴ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁶ Artículo 233, apartados 2, 3 y 4 LC.

Un aspecto importante, sobre el que no se pronuncian estos preceptos son los plazos. Por un lado, ¿cuál es el plazo para que el Notario o el Registrador Mercantil nombren un mediador concursal? En segundo lugar, ¿cuál es el plazo que tiene el mediador concursal nombrado para aceptar el cargo? Para responder a estas preguntas debemos partir de la remisión que ya hemos visto del artículo 233.1, segundo párrafo LC. Así pues, en cuanto a la primera cuestión, en virtud del artículo 340.1 RRM el plazo que se le da al Registrador Mercantil para dicho nombramiento es de 15 días. En cuanto a la segunda cuestión, el plazo que tiene el mediador concursal para aceptar el cargo, cuando el nombramiento corresponda al Registrador Mercantil, es de 5 días (*ex. Art. 344.2 RRM*)⁵⁷. Teniendo en cuenta que el nombramiento de mediador concursal por parte del Notario queda reducido a los casos en los que el deudor sea una persona física no empresario, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 242 bis.1, que establece las especialidades de este tipo de deudores. Así pues, el Notario tendrá un plazo de 5 días para el nombramiento de mediador concursal. A su vez, este último tendrá otro plazo de 5 días para aceptar el cargo.

Tampoco dice nada la LC sobre qué pasa si el mediador no acepta el cargo, es recusado o se «se excusa» (se abstiene) por concurrir en él alguna incompatibilidad. Para estos supuestos volveremos aplicar las disposiciones del RRM para expertos independientes. En concreto, del artículo 344.3 RRM se desprende que si transcurrido el plazo establecido al efecto, el mediador concursal no ha aceptado el cargo por cualquier causa (incluyendo la recusación y la abstención por el propio mediador concursal) se producirá la caducidad de su nombramiento, y el Registrador Mercantil (y en este caso también el Notario) procederán a realizar un nuevo nombramiento⁵⁸.

3.3. Efectos de la iniciación del expediente

La LC es confusa en lo que respecta a la determinación de cuándo se inicia el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos y cuáles son sus efectos. Ya hemos dicho

⁵⁷ Pedro B. MARTÍN MOLINA, José M^a DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, M^a Antonia LOPO LÓPEZ (coords.); *La Ley concursal y la mediación concursal. Un estudio conjunto realizado por especialistas*, 2014, p. 461.

⁵⁸ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 33-34.

más arriba que el inicio del procedimiento en sentido propio del acuerdo extrajudicial de pagos se entiende producido: a) o bien cuando el mediador acepta el cargo; b) o bien desde la admisión de la solicitud del deudor, en caso de que ésta se haya presentado ante una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, o tratándose de deudor persona física no empresario, ante el Notario, cuando éste mismo impulse las negociaciones⁵⁹. En cambio, con la expresión «efectos de la iniciación del expediente» nos referiremos a un periodo temporal más amplio, que empieza desde la presentación de la solicitud por parte del deudor, y sigue con el inicio del procedimiento en sentido propio, acabando con su posterior publicación y comunicación de la apertura de negociaciones.

A continuación procederemos a analizar los distintos efectos que producen cada uno de los momentos temporales, englobados bajo la expresión «efectos de la iniciación del expediente».

3.3.1. Efectos de la presentación de la solicitud por parte del deudor

Una vez el deudor presenta la solicitud de nombramiento de mediador concursal, el artículo 235.1 LC establece que éste podrá seguir desarrollando su actividad laboral, empresarial o profesional. No obstante, el deudor no podrá llevar a cabo ningún acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones inherentes al giro o tráfico de su actividad⁶⁰.

3.3.2. Comunicación de la apertura de negociaciones al juzgado: consideraciones previas y efectos

3.3.2.1. Consideraciones previas

Como ya hemos visto más arriba, una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el Registrador Mercantil, Notario (si decide nombrar mediador) o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación encargado de su nombramiento deberá comunicar de oficio la apertura de negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. Este deber se prevé tanto en el artículo 5 bis como en el artículo

⁵⁹ Constatado esto, resulta que la «aceptación por parte del mediador concursal de su cargo», en el caso de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y del Notario cuando nombre mediador, equivale a la admisión por parte de estos de la solicitud presentada por el deudor.

⁶⁰ Jorge MOYA BALLESTER, *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, 2017, p. 91.

233.3 LC. Dicha comunicación de la apertura de negociaciones se deberá hacer, en virtud del artículo 5 bis.2, en relación con el artículo 5 LC, en el plazo de los dos meses posteriores a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. No obstante, existen algunas contradicciones entre estos dos preceptos (233.3 y 5 bis) que cabe mencionar.

En primer lugar, el primero no dice nada de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, mientras que el segundo sí lo hace. En segundo lugar, mientras que el primero establece, en su apartado 3, que la publicación de la apertura de negociaciones en el Registro Público Concursal la realizará el Letrado de la Administración de Justicia, el segundo encomienda dicha tarea al Registrador Mercantil, Notario o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. En tercer lugar, el artículo 5 bis.3, párrafo segundo, prevé la posibilidad de que el deudor solicite el carácter reservado de la comunicación, y por tanto su no publicación en el Registro Público Concursal. Sin embargo, el artículo 533.3 ordena dicha publicación.

Respecto a la segunda contradicción, GÓMEZ AMIGO⁶¹ considera que puesto que el artículo 233.3 es una norma especial en sede de acuerdos extrajudiciales de pagos, la solución más acertada es aplicar el artículo 233.3, y no el 5 bis.

En cuanto a la tercera contradicción, AZNAR GINER⁶² considera que tratándose de acuerdos extrajudiciales de pago no se puede aplicar lo dispuesto en el artículo 5 bis.3 relativo al carácter reservado de la comunicación. Son dos los fundamentos en los que se apoya este autor para justificar tal afirmación. En primer lugar, el artículo 5 bis.3 reserva esa facultad de solicitar el carácter reservado al deudor, en el momento que realiza dicha comunicación. Y teniendo en cuenta que en el acuerdo extrajudicial de pagos la comunicación la hace el Registrador Mercantil, el Notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, estos no tienen legitimación para solicitar dicho carácter reservado. En segundo lugar, los preceptos especiales que regulan el acuerdo extrajudicial de pago además de prever expresamente la publicación en el Registro Público Concursal, vinculan una serie de efectos a dicha publicación. Esta

⁶¹ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 92.

⁶² AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 62.

misma postura es la que adopta LORENTE LARA⁶³, al destacar el carácter imperativo y preferente de los preceptos especiales que regulan el acuerdo extrajudicial de pagos.

Por lo que respecta a la primera contradicción, dicho lo anterior es evidente que a pesar de que el artículo 5 bis no mencione a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, no tiene relevancia ya que prevalecen las reglas especiales sobre acuerdo extrajudicial de pagos, contenidas en el Título X de la LC.

3.3.2.2. *Efectos*

De los efectos que produce la comunicación de la apertura de negociaciones al juez competente para el concurso, antes de nada destaca la protección que ofrece el legislador al deudor en relación con la declaración de concurso. En este sentido, en primer lugar, el artículo 5 bis.2 LC exime temporalmente al deudor del deber de solicitar su concurso desde que tiene lugar la citada comunicación. En segundo lugar, el artículo 15.3 LC protege al deudor frente a sus acreedores, prohibiendo la admisión de solicitudes de concurso provenientes de personas que no sean el deudor o el mediador concursal. No obstante, esta protección frente a la declaración de concurso no es para siempre. A tal efecto señala el artículo 5 bis.5 LC que transcurridos tres meses desde la comunicación, si el deudor sigue en estado de insolvencia, deberá solicitar la declaración de su concurso dentro del mes siguiente, a no ser que ya lo haya solicitado el mediador concursal. En el caso de deudor persona física no empresario, en virtud del artículo 242 bis. 9º LC, dicho plazo no es de tres meses, sino que de dos. Asimismo, una vez transcurrido esos tres meses (o dos en el caso del artículo 242 bis. 9º) los acreedores también podrán solicitar la declaración de concurso, en virtud del artículo 15.3 LC. A su vez, el artículo 235.5 LC prevé esta misma protección, estableciendo que el deudor que se encuentre negociando un acuerdo extrajudicial de pagos no podrá ser declarado en concurso, dentro del plazo previsto en el artículo 5. Como señala MOYA BALLESTER⁶⁴, este último artículo lo que realmente impide es la declaración de concurso por solicitud de los acreedores, puesto

⁶³ Marina LORENTE LARA, «Acuerdo Extrajudicial de Pagos (V). ¿Cómo se compagina la solicitud de AEP con la comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal o precurso?», *Blog Garrigues*, [en línea]: <http://blog.garrigues.com/acuerdo-extrajudicial-de-pagos-v-como-se-compagina-la-solicitud-de-aep-con-la-comunicacion-del-art-5-bis-de-la-ley-concursal-o-precurso/> [Consulta: 19 de abril de 2020].

⁶⁴ MOYA BALLESTER, *op. cit.*, p. 98.

que si lo interpretamos junto con el artículo 5 bis.2, vemos que al deudor no se le prohíbe solicitar la declaración de su concurso, solamente se le exime temporalmente de su deber. Finalmente merece destacar el reciente Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Este Real Decreto-ley prevé un régimen especial destinado a paliar los efectos negativos del COVID-19. En este sentido, en su artículo 11.1 establece que hasta el 31 de diciembre de 2020 el deudor insolvente no tendrá el deber de solicitar la declaración de concurso, independientemente de que haya o no comunicado al juez la apertura de negociaciones.

En segundo lugar, en virtud del artículo 235.2 a), la comunicación de la apertura de negociaciones al juez prohíbe a los acreedores que puedan verse afectados por el concurso llevar a cabo cualquier tipo de ejecución, ya sea judicial o extrajudicial, sobre el patrimonio del deudor. Esta prohibición finaliza pasados tres meses desde dicha comunicación, o cuando se adopte el acuerdo o se declare el concurso. En el caso de deudor persona física no empresario, dicho plazo será de dos meses (*ex* artículo 242 bis.1 8º LC). Cabe destacar que, como en otros casos que hemos visto, existen diferencias en este punto respecto al régimen general del artículo 5 bis LC. De este modo, el artículo 5 bis establece que no podrán iniciarse, o si ya se hubieran iniciado deberán suspenderse, las ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Como hemos visto, el artículo 235.2 a) ofrece una protección más amplia al deudor, puesto que la prohibición alcanza a todo su patrimonio, y no sólo a «bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial». No obstante, esta prohibición no alcanza a los acreedores que tengan créditos con garantía real que no recaiga sobre bienes imprescindibles para que el deudor continúe con su actividad económica o profesional, ni sobre la vivienda habitual del deudor. Y en caso de que recaiga sobre estos bienes, los acreedores podrán ejercer su acción real, pero ésta quedará en suspenso mientras no se haya agotado el plazo de tres meses⁶⁵.

⁶⁵LORENTE LARA, « El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (IV): Ámbito de paralización de las ejecuciones contra el patrimonio de deudor», *Blog Garrigues*, [en línea]: <http://blog.garrigues.com/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-iv-ambito-de-paralizacion-de-las-ejecuciones-contra-el-patrimonio-de-deudor/> [Consulta: 21 de abril de 2020].

En tercer lugar, el artículo 235.2 b) señala que desde la citada comunicación de apertura negociaciones, 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». CABANAS TREJO⁶⁶ entiende que dentro de esta afirmación tan genérica tiene cabida, por ejemplo, la constitución o sustitución de garantías a favor de los acreedores. En cualquier caso, este carácter genérico de la limitación conlleva a una reducción considerable del margen de actuación de los acreedores⁶⁷. AZNAR GINER⁶⁸, por su parte, añade que es dudosa la efectividad de este precepto, ya que no se prevé ninguna medida sancionatoria en caso de que los acreedores incumplan su deber.

En cuarto lugar la letra c) de este artículo 235.2 establece que los acreedores podrán poner a disposición del mediador concursal (o en su caso del Notario) una dirección electrónica para la práctica de las comunicaciones que sean necesarias⁶⁹. Recordemos que para la solicitud de nombramiento de mediador concursal, el artículo 232.2 LC ya preveía que esta dirección electrónica debe acompañarse junto con la solicitud. Esta previsión tiene gran relevancia, ya que las comunicaciones que se envíen a la dirección electrónica facilitada por los acreedores producirán plenos efectos.

En quinto lugar, el apartado 3 del artículo 235 LC ordena, durante la negociación del acuerdo, la suspensión del devengo de intereses de los créditos que puedan verse afectados por el mismo. Dicha suspensión se registrará por lo dispuesto en el artículo 59 LC. El artículo 59 en primer lugar aclara que esta suspensión engloba tanto los intereses legales como los convencionales. A continuación establece que la suspensión no afectará a los créditos que gocen de garantía real, hasta la parte que cubra la garantía. Es decir, si la garantía no cubre el crédito en su totalidad, los intereses relativos a la parte que no esté cubierta sí que quedarán en suspenso. En cuanto a los intereses salariales, estos devengarán el interés legal del dinero.

⁶⁶ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 96.

⁶⁷ Carlos PUIGSERVER ASOR, Federico ADAN DOMENECH, *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas*, 2019, p. 59.

⁶⁸ AZNAR GINER, *op. cit.* 78.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 72.

En sexto lugar, al apartado 4 de este artículo 235 LC regula el tratamiento que se debe dar a los créditos con garantía personal. En este sentido, los acreedores cuyo crédito goce de garantía personal, podrán ejecutar su garantía, sin más límites que la necesidad de que el crédito esté vencido. En este caso, los garantes no podrán invocar, en perjuicio del acreedor, las negociaciones que haya iniciado el deudor⁷⁰.

3.3.3. Efectos de la anotación de la apertura de negociaciones en los registros públicos

Recordemos que el artículo 233.3 LC encomendaba al órgano competente de nombrar mediador concursal la comunicación de las negociaciones a los registros públicos de bienes, para que éstos hicieran la anotación correspondiente. Los efectos derivados de esta anotación, a pesar de estar incluidos en un mismo artículo denominado «Efectos de la iniciación del expediente», son distintos de los efectos de la presentación de la solicitud y de los efectos de la comunicación de negociaciones al juez.

Así pues, el segundo inciso del artículo 235.2 a) establece que una vez que se haya efectuado la anotación correspondiente en los registros públicos de bienes, no se podrán anotar respecto a los bienes del deudor embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal. Evidentemente se excluyen los que puedan corresponder a acreedores de derecho público⁷¹. Es de destacar que el legislador en este punto ofrece una protección más adecuada al deudor que por ejemplo, en el caso de la protección frente a la ejecución de créditos. Es decir, para determinar qué embargos y secuestros no pueden ser anotados, parte del momento en el que el deudor presenta la solicitud de mediador concursal, y no de momentos posteriores. En cambio, para la protección frente a la ejecución de créditos, parte del momento en el que tiene lugar la comunicación de las negociaciones al juez.

3.4. Convocatoria a los acreedores

El artículo 234.1 LC establece que el mediador concursal, una vez haya aceptado el cargo y dentro de los diez días siguientes a la aceptación, examinará los datos y la

⁷⁰ *Ibidem*, p. 81.

⁷¹ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 93.

documentación aportados por el deudor, y en su caso podrá requerirle para que subsane los posibles defectos. Como destaca GOMEZ AMIGO⁷², esta comprobación no significa que el mediador pueda inadmitir la solicitud, que ya ha sido admitida por el Registrador Mercantil o Notario.

En este mismo plazo comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por aquél a una reunión. También convocara a los acreedores de los que pudiera tener conocimiento por otro medio. Se excluirá a los acreedores de derecho público. La reunión se celebrará dentro de los dos meses posteriores a la aceptación del cargo por parte del mediador, en el lugar del domicilio del deudor. La convocatoria se llevará a cabo por vía notarial, o por cualquier medio que garantice la recepción de las comunicaciones. Ahora bien, si figurase la dirección electrónica de los acreedores, la comunicación se realizará por esta vía. Esta última previsión conecta directamente con la del artículo 235.2 c).

No obstante lo anterior, cuando el deudor es una persona física no empresario, los plazos son diferentes. En primer lugar, si el notario no nombra un mediador concursal el plazo para comprobar la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión es de quince días desde la recepción de la solicitud por parte del notario. En cuanto a la reunión, ésta se celebrará en el plazo de un mes desde la convocatoria⁷³.

En cuanto al contenido de la convocatoria, ésta deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, así como el objetivo de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago. También deberá incluir la identidad de los acreedores, la cuantía de los créditos la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales y reales que se hubieran constituido.

⁷² *Ibidem*, p. 97-98.

⁷³ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 71.

3.5. Propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos y posible terminación anticipada de las negociaciones

3.5.1. Propuesta inicial

El artículo 236 LC establece que el mediador concursal deberá remitir, con una antelación mínima de veinte días naturales a la celebración de la reunión, y con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores. Dicha propuesta versará sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud presentada por el deudor. En caso de deudor persona física no empresario, el plazo no será de veinte días, sino que de quince (artículo 242 bis.1 6º LC). Un tema discutido es el relativo a quién redacta la propuesta de acuerdo, si el deudor o el mediador concursal. AZNAR GINER⁷⁴ considera que dicha tarea le corresponde al deudor, ya que si lo redactase el mediador concursal estaría vulnerando la imparcialidad y neutralidad que le son exigidas. En cambio, SENÉS MOTILLA⁷⁵ entiende que la propuesta es elaborada por el mediador concursal. MARTÍNEZ SANZ⁷⁶ también adopta este último punto de vista, ya que considera que aunque el mediador deberá contar con el consentimiento del deudor para la propuesta del acuerdo, «(...) la función que se le asigna va más allá de la que se reserva, con carácter general, a los mediadores en asuntos mercantiles, cuyo cometido suele ceñirse a la intermediación entre las partes».

3.5.1.1. Medidas que puede contener la propuesta

En primer lugar, la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos puede contener esperas por un plazo que no exceda de diez años (artículo 236.1 a) LC). La segunda posible medida que prevé la LC son las quitas (artículo 236.1 b) LC). El artículo 236 no establece más límites que el plazo previsto para la primera medida, pero como veremos en el apartado correspondiente, estas dos posibles medidas, igual que el resto de las que veremos, se aplicarán con unos límites diferentes en función de las mayorías que concurran en la adopción del acuerdo⁷⁷.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 83-84.

⁷⁵ Carmen SENÉS MOTILLA, «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, vol. I, núm. 1, enero-marzo de 2014, p. 60.

⁷⁶ MARTÍNEZ SANZ, *Manual de derecho mercantil*, p. 582-583.

⁷⁷ MOYA BALLESTER, *op. cit.*, p. 151.

La tercera medida que prevé el artículo 236.1 LC, contenida en la letra c), es la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago (total o parcial) de sus créditos. En relación con esta medida, el mismo artículo 236 establece un límite vinculado a la conservación de la empresa. En este sentido, prevé que los bienes y derechos cedidos en ningún caso pueden ser los necesarios para la continuación de la actividad del deudor. Además, el valor razonable⁷⁸ de éstos no puede ser superior al crédito que se extingue. Y en caso de que sea superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Por último, si se trata de bienes afectos a garantía, se estará a lo dispuesto en el artículo 155.4 LC, que regula el pago de los créditos con privilegio especial en la fase de liquidación del concurso de acreedores.

La cuarta posible medida, contenida en la letra c) del citado artículo, consiste en la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, es decir, la capitalización de créditos. Si se opta por introducir esta medida en la propuesta de acuerdo, habrá que estar a lo dispuesto en la Disposición adicional cuarta, apartado 3. b).3º ii) LC. Ésta establece que el aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos requiere las mayorías simples previstas para las Sociedades de Responsabilidad Limitada y Sociedades Anónimas (artículos 198 y 201.1 Ley de Sociedades de Capital respectivamente). Con la exigencia de mayoría simple, la LC pretende facilitar la conversión de deuda en acciones o participaciones del deudor, ya que por regla general, este tipo de acuerdos se toman por mayoría absoluta (artículos 199 y 201.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En quinto lugar, la propuesta puede contener la conversión de deuda en: a) préstamos participativos por un plazo no superior a diez años; b) obligaciones convertibles o préstamos subordinados; c) préstamos con intereses capitalizables; o d) cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original (artículo 236.1, d) LC).

Por último, el artículo 236 LC impone un límite para cualquiera de las anteriores medidas. Así, dispone que:

⁷⁸ Para saber qué se debe entender por «valor razonable», el artículo 236 nos remite al artículo 94.5 LC.

«En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente».

Es importante señalar que en caso de que el deudor sea persona física no empresario, únicamente se podrán prever en la propuesta de acuerdo las tres primeras medidas⁷⁹.

3.5.1.2. Plan de pagos

En virtud del artículo 236.2, la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos deberá contener, en primer lugar, un plan de pagos, que consiste en un documento en el que se reflejan los recursos de que dispone o que prevea que va a disponer el deudor para satisfacer los créditos de sus acreedores. Asimismo, este plan de pagos contiene previsiones acerca de cómo y cuándo va a pagar el deudor. En definitiva, el plan de pagos es el documento que refleja las condiciones en las que se van a cumplir las medidas previstas en la propuesta (quitas, esperas, etc.).

3.5.1.3. Plan de viabilidad y otras exigencias de la propuesta

En segundo lugar, el plan de pagos deberá ir acompañado de un plan de viabilidad, estrechamente vinculado al plan de pagos. Este plan de viabilidad es un documento en el que, atendiendo a la situación económica y financiera del deudor, así como a los problemas que pueden poner en riesgo la continuidad de su actividad, se proponen un conjunto de medidas tendentes a garantizar dicha continuidad, sin olvidar la satisfacción de los acreedores. Deberá incluirse en este plan una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, así como un plan de continuación de la actividad. En su caso, deberá fijarse también una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia⁸⁰. La vinculación del plan de viabilidad con el plan de pagos se puede entender mejor si acudimos al artículo 100.5 LC, que regula el contenido de la propuesta de convenio en sede de concurso de acreedores, que a pesar de estar fuera del articulado relativo al acuerdo extrajudicial de pagos, nos puede servir para entender la importancia de este plan. En este sentido, este precepto viene a decir que cuando el deudor prevea que para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del acuerdo va a necesitar

⁷⁹ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 86-87.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 90-93.

recursos generados por la continuidad de su actividad, incluirá en el convenio un plan de viabilidad, aparte del plan de pagos.

Por último, se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público, o como mínimo, de las fechas de pago de dichos créditos si no se van a satisfacer en sus plazos de vencimiento.

El plan de viabilidad tiene una gran relevancia, ya que es la manifestación de la voluntad del legislador de que los acuerdos extrajudiciales de pago no estén destinadas a la liquidación de la empresa, sino que a su conservación, que a su vez, permitirá el pago a los acreedores. Pero el plan de viabilidad también tiene el propósito de que solamente puedan celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos aquellos deudores que realmente tengan posibilidades de continuación⁸¹.

3.5.2. Propuesta de los acreedores y propuesta final

El artículo 236.3 LC establece que dentro del plazo de diez días naturales posteriores al envío por parte del mediador concursal de la propuesta inicial de acuerdo extrajudicial de pagos a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o bien modificativas de la inicial. Esto permitirá a los acreedores dar a conocer sus puntos de vista en el marco de las negociaciones, antes de la reunión. Como bien señala SENÉS MOTILLA⁸², en realidad el plazo de diez días no debería ser a partir del «envío», sino que sería más acertado que comenzase a contar a partir de la «recepción» de la propuesta inicial por parte de los acreedores. Transcurrido el citado plazo, el mediador remitirá a los acreedores el plan de pagos y el plan de viabilidad final, previa aceptación por parte del deudor.

3.5.3. Posible terminación anticipada de las negociaciones

El apartado 4 del artículo 236 LC establece que el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso inmediatamente si concurren las siguientes circunstancias: a) Que dentro del plazo de diez días al que se refiere el apartado 3, los acreedores que

⁸¹ *Ídem.*

⁸² SENÉS MOTILLA, *op. cit.*, p. 61.

representen, como mínimo la mayoría del pasivo que se pueda ver afectado por el acuerdo decidan no continuar con las negociaciones; y b) Que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual o inminente. Esta medida encuentra su fundamento si la ponemos en relación con las mayorías exigidas para adoptar el acuerdo extrajudicial de pagos. Es decir, como veremos más adelante, para que se pueda aprobar el acuerdo extrajudicial de pagos se necesita, como mínimo, la aceptación de los acreedores que representen, como mínimo, el 60% del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo. Por lo tanto, no tendría sentido seguir con las negociaciones si ya falta el 50% del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo⁸³.

3.6 . Reunión y adopción del acuerdo extrajudicial de pagos

Recordemos que, aparte de las propuestas de acuerdo que hemos visto, existe un trámite posterior, que es la reunión, que se celebra el día fijado por el mediador en la convocatoria. En ésta etapa del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos los acreedores se reúnen con el deudor para deliberar sobre las distintas medidas plasmadas en la propuesta de acuerdo. Además, en esta fase es donde finalmente se adopta el acuerdo extrajudicial de pagos, siempre que concurren las mayorías que veremos más adelante.

3.6.1. Deber de asistencia y consecuencias de su incumplimiento

El artículo 237.1 LC establece un deber de asistencia a la reunión para aquellos acreedores, que habiendo estado convocados en tiempo y forma, ni hayan aceptado la propuesta de acuerdo, ni se hayan opuesto a ella dentro del plazo de diez días anteriores a la reunión. El incumplimiento de este deber comporta una seria sanción en caso de que, no habiéndose alcanzado un acuerdo, se abra el concurso consecutivo. En este sentido, los créditos de los acreedores que incumplan su deber de asistencia a la reunión se calificarán como subordinados en el citado concurso consecutivo. Ahora bien, es de destacar que esta sanción no alcanza a los acreedores que gocen de garantía real. Esto significa que realmente, los acreedores con garantía real, aun estando convocados, no tienen el deber de asistir a la reunión, ya que su no participación no les acarreará ninguna sanción⁸⁴.

⁸³ DÍAZ ECHEGARAY, *El acuerdo extrajudicial de pagos*, p.104-105.

⁸⁴ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 101.

Para DÍAZ ECHEGARAY⁸⁵ la previsión de este deber de asistencia y de la correspondiente sanción en caso de incumplimiento es una medida acertada y adecuada para incentivar a los acreedores que participen en la negociación, y de esta forma evitar que ésta fracase por el mero absentismo de los acreedores. Sin embargo, señala el autor, esta norma debe ser interpretada de forma restrictiva. Una manifestación de esta interpretación restrictiva es que solamente se aplicará la sanción si se ha celebrado la reunión. Así por ejemplo, si el mediador concursal ha tenido que solicitar el concurso en virtud del mandato contenido en el artículo 236.4 LC, los acreedores que ni se hayan opuesto ni hayan aceptado la propuesta no verán sus créditos degradados a la clasificación de subordinados⁸⁶. Por el contrario, AZNAR GINER⁸⁷ considera que esta medida sancionatoria puede ser contraproducente, ya que los acreedores, con el miedo de que sus créditos sean degradados en un posible concurso consecutivo, tenderán a oponerse directamente a la propuesta de acuerdo.

3.6.2. Desarrollo de la reunión y posibles modificaciones de la propuesta

Hemos dicho que la reunión sirve para que los acreedores y el deudor sigan negociando o deliberando sobre el acuerdo. Asimismo, esta fase del procedimiento de acuerdo extrajudicial es una oportunidad para introducir modificaciones en los planes de pago y de viabilidad. Esta posibilidad la prevé el segundo apartado del artículo 237. Ahora bien, estas modificaciones en ningún caso pueden alterar las condiciones de pago de los acreedores que habiendo aceptado la propuesta no hayan asistido a la reunión.

3.6.3. Cuestiones omitidas por el legislador: asistencia del mediador y del deudor

Cabe mencionar algunas cuestiones interesantes sobre las que no se pronuncia la LC. En primer lugar, se puede plantear la cuestión acerca de si el mediador concursal tiene el deber de asistir a la reunión. Entendemos que la participación del mediador en la reunión es preceptiva, ya que es él quien asume la función de facilitar las negociaciones entre

⁸⁵ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 105-107.

⁸⁶ También lo entiende así SENÉS MOTILLA: «(...) se ha considerado que únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo y el acreedor, ni asiste ni expresa su oposición hasta diez días naturales anteriores a la reunión». SENÉS MOTILLA, *op. cit.*, p. 61.

⁸⁷ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 98.

deudor y acreedores, e incluso, como afirma AZNAR GINER⁸⁸, sobre él recae la función de presidir la reunión. Asimismo, este mismo autor afirma que, aunque la LC no diga nada, el mediador concursal deberá emitir un acta al final de la reunión en el que consten los asistentes, la propuesta objeto de aceptación y el resultado de la reunión. En cuanto al resultado de la reunión, como veremos más adelante, éste variará en función de las mayorías que concurran a la aceptación de la propuesta.

Por otro lado, aunque el artículo 234.1 LC ordene al mediador concursal la convocatoria tanto del deudor como de los acreedores, el artículo 237 solamente establece el deber de asistencia de los acreedores. DE VIVERO DE PORRAS⁸⁹ entiende que la participación del deudor también debe ser obligatoria, ya que él es el único que puede valorar si puede cumplir o no el acuerdo que se alcance. AZNAR GINER⁹⁰ piensa que, al igual que el mediador, el deudor también debe asistir a la reunión, ya que no tendría sentido eximir de ese deber a quien ha iniciado las negociaciones. Sin embargo, este autor aporta una matización interesante. Se plantea la cuestión de qué consecuencia tendría la no asistencia del deudor en la reunión. Entiende el autor que si durante la reunión no se modifica el contenido de la propuesta de acuerdo final, que contó con el consentimiento del deudor, no habrá problema, ya que dicha propuesta tiene la naturaleza jurídica de una oferta vinculante, y por tanto, una vez lo acepten los acreedores se dará por concluido el acuerdo. El problema puede darse si durante la reunión se introducen modificaciones en esa propuesta final que contó con el consentimiento del deudor. En este caso el autor considera que la solución más razonable sería dar por aprobado el acuerdo, pero condicionando su eficacia al consentimiento y aceptación del deudor.

3.6.4. Adopción (o no) del acuerdo extrajudicial de pagos

Una vez celebrada la reunión, en función de las mayorías obtenidas, el acuerdo extrajudicial de pagos se considerará aprobado o no. A continuación analizaremos las diferentes situaciones que se pueden plantear en caso de aprobación del acuerdo, así como las actuaciones que deben seguir a dicha aprobación. Por otro lado, también veremos qué

⁸⁸ *Ibidem*, p. 101.

⁸⁹ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 301.

⁹⁰ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 100.

ocurre en caso de que no se obtengan las suficientes mayorías para que el acuerdo se tenga por aprobado.

3.6.4.1. Aprobación del acuerdo y su extensión subjetiva

Cuando decimos que se aprueba el acuerdo nos referimos a que se aprueban las medidas previstas en la propuesta final, que ya hemos visto anteriormente. Ahora bien, dicha aprobación no es absoluta, sino que graduable. Es decir, dependiendo de las mayorías obtenidas puede ser que se apruebe el acuerdo, pero solamente en relación con algunas de las medidas previstas en la propuesta, y en ciertas condiciones. Lo que no significa que no se puedan aprobar todas las medidas previstas en la propuesta, siempre que concurren las mayorías que examinaremos más adelante. Pero también depende de las mayorías la extensión subjetiva del acuerdo, es decir, la cuestión relativa a qué acreedores quedan vinculados por el acuerdo.

En primer lugar, del artículo 238.1 a) LC se desprende que para que se aprueben algunas de las medidas previstas en el propuesta, es necesario el voto favorable de al menos el 60% del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo⁹¹. Si se cumple esta mayoría, se tendrán por aprobadas, de entre las previstas en la propuesta, las siguientes medidas: a) esperas con un plazo no superior a cinco años; b) quitas no superiores al 25% del importe de los créditos; y c) conversión de deuda en préstamos participativos durante cinco años.

Por otro lado, si concurre el voto favorable de al menos el 75% del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo, se tendrán por aprobadas, de entre las previstas en la propuesta, las siguientes medidas: a) esperas con un plazo no superior a diez años; b) quitas no superiores al 25% del importe de los créditos; y c) las demás medidas previstas en el artículo 236 (que ya hemos analizado en su apartado correspondiente).

El acuerdo adoptado con la mayorías que acabamos de ver vincula a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real, y si gozan de garantía real, solamente por la parte de los créditos que exceda del valor de dicha garantía, hayan votado o no a favor (artículo 238 bis.1 LC). En cambio, con estas mayorías, los acreedores cuyos créditos gocen de

⁹¹ Es decir, todos los acreedores menos los de derecho público.

garantía real únicamente quedarán vinculados por la parte que no exceda del valor de dicha garantía si han votado a favor del acuerdo (artículo 238 bis.2 LC). Ahora bien, cabe la posibilidad de que estos últimos acreedores queden vinculados por el acuerdo por la parte que no exceda del valor de la garantía, aunque no hayan votado a favor del acuerdo. Pero, evidentemente, no bastarán las mayorías del 60 o el 75 por ciento. En este sentido, el apartado 3 del artículo 238 bis LC exige unas mayorías que podemos llamar cualificadas, calculadas «en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas». Es decir, para el cálculo de estas mayorías solamente se tienen en cuenta los créditos con garantía real. Así pues, para las medidas previstas en la letra a) del artículo 238.1 LC se exige el voto favorable de al menos el 65% de los créditos con garantía real. Para las medidas previstas en la letra b) de dicho artículo se requiere el voto favorable de al menos el 80% de los créditos con garantía real⁹².

Finalmente, recordemos que en virtud del artículo 242 bis.1, 7º, cuando el deudor sea persona física no empresario, únicamente se podrán acordar esperas, quitas y cesión de bienes y derechos.

3.6.4.2. Requisitos formales y publicidad del acuerdo

En cuanto a los requisitos formales, el artículo 238.2 LC en primer lugar establece que una vez la propuesta sea aceptada por los acreedores (con las mayorías que ya hemos visto), el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. En cambio, si el expediente hubiera sido abierto por el Registrador Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará en el Registro Mercantil copia de la escritura del acuerdo para que el Registrador proceda al cierre del expediente. Para el otorgamiento de esta escritura se presentará ante el notario el original del acta de la reunión. En este punto cabe destacar que en el régimen general de la mediación en asuntos civiles y mercantiles la elevación a escritura pública no es obligatoria, que sí que lo es aquí, en la mediación concursal (artículo 25 LM)⁹³. En relación con el carácter imperativo de la elevación a escritura

⁹² GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 61-64.

⁹³ AZNAR GINER, *op. cit.* p. 106.

pública del acuerdo, señala MOYA BALLESTER⁹⁴ que dicha escritura pública debe tener carácter constitutivo, ya que los efectos del acuerdo no podrán nacer con anterioridad a la escritura. Este requisito lo que pretende es dotar de seguridad al acuerdo, y mediante la intervención del notario garantizar que las partes comprendan los extremos del mismo, evitando así los posibles confusiones que pueda haber.

Por otro lado, igual que ocurría en el momento de iniciar el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, una vez el acuerdo se haya adoptado, se tiene que dar publicidad al mismo. En este sentido, el mismo artículo 238.2 LC exige al Notario, Registrador Mercantil o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que comuniquen el cierre del expediente al juzgado que sería competente en caso de concurso. Asimismo, deberán comunicar el cierre del expediente, por certificación o copia remitidas, a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones que hubiesen practicado. Por último, publicarán la existencia del acuerdo extrajudicial de pagos en el Registro Público Concursal mediante un anuncio. Este anuncio deberá tener el siguiente contenido: a) datos identificativos del deudor, incluido su NIF; b) identificación del Registrador, Notario o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, según el caso; c) número de expediente de nombramiento de mediador concursal; d) identificación del mediador concursal, incluido su NIF; y e) indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido. MOYA BALLESTER⁹⁵ se muestra contrario al sistema de publicidad del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Y en este sentido considera que se debe realizar una interpretación restrictiva con relación a la expresión «acreedores interesados», ya que en principio cualquier acreedor puede tener un interés legítimo en conocer la situación económica de su deudor y los acuerdos que éste pueda haber alcanzado con otros acreedores. Por lo tanto, según este autor únicamente será acreedor interesado el que haya sido parte en el acuerdo o el que esté vinculado por su contenido, a pesar de no ser parte en el mismo.

⁹⁴ MOYA BALLESTER, *op. cit.* p. 158.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 159.

3.6.4.3. *No aprobación del acuerdo*

Hemos visto que para que el acuerdo sea aprobado es necesaria la concurrencia de unas determinadas mayorías según los casos. Ahora bien, se puede dar el caso de que no se alcancen las mayorías requeridas y que finalmente no se apruebe el acuerdo. En este caso el apartado 3 del artículo 238 LC establece que el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente el concurso al juez competente, siempre que el deudor continúe en estado de insolvencia. Y el juez, por su parte, acordará el concurso de inmediato. Continúa diciendo este precepto que el mediador, en su caso, también solicitará del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, debiendo estarse a lo dispuesto en el artículo 176 bis LC⁹⁶.

4. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO, EFECTOS, CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO

4.1. Impugnación del acuerdo

4.1.1. Legitimación, efectos y motivos de la acción de impugnación

En virtud del artículo 239.1 LC, una vez aprobado el acuerdo y dentro de los diez días siguientes a la publicación del mismo (en el Registro Público Concursal), los acreedores que no hubieran sido convocados, no hubieran votado a favor del acuerdo o se hubiesen opuesto en virtud del artículo 237.1, podrán impugnarlo ante el juez competente para conocer el concurso del deudor. Ahora bien, dicha impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y solamente se puede fundar en uno de los motivos tasados que recoge el apartado 2 del artículo 239 LC: a) falta de concurrencia de la mayorías exigidas para la adopción del acuerdo; b) superación de los límites establecidos por el artículo 236.1; o c) desproporción de las medidas acordadas.

En cuanto a la no suspensión de la ejecución del acuerdo, cabría preguntarse si es posible acordar ésta como una medida cautelar. Esta pregunta surge porque el apartado tercero del artículo 239 LC establece que todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal. Esta afirmación, en primer lugar, prevé una

⁹⁶ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 112-113.

acumulación de acciones, de forma que si hay varias personas que impugnen el mismo acuerdo, todas éstas impugnaciones se tramitarán en un mismo procedimiento. Y en segundo lugar, para la tramitación de este procedimiento regirán las normas previstas para el procedimiento de incidente concursal. Y precisamente, si acudimos al artículo 192 LC, sobre el ámbito y carácter del incidente concursal, en su apartado segundo prevé que el incidente (en este caso, la impugnación del acuerdo), no suspenderá el procedimiento de concurso. Pero el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar la suspensión de aquellas actuaciones que considere que pueden verse afectadas por la resolución que se dicte. Dicho esto, si aplicamos esta previsión, por remisión hecha por el art. 239.3 LC, a la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, en principio podríamos pensar que en relación con la ejecución del acuerdo, el juez puede ordenar la suspensión «de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución que se dicte»⁹⁷. Ahora bien, teniendo en cuenta que la no suspensión de la ejecución del acuerdo se establece de forma expresa en una norma especial sobre el acuerdo extrajudicial de pagos (artículo 239.2 LC), se entiende que en este caso no sería de aplicación la posibilidad de suspensión prevista en la norma general del incidente concursal (192.2 LC).

En cuanto a los motivos de impugnación, los dos primeros no presentan gran problemática a la hora de valorar su concurrencia, ya que el juez, para su apreciación se atenderá a los datos objetivos y a lo establecido en la ley para determinar si la impugnación esta bien fundamentada o no. En cambio, el motivo de «desproporción de las medidas adoptadas» sí que puede plantear dificultades. Como señala el profesor DE LA CUESTA RUTE⁹⁸, decidir sobre la desproporción de las medidas adoptadas implica valorar cuáles son las medidas menos onerosas para conseguir la conservación de la empresa. Dicho de otra forma, conseguir la conservación de la empresa generando el menor perjuicio posible para los acreedores. Según el citado autor, esta decisión no debería corresponder al juez. Por el contrario, para AZNAR GINER⁹⁹, es una forma para garantizar la tutela judicial efectiva, permitiendo acceder a las partes a una proceso contradictorio.

⁹⁷ Artículo 192.2 LC.

⁹⁸ José María DE LA CUESTA RUTE, «Los acuerdos previos al concurso (y VII). El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP)», *Blog Núñez González y Rodríguez Abogados*, [en línea]: <https://www.ngrabogados.com/los-acuerdos-previos-al-concurso-y-vii-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-aep/> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

⁹⁹ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 138.

4.1.2. Procedimiento y sentencia resolutoria de la impugnación

4.1.2.1. Demanda, contestación y posible vista

Ya hemos dicho, al hablar sobre la suspensión o no de la ejecución del acuerdo, que la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos se sustancia por los cauces del procedimiento de incidente concursal. Este procedimiento se inicia con la presentación de la demanda ante el juez competente para la declaración del concurso, en la forma establecida en el artículo 399 LEC, norma procesal general.

El juez, si considera que la cuestión planteada es pertinente, admitirá a trámite la demanda mediante providencia, y acordará que se emplace a las demás partes personadas, con entrega de copia de la demanda o demandas. Dichas partes tendrán un plazo de diez días para contestar a la demanda en la forma prevista en el artículo 405 LEC. Por el contrario, si el juez considera que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad suficiente para tramitarla en vía de incidente concursal, inadmitirá la demanda mediante auto. Contra el auto de inadmisión se podrá interponer recurso de apelación¹⁰⁰. Aplicando esta previsión a la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos, podemos entender que la inadmisión de la demanda de impugnación del acuerdo estará motivada por alguno de las siguientes circunstancias: b) que el demandante no tenga legitimación para impugnar el acuerdo; a) que la demanda no esté fundamentada en uno de los motivos tasados por el artículo 239.2 LC; o c) que la demanda se interponga fuera del plazo de 10 días otorgado a tal efecto.

Una vez presentado el escrito de contestación, se citará a las partes para la vista, siempre que concurren de forma acumulada los siguientes requisitos: a) que exista discusión sobre los hechos; b) que los hechos discutidos sean relevantes para el juez; c) que se hayan propuesto medios de prueba en los respectivos escritos y estos hayan sido admitidos. La vista se celebrará conforme a las previsiones del artículo 443 LEC, que regula la vista en el juicio verbal. Si no concurren estos requisitos, no se celebrará vista. Tampoco se celebrará vista si la única prueba admitida es la documental, y esta se aporta con los

¹⁰⁰ Mario SÁNCHEZ LINDE, «El incidente en el concurso de acreedores: cuestiones y tramitación procesal general», *Legal Today*, [en línea]: <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-incidente-en-el-concurso-de-acreedores-cuestiones-y-tramitacion-procesal-general> [Consulta: 12 de mayo de 2020].

respectivos escritos sin que sea impugnada por ninguna de las partes. Lo mismo sucederá en caso de que se hayan aportado informes periciales y no sea necesaria la comparecencia del perito para la corroboración de su informe.

Por otro lado, si en la contestación a la demanda se planteasen cuestiones procesales por parte del demandado, o aquéllas fuesen promovidas por el actor a la vista de la contestación, y en los cinco días siguientes al traslado de la contestación a aquél, el juez resolverá estas cuestiones conforme a lo previsto en la LEC para el juicio ordinario.

4.1.2.2. Sentencia

Conforme al artículo 196.1 LC, el juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la finalización del juicio. Este plazo de diez días se entiende que debe contar desde la celebración de la vista, ya que en el caso de que ésta no se celebre, «el juez dictará sentencia sin más trámite» (artículo 194.4 LC, segundo párrafo)¹⁰¹.

El artículo 239.4 LC solamente habla de la sentencia anulatoria del acuerdo extrajudicial de pagos, cuando establece que ésta se publicará en el Registro Público Concursal. Ahora bien, como afirma GÓMEZ AMIGO¹⁰², cabe la posibilidad de que la impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos no vaya dirigida a la anulación del acuerdo. En primer lugar, en el caso de acreedores no convocados, éstos pueden impugnar el acuerdo con la pretensión de que se les incluya expresamente en la lista de acreedores afectados, para así poder beneficiarse de esa condición. En segundo lugar, puede ser que se impugne el acuerdo con fundamento en la infracción de las mayorías exigidas para la extensión del mismo a los acreedores con garantía real que no lo hubieran aceptado. En este supuesto, si el juez llega a la conclusión de que se han obtenido las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, pero no se han obtenido las necesarias para la extensión del mismo a los acreedores con garantía real disidentes, la sentencia no anulará el acuerdo, sino que únicamente anulará la extensión del mismo a dichos acreedores.

¹⁰¹ *Ídem*

¹⁰² GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 75.

El apartado 5 del artículo 239 LC señala que contra la sentencia que resuelva la impugnación del acuerdo cabrá recurso de apelación, que gozará de tramitación preferente.

Finalmente, en virtud del artículo 239.6, si se anula el acuerdo, se abrirá el concurso consecutivo previsto en el artículo 242 LC. Aunque el citado precepto no lo diga, como veremos en el apartado correspondiente, se entiende que el concurso consecutivo se abrirá si el deudor continúa en situación de insolvencia.

4.2. Efectos del acuerdo

En primer lugar, entre los efectos que produce el acuerdo extrajudicial de pagos destaca la protección frente a un eventual concurso del deudor. En este sentido, como señala el artículo 238.4 LC, el acuerdo extrajudicial de pagos que se haya aprobado con los requisitos y las mayorías exigidas en cada caso, no podrá ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior. Esto significa que en caso de que se produzca el concurso consecutivo del deudor por incumplimiento del acuerdo, y el deudor siga en estado de insolvencia, no cabrá ninguna acción rescisoria concursal contra el acuerdo. Esta protección, que ya estaba prevista para los acuerdos de refinanciación, fue introducida para los acuerdos extrajudiciales de pago con la reforma del año 2015¹⁰³.

En segundo lugar, se produce un efecto al que ya hemos aludido al tratar los efectos de la comunicación de la iniciación de negociaciones. Ahora bien, como ya no estamos en fase de negociaciones, sino que ya se ha aprobado el acuerdo, como veremos a continuación dicho efecto se consolida (ya no es temporal como ocurría en la fase de negociaciones) y puede llegar a extenderse sobre cualquier acreedor (si concurren las mayorías correspondientes que ya hemos visto en el apartado correspondiente) excepto a los de derecho público. En este sentido, como señala el artículo 240.1 LC, 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. Asimismo, el deudor podrá

¹⁰³ *Ibidem*, p. 62-63.

solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado¹⁰⁴.

En tercer lugar, como señala el artículo 240 LC en su apartado segundo, una vez aprobado el acuerdo, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado, es decir, conforme a las medidas incluidas en la propuesta de acuerdo.

Finalmente, los apartados tercero y cuarto del artículo 240 LC regulan los efectos del acuerdo sobre las relaciones entre acreedores afectados por el acuerdo por un lado, y obligados solidariamente con el deudor, sus fiadores y avalistas por otro lado. En este sentido, la ley distingue dos casos: a) que los acreedores no hayan aceptado el acuerdo (tercer apartado); b) que los acreedores hayan aceptado el acuerdo (cuarto apartado). En el primer supuesto, los acreedores mantendrán sus derechos frente a las personas obligadas solidariamente con el deudor, sus avalistas y sus fiadores. En el segundo supuesto, las relaciones entre acreedor y estas personas se regirá según lo pactado en «la respectiva relación jurídica», es decir, según lo pactado en el negocio jurídico en virtud del cual dichas personas tienen la condición de obligado solidario, avalista o fiador¹⁰⁵.

4.3. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo

A la hora de hablar sobre el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, cobra una especial importancia la figura del mediador concursal, ya que éste es quien se encarga de supervisar dicho cumplimiento. Esto es lo que se desprende del primer apartado del artículo 241 LC. Cabría preguntarse cuál es el alcance de la intervención del mediador concursal, ya que el citado precepto, únicamente dice «supervisar», sin realizar ninguna matización. Como señala DE VIVERO DE PORRAS¹⁰⁶, la supervisión no se limita exclusivamente al cumplimiento de los pagos, sino que también se extiende a los siguientes extremos, recogidos en la propuesta: a) seguimiento del plan de viabilidad; b) cumplimiento regular de las nuevas obligaciones; c) seguimiento del plan de continuación de la actividad profesional o empresarial; d) cumplimiento del régimen de aplazamientos y/o fraccionamientos de los créditos de derecho público.

¹⁰⁴ AZNAR GINER, *op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁵ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 313-314.

¹⁰⁶ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 316.

A continuación, el apartado segundo del citado artículo establece que si el acuerdo se cumple en su integridad, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial, que deberá publicarse en el Registro Público Concursal. Por el contrario, si el acuerdo no se cumple, en virtud del apartado tercero del artículo 241 LC, el mediador deberá instar el concurso consecutivo del deudor. En este caso la propia ley presume que el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

Nada establece la norma sobre cómo comprobará, el mediador concursal, el cumplimiento o incumplimiento por parte del deudor a los efectos de solicitar o no el concurso consecutivo. A falta de previsión legal, como señala DÍAZ ECHEGARAY¹⁰⁷, el deudor deberá poner a disposición del mediador información tendente a justificar el cumplimiento, como pueden ser por ejemplo comprobantes de pago, así como permitirle acceder a datos contables que le permitan desarrollar su función de supervisión. Este acceso a los datos contables al que se refiere el autor evidentemente se deberá llevar a cabo con mucha cautela teniendo en cuenta el carácter secreto de la contabilidad del empresario. Además, el mediador se dirigirá a los acreedores que consten en la lista para que le informen sobre el cumplimiento. Por otro lado, DE VIVERO DE PORRAS¹⁰⁸ considera que lo lógico será otorgar al deudor la posibilidad de oponerse. Es decir, para esta autora, una vez el mediador solicite el concurso del deudor, a éste se le debe posibilitar una vía para demostrar que ha habido un cumplimiento íntegro del acuerdo.

4.4. Concurso consecutivo: especialidades

A lo largo de este trabajo hemos ido viendo que en determinados casos el deudor se ve obligado a acudir al concurso consecutivo. Éste es un tipo de concurso de acreedores que presenta ciertas particularidades. La primera de estas particularidades son los motivos o presupuestos que abren la vía al concurso consecutivo. En este sentido, si acudimos al primer apartado del artículo 242 LC, éste señala que se considera concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores como consecuencia de: a) la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; b) el

¹⁰⁷ DÍAZ ECHEGARAY, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁸ DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 331.

incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado; c) anulación del acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado. En este último caso es preciso señalar que el concurso consecutivo no se declarará a solicitud de nadie, ya que el propio artículo 239.6 LC establece que la anulación del concurso del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242. Es decir, teniendo en cuenta que el mismo juez que anule el acuerdo será el competente para declarar el concurso, una vez anule el acuerdo declarará de oficio el concurso consecutivo. Por último, aunque el artículo 242 no lo diga expresamente, como destaca CAMPUZANO LAGUILLO¹⁰⁹, el estado de insolvencia es un presupuesto necesario para la declaración del concurso consecutivo. Esta cuestión fue planteada ante la audiencia Provincial de Barcelona, la cual, en Sentencia 1897/2019, de 21 de octubre, resolvió que carecería de sentido iniciar un concurso sin la concurrencia de insolvencia del deudor.

A continuación, el apartado 2 establece que el concurso consecutivo se regirá por el procedimiento abreviado¹¹⁰, con una serie de especialidades que expondremos brevemente a continuación.

En primer lugar, en el concurso consecutivo el cargo administrador concursal recaerá sobre el mediador concursal, salvo justa causa (artículo 242.2, 2ª). El nombramiento de dicho cargo lo hará el juez en el auto de declaración de concurso. En todo caso, el ahora administrador concursal no podrá percibir más retribución que la que se hubiera fijado en el expediente de mediación extrajudicial. No obstante, teniendo en cuenta que el concurso consecutivo tiene diferente naturaleza jurídica que la mediación concursal, el mediador que ahora será administrador concursal no estará sujeto al principio de confidencialidad propio de la mediación.

En segundo lugar, cuando la solicitud de concurso provenga del mediador concursal o del deudor, estos deberán acompañar la misma de una propuesta anticipada de convenio o un

¹⁰⁹ Ana Belén CAMPUZANO LAGUILLO, «La concurrencia de insolvencia para la declaración del concurso consecutivo», *NVNTIA, las noticias de Dictum*, [en línea]: <https://dictumabogados.com/nvntia-las-noticias-de-dictum/la-concurrencia-de-insolvencia-para-la-declaracion-del-concurso-consecutivo/21087> [Consulta: 25 de mayo de 2020]

¹¹⁰ El procedimiento abreviado de concurso de acreedores, regulado en los artículos 190 LC, está previsto para aquellos casos que no revistan especial complejidad.

plan de liquidación, que se regirán por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V respectivamente. Sin embargo, la propuesta anticipada de convenio no tiene sentido cuando el deudor sea persona natural no empresario, ya que su concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación (*ex. Artículo 242 bis.1, número 10º*). En cuanto a la propuesta anticipada de convenio, si éste es admitido a trámite, se seguirá la tramitación contenida en el artículo 191 bis. En caso de inadmisión se abrirá la fase de liquidación debiendo regirse por lo dispuesto en el Título V de la LC. También se abrirá dicha fase de liquidación en los siguientes casos: a) si el deudor o el mediador han solicitado la liquidación; b) falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio. Por último, si el deudor no hubiera presentado un plan de liquidación, deberá hacerlo el administrador concursal (normalmente el mismo mediador) en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación.

Asimismo, cuando la solicitud provenga del mediador concursal, deberá incluir, además, el informe de la administración concursal al que se refiere el artículo 75 LC, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95 LC, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias. Cabe decir también que este informe podrá ser impugnado por cualquiera de los acreedores en el plazo establecido en el artículo 96 LC, siguiendo los trámites previstos en el artículo 191.4 para el procedimiento abreviado (artículo 242.1 6ª LC). Cuando se trate de concurso de persona natural, el mediador deberá pronunciarse además sobre la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 178 bis para la exoneración del pasivo insatisfecho, o en su caso sobre la apertura de la sección de calificación. Por otro lado, si el cargo de administrador concursal lo desempeñase persona distinta del mediador concursal, o la solicitud la presentase el propio deudor o un acreedor, el informe al que se refiere el artículo 75 LC se deberá presentar dentro de los diez días posteriores a la expiración del plazo de comunicación de créditos. No obstante, el hecho de que el concurso se haya iniciado por solicitud de los acreedores no impide al deudor presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación, que lo podrá hacer en el plazo de quince días desde la declaración del concurso¹¹¹.

¹¹¹ GÓMEZ AMIGO, *op. cit.*, p. 108.

En tercer lugar destaca el tratamiento de los gastos del expediente extrajudicial, que en el concurso consecutivo tendrán la consideración de créditos contra la masa, igual que los créditos que en virtud del artículo 84 LC tengan tal consideración y habiéndose originado durante el procedimiento extrajudicial no se hubiesen satisfecho (artículo 242.2, 3ª).

En cuarto lugar, el concurso consecutivo presenta una especialidad respecto al plazo para determinar los actos rescindibles. Para entender esto, primero debemos recordar el artículo 71.1 LC, que dispone: «Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta». Este plazo de dos años, en el concurso consecutivo no se contará desde la declaración del concurso, sino que desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, Notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Esto puede resultar muy beneficioso para el deudor, ya que desde la mencionada solicitud hasta el concurso consecutivo puede pasar mucho tiempo¹¹².

En quinto lugar, los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo no necesitaran solicitar el reconocimiento de los mismos previsto en el artículo 86 LC (artículo 242.1, 5ª LC)¹¹³.

La última especialidad prevista para el concurso consecutivo que merece ser destacada es la relativa a la exoneración del pasivo insatisfecho del deudor persona natural. En este sentido, tratándose de deudor persona natural, si el concurso se califica como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 178 bis (artículo 242.1, 9ª LC). Respecto a estos requisitos del artículo 178 bis, el objeto de este trabajo no permite analizar cada uno de ellos. No obstante, expondremos la problemática surgida en torno a uno de estos requisitos. El apartado tercero del artículo 178 bis recoge como requisito principal la buena fe por parte del deudor, entendiéndose que concurre ésta si se cumplen unas condiciones que enumera. La problemática a la que aludíamos se vincula

¹¹² DE VIVERO DE PORRAS, *op. cit.*, p. 339-340.

¹¹³ *Ibidem*, p. 337.

a la condición prevista en el número 3º de dicho apartado, que establece que será necesario que el deudor haya celebrado, o al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Precisamente, la cuestión que da lugar a problemas es: ¿cuándo se entiende que se ha intentado celebrar el acuerdo? Algunos juzgados de Primera instancia (por ejemplo, el Juzgado de Primera Instancia nº 47 de Madrid en auto de 14 de noviembre de 2018) han llegado a entender que el deudor no había intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos cuando, admitida su solicitud por el notario, posteriormente ningún mediador (de 4 que intentó designar el notario) aceptó el cargo. Por lo tanto, éste deudor persona natural no empresario se vio privado al beneficio del pasivo insatisfecho. Comparto la opinión de DE LA MORENA SANZ¹¹⁴, que como bien señala es muy difícil admitir esta interpretación. Esto es así porque lo único que depende de la voluntad del deudor es presentar la solicitud al notario, cumpliendo los requisitos legales. Y una vez se admite dicha solicitud, si ningún mediador acepta el cargo es muy injusto privar al deudor del beneficio del pasivo insatisfecho cuando la no celebración del acuerdo no ha dependido de su voluntad.

¹¹⁴ Gregorio DE LA MORENA SANZ, «¿Qué se debe entender por “intentado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos”?», *De la Morena Abogados*, [en línea]: <http://delamorena.net/que-se-debe-entender-por-intentado-un-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/> [Consulta: 27 de mayo de 2020].

CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era estudiar el Acuerdo Extrajudicial de Pagos como una institución preconcursal, es decir, como una forma alternativa al concurso de acreedores que permita al deudor afrontar su situación de insolvencia patrimonial. Para alcanzar dicho objetivo, antes de todo ha sido necesaria la aproximación, mediante la consulta de diversas fuentes, al concepto de insolvencia patrimonial y a la institución del concurso de acreedores como una solución a dicha insolvencia. A continuación hemos visto cómo ha evolucionado el sistema concursal español, con la regulación y sofisticación gradual de los denominados mecanismos o instituciones preconcursales, como es el acuerdo extrajudicial de pagos. En las siguientes líneas intentaré plasmar sobre el papel las conclusiones a las que he llegado con la realización de este trabajo:

- I. En primer lugar se puede decir que desde la aprobación de la Ley Concursal ha habido un avance positivo por parte del legislador en la búsqueda de mecanismos que permitan la satisfacción de los acreedores sin olvidar la conservación de la actividad del deudor. Esta búsqueda se plasmó primero en la regulación de los acuerdos de refinanciación en el año 2009, y más tarde con la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos en el año 2013.
- II. En segundo lugar, en relación con el acuerdo extrajudicial de pagos, se ha podido constatar que éste, a diferencia de los acuerdos de refinanciación, es un instrumento más adecuado para deudores de pequeñas dimensiones económicas. En mi opinión es una opción acertada limitar el acuerdo extrajudicial de pagos a aquellos supuestos que no presenten una gran complejidad. No obstante, creo que en la regulación actual del acuerdo extrajudicial de pagos se limita demasiado su ámbito de aplicación subjetiva. Concretamente creo que en el caso del deudor persona física el límite consistente en que el pasivo inicial haya de ser inferior a cinco millones de euros se podría ampliar para así posibilitar el acceso a esta institución a un mayor número de deudores. Evidentemente esto no debe consistir en permitir el acceso a cualquier deudor insolvente, ya que si se hiciera esto se desnaturalizaría el acuerdo extrajudicial de pagos, que se caracteriza por esas notas de sencillez, celeridad y

flexibilidad en su tramitación. Con la ampliación me refiero, por ejemplo, a que se podría establecer el límite del pasivo en diez millones de euros.

- III. En tercer lugar, se hace patente la preocupación del legislador por ofrecer una mayor protección a los acreedores que tengan una garantía real. Esta preocupación se manifiesta durante todas las fases del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos. Por ejemplo, cuando un acreedor sin garantía real convocado a la reunión no acude a la misma, corre el riesgo de que en un posterior concurso sus créditos sean degradados a la categoría de subordinados. Sin embargo, cuando se trata de un acreedor con garantía real, aunque éste no acuda a la reunión pese a haber sido convocado, sus créditos no serán degradados a la categoría de subordinados si posteriormente se abre el concurso de acreedores. Otro ejemplo lo encontramos en sede de la extensión subjetiva del acuerdo. Como se ha visto, si un acreedor con garantía real no ha aceptado el acuerdo alcanzado, para que éste le afecte en la parte de su crédito que exceda de la garantía real, se requieren unas mayorías cualificadas. En mi opinión es lógico que éste tipo de acreedores gocen de una mayor protección, ya que si se les equiparara con el resto de acreedores (sin garantía real), sería un claro desincentivo, consiguiendo que aquéllos rehusaran participar en este tipo de acuerdos.
- IV. En cuarto lugar, merece una valoración positiva la introducción, en el año 2015, del formulario normalizado para solicitar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Este formulario facilita en gran medida la labor del deudor, y al mismo tiempo reduce las posibilidades de que su solicitud se vea inadmitida por deficiencias formales.
- V. En quinto lugar, en mi opinión merece una valoración negativa la exclusión de los acreedores de derecho público del ámbito de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos, que no podrán verse afectados por éste. Entiendo que igual que se ha hecho con los acreedores con garantía real, se podría extender los efectos del acuerdo a los acreedores de derecho público sometiendo dicha extensión a unos requisitos más exigentes y adaptados a la naturaleza de este tipo de acreedores. Recordemos que estos acreedores suponen una carga importante para el deudor, que entiendo se

debería de tener en cuenta por parte del legislador al regular el acuerdo extrajudicial de pagos.

- VI. En sexto lugar me gustaría referirme a las medidas que puede contener la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos. La reforma del año 2015 supuso una gran mejora en este aspecto, ya que amplió notablemente la lista contenida en la Ley Concursal antes del 2015. En este sentido introdujo como nuevas medidas posibles, entre otras: la cesión de bienes o derechos en pago de la deuda, la conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, etc. Otro aspecto positivo de la reforma del año 2015 es que en la regulación actual, a diferencia de la vigente hasta aquella reforma, las quitas pueden ser superiores al 25% del pasivo, siempre que concurren las mayorías correspondientes. Esto refuerza la virtualidad práctica del acuerdo extrajudicial de pagos, permitiendo adoptar medidas que realmente ayuden al deudor a evitar la liquidación.
- VII. En séptimo lugar cabe hacer mención a un aspecto que afecta de manera negativa a la regulación del acuerdo extrajudicial de pagos: la falta de concreción por parte del legislador. A continuación expondré dos ejemplos que muestran esta afirmación. En primer lugar, resulta muy criticable el hecho que el legislador no se haya ocupado de concretar cuándo se entiende intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. Ya hemos visto que esto genera problemas a la hora de decidir si se ha cumplido uno de los requisitos para poder beneficiarse de la exoneración del pasivo insatisfecho. En segundo lugar, tampoco me parece acertada la remisión que se hace en el segundo párrafo del artículo 233.1 a la normativa de expertos independientes. Creo que nada obsta a que el legislador realice una regulación más detallada sobre el mediador concursal, teniendo en cuenta que este personaje juega un papel muy importante en el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Esta falta de concreción podría haberse resuelto en el reciente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Recordemos que una de las finalidades que se persigue con los Textos Refundidos es aclarar y concretar el contenido de la norma que pasa a formar parte del texto refundido. Sin embargo, el nuevo texto refundido no cumple este objetivo en relación con el acuerdo extrajudicial de pagos.

Expuestas las anteriores conclusiones, se puede afirmar que en principio, el acuerdo extrajudicial de pagos puede ser una alternativa razonable que permita a las PYMES y también a consumidores a afrontar su insolvencia y salir adelante, evitando así el concurso de acreedores. Asimismo, bajo ciertos requisitos abre el paso para que el deudor persona física pueda optar al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso consecutivo. Ahora bien, todavía quedan aspectos a mejorar para que esta figura supere el plano teórico y tenga verdadera eficacia en la práctica.

Para acabar, la realización de este trabajo, en general, merece una valoración positiva, ya que se puede decir que se han alcanzado los objetivos propuestos en un momento inicial. Solamente me gustaría haber podido analizar más en profundidad la figura del concurso consecutivo, aunque ello habría supuesto exceder el objeto de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS VARONA, Francisco Javier. «Instituciones Preconcursoales. Responsabilidad De Administradores Sociales Y Concurso. ¿Dónde está y hacia dónde se dirige el Derecho Español?». *Revista e-Mercatoria*, diciembre de 2011, vol. 10, núm. 2.

AZNAR GINER, Eduardo. *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. 2ª edición. Valencia: ed. Tirant lo Blanch, marzo de 2016, 228p. ISBN 978-84-9119-652-5.

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. «La “unidad legislativa” concursal», *Legal Today*, [en línea]. España: *Legal Today*, febrero de 2010. Disponible en: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/la-unidad-legislativa-concursal>>. [Consulta: 5 de abril de 2020].

CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén. «La concurrencia de insolvencia para la declaración del concurso consecutivo», [en línea]. España: *NVNTIA, las noticias de Dictum*, noviembre de 2019. Disponible en: <<https://dictumabogados.com/nvntia-las-noticias-de-dictum/la-concurrencia-de-insolvencia-para-la-declaracion-del-concurso-consecutivo/21087>> [Consulta: 25 de mayo de 2020].

DE LA CUESTA RUTE, José María. «Los acuerdos previos al concurso (y VII). El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP)», [en línea]. España: *Blog Núñez González y Rodríguez Abogados*, julio de 2015. Disponible en: <<https://www.ngrabogados.com/los-acuerdos-previos-al-concurso-y-vii-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-aep/>> [Consulta: 2 de mayo de 2020].

DE LA MORENA SANZ, Gregorio. «¿Qué se debe entender por “intentado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos”?», [en línea]. España: *De la Morena Abogados*, noviembre de 2018. Disponible en: <<http://delamorena.net/que-se-debe-entender-por-intentado-un-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/>> [Consulta: 27 de mayo de 2020].

DE VIVERO DE PORRAS, María del Carmen. *Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia*. 1ª edición. Valencia: ed. Tirant lo Blanch, mayo de 2017, 354p. ISBN 9788491197928.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *El acuerdo extrajudicial de pagos*. 1ª edición. Madrid: ed. Civitas, noviembre de 2014, 217p. ISBN 978-84-470-4967-7.

GÓMEZ AMIGO, Luis. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2016. 1ª edición. Madrid: ed. Reus, 2016, 144p. ISBN 978-84-290-1939-1.

GURREA MARTÍNEZ, Aurelio. «El derecho concursal en España: el problema de un sistema mal entendido». *Revista E-Dictum*, julio de 2016, núm. 55.

LORENTE LARA, Marina. «Acuerdo Extrajudicial de Pagos (V). ¿Cómo se compagina la solicitud de AEP con la comunicación del art. 5 bis de la Ley Concursal o preconcursos?», [en línea]. España: *Blog Garrigues*, mayo de 2017. Disponible en: <http://blog.garrigues.com/acuerdo-extrajudicial-de-pagos-v-como-se-compagina-la-solicitud-de-aep-con-la-comunicacion-del-art-5-bis-de-la-ley-concursal-o-preconcurso/> [Consulta: 19 de abril de 2020].

LORENTE LARA, «El Acuerdo Extrajudicial de Pagos (IV): Ámbito de paralización de las ejecuciones contra el patrimonio de deudor», [en línea]. España: *Blog Garrigues*, mayo de 2017. Disponible en: <http://blog.garrigues.com/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-iv-ambito-de-paralizacion-de-las-ejecuciones-contra-el-patrimonio-de-deudor/> [Consulta: 21 de abril de 2020].

MARTÍN MOLINA, Pedro B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José María; LOPO LÓPEZ, María Antonia (coords.). *La Ley concursal y la mediación concursal. Un estudio conjunto realizado por especialistas*. 1ª edición. Madrid: ed. Dykinson, 2014, 512p. ISBN 978-84-9031-994-9.

MARTÍNEZ SANZ, Ferenando. *Manual de derecho mercantil*, Vol. II. 26ª edición. Madrid: ed. Tecnos, 2010, 684 p. ISBN 978-84-309-7753-6.

MERINO ESPINAR, María Belén. «Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad». *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, enero-marzo de 2015, vol. II, núm. 1.

MORILLAS, María José; PERALES VISCASILLAS, Pilar; PORFIRIO CARPIO Leopoldo José (dirs.). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe: ed. Universidad Carlos III de Madrid, 2015, 2131 p. ISBN 978-84-89315-79-2.

MOYA BALLESTER, Jorge. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*. 1ª edición. Valencia: ed. Tirant lo Blanch, febrero de 2017, 256p. ISBN 9788491432074.

PUIGSERVER ASOR, Carlos; ADAN DOMENECH, Federico. *La aplicación práctica de la segunda oportunidad: problemas y respuestas*. 1ª edición. Barcelona: ed. J.B. Bosch, 2019, 186p. ISBN 978-84-949922-3-0.

SÁNCHEZ-CALERO, Juan; GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (dirs.). *Comentarios a la legislación concursal*, Vol. I. 1ª edición. Valladolid: ed. Lex Nova, 2004, 4272p. ISBN 84-8406-603-7.

SÁNCHEZ LINDE, Mario. «El incidente en el concurso de acreedores: cuestiones y tramitación procesal general», [en línea]. España: *Legal Today*, junio de 2015. Disponible en: <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-incidente-en-el-concurso-de-acreedores-cuestiones-y-tramitacion-procesal-general>> [Consulta: 12 de mayo de 2020].

SENDRA ALBIÑANA, Álvaro. *El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho*. 1ª edición. Valencia: ed. Tirant lo Blanch, febrero de 2018, 287p. ISBN 9788491696148.

SENÉS MOTILLA, Carmen. «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?». *Revista de Derecho Civil de Notarios y Registradores*, enero-marzo de 2014, vol. I, núm. 1.

SOLETO MUÑOZ, Helena. «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil». *ICADE: Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, mayo-agosto de 2016, núm.98.