



## LA MEDIACIÓN EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Alba Sánchez Corredor

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



## **La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos.**

---

Alba Sánchez Corredor.



**TESIS DOCTORAL**

**2018**

Alba Sánchez Corredor

# **LA MEDIACIÓN CONCURSAL EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

TESIS DOCTORAL

Dirigido por el Dr. Pablo Girgado Perandones

Departament de Dret Privat, Processal i Financer



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

**Tarragona**

**2018**

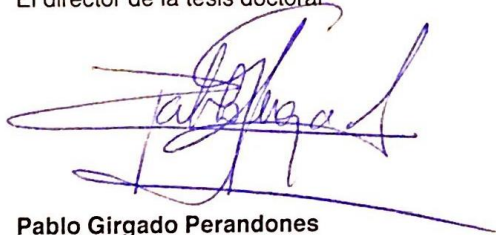


PABLO GIRGADO PERANDONES, Doctor en Derecho Mercantil en esta universidad.

HAGO CONSTAR que este trabajo, titulado "*La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos*", que presenta la Sra. Alba Sánchez Corredor para la obtención del título de Doctora, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de esta universidad.

Tarragona, a 10 de diciembre de 2018

El director de la tesis doctoral



**Pablo Girgado Perandones**

## ABREVIATURAS

<i>ADCo</i>	<i>Anuario de Derecho Concursal</i>
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
Cdc	Código de Comercio
CComm	Code de Commerce
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EEMM	Estados Miembros
EM	Estado Miembro
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LM	La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LO	Ley Orgánica
LSC	Ley de Sociedades de Capital
Núm.	Número
ODR	<i>Online Dispute Resolution</i>
p.	Página
pp.	Páginas
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal</i>
<i>RDS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
ss.	Siguientes
UE	Unión Europea

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>11</b>
<b>1.1. Presentación</b> .....	<b>11</b>
<b>1.2. Resumen</b> .....	<b>14</b>
<b>1.3. Estructura</b> .....	<b>18</b>
<b>1.4. Metodología</b> .....	<b>20</b>
<b>CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA</b> .....	<b>21</b>
<b>1.1. Situación previa a la Ley Concursal 22/2003</b> .....	<b>21</b>
<b>1.2. Ley Concursal 22/2003</b> .....	<b>21</b>
<b>1.3. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal</b> .....	<b>24</b>
<b>1.4. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio</b>	<b>26</b>
<b>1.5. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles</b> .....	<b>28</b>
<b>1.6. Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización</b> .....	<b>31</b>
<b>1.7. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad</b> .....	<b>37</b>
<b>1.8. Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social</b> .....	<b>40</b>
<b>1.9. Valoración conjunta de las reformas concursales y necesidades no cubiertas</b> .....	<b>42</b>
<b>2. Derecho comparado</b> .....	<b>47</b>
2.1. Francia .....	49
2.2. Bélgica.....	52
2.3. Alemania .....	54
2.3.1. Opción alemana versus opción británica .....	54
2.3.2. "Schutzschirm", "debtor in possession" y plan de insolvencia en Derecho Alemán.....	55
2.4. Reino Unido .....	59
2.4.1. Los "Schemes of Arrangements" del Derecho Inglés .....	60
2.4.2. Procedimiento de un "scheme of arrangement" y mecánica negociadora .	62
2.4.3. Contenido de los "schemes of arrangement" .....	64
2.5. Recapitulación.....	66
<b>CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN CONCURSAL</b> .....	<b>71</b>
<b>2.1. Introducción</b> .....	<b>71</b>
<b>2.2. Concepto, clases y notas características</b> .....	<b>73</b>
2.2.1. La mediación dentro de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos .....	73
2.2.2. Clases de mediación .....	77
2.2.3. Etapas genéricas de la mediación.....	78
2.2.4. La definición del mediador en la Ley Concursal .....	78
<b>2.3. Naturaleza jurídica</b> .....	<b>81</b>
2.3.1. Naturaleza híbrida .....	81
2.3.2. Diferencias respecto al mediador tradicional .....	89

2.3.3. Resumen.....	99
<b>2.4. Requisitos.....</b>	<b>101</b>
2.4.1. Persona natural y persona jurídica .....	101
2.4.2. Requisitos del mediador concursal.....	104
2.4.3. Inscripción en el Registro.....	108
2.4.4. Seguro de responsabilidad civil.....	109
<b>2.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones .....</b>	<b>111</b>
<b>2.6. Funciones del mediador concursal .....</b>	<b>115</b>
2.6.1. Actividad negociadora.....	116
2.6.2. Convocatoria de acreedores y aprobación del plan.....	117
2.6.2. Cumplimiento y supervisión del plan.....	119
2.6.3. El concurso consecutivo.....	119
2.6.4. Otras funciones de colaboración e información.....	121
<b>2.7. El procedimiento de la mediación concursal .....</b>	<b>125</b>
2.7.1. Nombramiento del mediador concursal .....	125
2.7.1.1. Condiciones subjetivas .....	126
2.7.1.2. Solicitud del deudor.....	127
2.7.1.3. Aceptación del mediador concursal.....	130
2.7.2. Inicio del proceso .....	132
2.7.3. La propuesta del mediador concursal.....	133
2.7.4. Finalización de la mediación.....	135
<b>2.8. Publicidad de la designación del mediador concursal .....</b>	<b>138</b>
<b>2.9. Responsabilidad del mediador concursal .....</b>	<b>143</b>
<b>2.10. Retribución del mediador concursal .....</b>	<b>145</b>
<b>CAPÍTULO III: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.....</b>	<b>151</b>
<b>3.1. Introducción .....</b>	<b>151</b>
<b>3.2. Acuerdos de refinanciación y AEP .....</b>	<b>154</b>
3.2.1. Evolución normativa .....	154
3.2.2. Características y modalidades de acuerdos de refinanciación .....	156
3.2.3. Diferencias y analogías entre AEP y acuerdos de refinanciación .....	158
3.2.4. Incompatibilidad entre acuerdos de refinanciación y AEP .....	165
<b>3.3. Naturaleza jurídica y caracteres.....</b>	<b>166</b>
<b>3.4. Presupuestos subjetivo y objetivo del AEP.....</b>	<b>169</b>
3.4.1. Presupuesto objetivo .....	170
3.4.1.1. Insolvencia.....	171
3.4.1.2. Regularidad del cumplimiento.....	173
3.4.1.3. Insolvencia no implica desbalance .....	176
3.4.2. Presupuesto subjetivo .....	181
3.4.2.1. Acreedores .....	181
3.4.2.2. Deudores.....	185
3.4.2.2.1. El deudor persona natural .....	187
3.4.2.2.2. Los consumidores .....	191
3.4.2.2.3. Las personas jurídicas .....	196
3.4.3. Exclusiones.....	201
<b>3.5. Procedimiento del AEP.....</b>	<b>211</b>

3.5.1. Inicio del procedimiento.....	211
3.5.1.1. Solicitud del deudor y nombramiento del mediador concursal .....	211
3.5.1.2. Contenido de la solicitud y efectos de su presentación .....	220
3.5.2. Efectos de la iniciación del expediente “acuerdo extrajudicial” .....	224
3.5.3. Desarrollo del procedimiento del AEP.....	227
3.5.3.1. Convocatoria de los acreedores .....	228
3.5.3.2. La reunión de los acreedores .....	235
3.5.3.2.1. Deber de asistencia .....	235
3.5.3.2.2. Desarrollo de la reunión.....	241
3.5.3.2.3. Quórum de asistencia.....	243
3.5.3.3. Votación.....	246
3.5.3.4. Aceptación del plan de pagos .....	246
3.5.4. El contenido y la aprobación del AEP .....	248
3.5.4.1. Objeto del AEP .....	248
3.5.4.2. Límites del AEP.....	252
3.5.5. Efectos de la aprobación del AEP .....	256
3.5.6. Requisitos formales .....	259
3.5.7. La publicidad del acuerdo .....	260
3.5.8. Tratamiento de créditos de derecho público en caso de AEP .....	262
<b>3.6. La impugnación del AEP.....</b>	<b>264</b>
3.6.1. Legitimación.....	264
3.6.2. Plazo de impugnación .....	267
3.6.3. Competencia y motivos de impugnación .....	269
3.6.3.1. Falta de la concurrencia de las mayorías exigidas.....	271
3.6.3.2. Superación de los límites del art. 236.1 .....	271
3.6.3.3. Desproporción de las medidas acordadas.....	272
3.6.4. Tramitación de la impugnación.....	273
3.6.5. Efectos de la impugnación y de la no impugnación.....	277
<b>3.7. La rescisión concursal del AEP .....</b>	<b>278</b>
<b>3.8. El ejercicio de la acción pauliana .....</b>	<b>282</b>
<b>3.9. Formas de finalización del AEP.....</b>	<b>284</b>
3.9.1. Aprobación .....	284
3.9.2. El concurso consecutivo .....	288
3.9.2.1. Definición .....	288
3.9.2.2. Legitimación activa y causalidad del concurso consecutivo .....	292
3.9.2.3. Especialidades del concurso consecutivo .....	295
3.9.2.4. Procedimiento.....	305
3.9.2.5. Publicidad .....	306
3.9.2.6. Recursos.....	307
3.9.2.7. Responsabilidad del mediador ante la no solicitud del concurso .....	307
3.9.3. Conclusión por insuficiencia de la masa activa .....	308
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>318</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>322</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>335</b>



<b>ANEXO I. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN. CONCURSOS DE PERSONAS NATURALES NO EMPRESARIOS PRESENTADOS POR PROVINCIAS. ....</b>	<b>335</b>
<b>ANEXO II. FORMULARIO DE SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL.....</b>	<b>337</b>

## **ÍNDICE DE TABLAS**

<b>Tabla 1. Clasificación de procedimientos en el Derecho Comparado .....</b>	<b>68</b>
<b>Tabla 2. Porcentajes aplicables para la determinación de los derechos de los administradores profesionales en la fase común .....</b>	<b>146</b>
<b>Tabla 3. Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso. 4º trimestre de 2016.....</b>	<b>195</b>

## **ÍNDICE DE GRÁFICOS**

Gráfico 1. Evolución de los deudores concursados (2007 – 2017) .....	12
Gráfico 2. Juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción. Concursos de personas naturales no empresarios presentados por provincias.....	194

## INTRODUCCIÓN

### 1.1. Presentación

La presente tesis tiene por objeto el análisis del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante AEP), figura preconcursal introducida mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, así como la institución de la mediación concursal. También se realizará un análisis de las distintas instituciones preconcursales de otros países para tener una visión del derecho comparado.

La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, abarca un gran número de materias, con las que se pretende amparar y tutelar a los llamados “emprendedores”. Por estos se entiende a todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizan una actividad económica. Un término que, por tanto, es preferido al comerciante y al empresario y comprende al profesional y también al denominado fiscalmente como “autónomo”<sup>1</sup>.

El objetivo último del legislador es favorecer la actividad económica. Y para ello instaura una serie de incentivos en diversos ámbitos para que, quien tenga el objetivo de emprender una actividad de tal tipo, lo haga al amparo de los procedimientos previstos en la Ley Concursal (en adelante LC).

La crisis económica ha tenido unos efectos perversos principalmente es las clases medias y bajas de la sociedad española: cifras de desempleo nunca vistas anteriormente, falta de consumo y de crédito, impago de hipotecas, etc. La situación de recesión económica y la concesión de préstamos de manera irresponsable por parte de las entidades financieras ha supuesto un sobreendeudamiento de los usuarios y una situación de insolvencia permanente<sup>2</sup>.

---

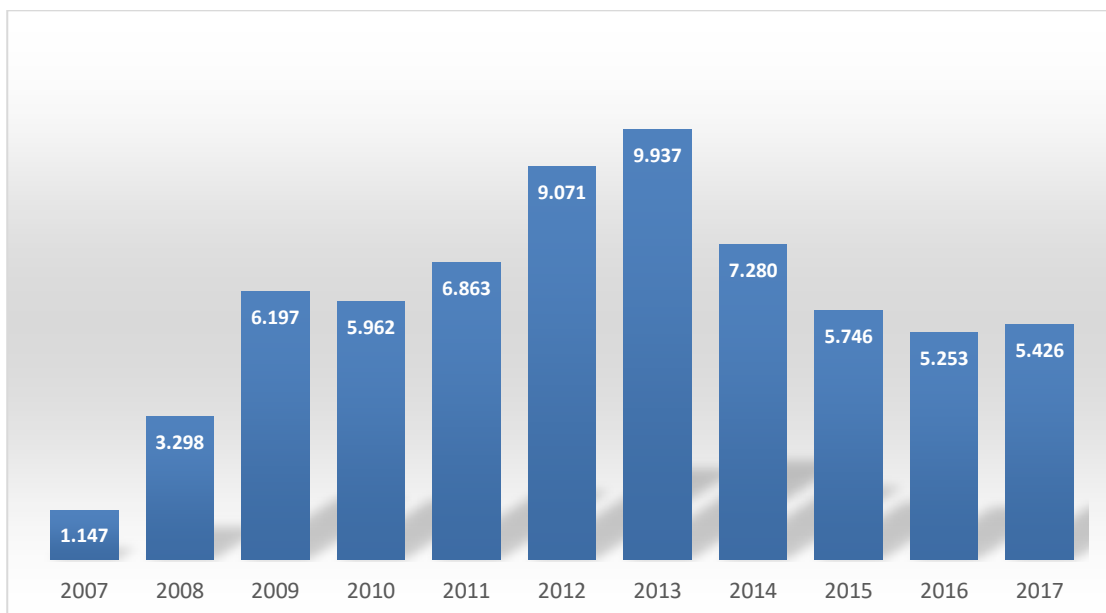
<sup>1</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8264, 2014, p. 1.

<sup>2</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”, *CDC*, núm. 63, 2015, pp. 109 y ss.

Un gran número de deudores se ha visto y se ve imposibilitado a hacer frente a sus obligaciones de forma sobrevenida y ajena a su voluntad, como consecuencia de diversas causas tales como una creciente tasa de paro y la dificultad de acceso al crédito, entre otros<sup>3</sup>.

Todos los efectos mencionados han afectado negativamente a personas físicas y a las empresas que han visto cómo sus ventas se han reducido durante este período. Para ello, basta con comprobar la evolución de los deudores concursados<sup>4</sup>, siendo el 2013 el año con el mayor número de concursados.

**Gráfico 1. Evolución de los deudores concursados (2007 – 2017)**



Fuente: elaboración propia a partir del INE<sup>5</sup>

<sup>3</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal”, *RDBB*, núm. 135, 2014, p. 233.

<sup>4</sup> Los deudores concursados incluyen las personas físicas sin actividad empresarial, las empresas personas físicas, las Sociedades Anónimas, las Sociedades de Responsabilidad Limitada, y otras empresas.

<sup>5</sup> INE, “Deudores concursados por naturaleza jurídica”, 2018. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3173>

Con estos datos, podemos sacar la conclusión de que el concurso ha pasado a ser una situación "normal" en el ciclo vital de los agentes económicos, frente a períodos anteriores a la crisis en los que era más raro que se diera (muchos menos deudores concursados).

Ello ha obligado a los poderes públicos a buscar soluciones que permitan encontrar un equilibrio entre los intereses de los acreedores, de los deudores (gran parte de los cuales ven afectado no sólo su patrimonio y futuro profesional o empresarial, sino incluso el personal, enfrentándose a un manifiesto riesgo de exclusión social) y del sistema económico en su conjunto (para el que resulta fundamental salvar y estimular el tejido empresarial, seriamente dañado en estos últimos años)<sup>6</sup>.

Por un lado, ello ha implicado un reforzamiento y modificación de las fórmulas negociales previas. A título ilustrativo, pensemos en el resurgir de la dación en pago o en la reciente y controvertida aplicación jurisprudencial de la doctrina *rebus sic stantibus*<sup>7</sup>. Por otro lado, ha dado lugar a la introducción en nuestro ordenamiento de nuevas fórmulas, preexistentes en el derecho comparado y que buscan proteger al deudor, brindándole una segunda oportunidad (es el caso, destacadamente, de la remisión de deudas consagrada en la LC a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización y, más recientemente, del RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial).

No obstante, es destacable que, en los últimos años, la mejora económica de las variables macroeconómicas de nuestro país, entre las que se encuentra el consumo interno como componente del PIB, ha hecho que los deudores concursados hayan descendido de 9.937 en 2013 a 5.131 en 2017 (último año del que se poseen datos)<sup>8</sup>.

Una de las líneas de acción recientes es la creación de una nueva pieza dentro del ámbito de la preconcursalidad (o de la desjudicialización de la solución de la situación de insolvencia). Esta nueva pieza se conoce como "Acuerdo Extrajudicial de Pagos", en sus

---

<sup>6</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., "La introducción del acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 233.

<sup>7</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., "La introducción del acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 233.

<sup>8</sup> INE, "Deudores concursados por tipo de concurso", 2018.

artículos 231 a 242 LC, y su éxito depende de la actividad del denominado “Mediador concursal”, término inexacto que produce confusión, como tendremos ocasión de analizar. Este sujeto, como veremos a continuación, deberá redactar el plan de pagos de los créditos pendientes, acompañado de un “plan de viabilidad” y un “plan de continuación” de la actividad profesional o empresarial del deudor, y al mismo tiempo, dispondrá de una “propuesta de negociación” de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor. Una vez que se alcance la mayoría, que más adelante veremos, se elevará a escritura pública el plan y se publicará en el Registro público concursal<sup>9</sup>.

La doctrina venía defendiendo la existencia de una fase previa al concurso hace más de dos décadas por el favorecimiento de los “convenios extrajudiciales preconcursales”<sup>10</sup>. Esta medida surgió con el objetivo de formar parte de los remedios preconcursales con los que contaban los empresarios<sup>11</sup> que se encuentran en situación de insolvencia y estaba en consonancia con las modificaciones realizadas en la LC relativa a las normas sobre refinanciación y con la creación de la denominada fase preconcursal o fase de negociación reguladas en el art. 5 bis de la mencionada norma<sup>12</sup>. Ahora, la Ley 25/2015 modifica tales preceptos, tal como se expone en el presente trabajo.

## 1.2. Resumen

El AEP es un mecanismo que permite al deudor recurrir a la intervención de un tercero denominado mediador concursal, a fin de evitar el concurso. En el contexto de la puesta en marcha de medidas para la recuperación de la grave crisis en la que se encuentra la economía española, aparece esta figura híbrida entre el mediador y el administrador concursal. El mediador concursal es el nuevo órgano que ha creado el legislador para reforzar el acuerdo entre deudor y acreedores en la fase preconcursal a través de un

---

<sup>9</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit., p. 1.

<sup>10</sup> ROJO, Á., “La reforma del derecho concursal español”, *La reforma de la legislación concursal*, ROJO (Dir.), Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 107 y ss.

<sup>11</sup> En el año 2009 se inició en Derecho Español la regulación y protección de los acuerdos preconcursales de refinanciación que el deudor podía alcanzar extrajudicialmente con sus acreedores.

<sup>12</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. cit., pp. 109 y ss.

acuerdo extrajudicial de pagos<sup>13</sup>.

Esta figura se creó con la correspondiente modificación de la regulación concursal a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se le dotó de publicidad registral con inscripción obligatoria para el desempeño de su labor por el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Y se retocó posteriormente por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

La mediación concursal, en supuestos de insolvencia, tal y como veremos, no es mediación tal y como se concibe en la normativa reguladora intra y extra judicial, entendida como sistema alternativo de solución de conflictos pura y simplemente. Estamos ante un sistema de gestión de supuestos de insolvencia en donde el objetivo final es evitar la declaración de concurso gracias a que la empresa consiga ser solvente y el proyecto viable<sup>14</sup>.

El mediador aparece a partir de la institución “Acuerdos Extrajudiciales de Pago”; y la institución se define en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización con el objetivo de “garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar”.

El AEP se encuentra regulado en el Título X de la LC. Los requisitos para alcanzar un AEP son los siguientes: en primer lugar, que el deudor persona natural o jurídica se encuentre en situación de insolvencia, actual o inminente (art. 2 LC); en segundo lugar, que prevea que no podrá hacer frente a sus obligaciones y, por último, que el pasivo no

---

<sup>13</sup> ANGUITA RÍOS, R.M., “El viacrucis del notario”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 38, 2015, p. 12.

<sup>14</sup> SANJUÁN MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, *Diario La Ley*, núm. 8230, 2014, p. 2.



supere los cinco millones de euros. El procedimiento lo inicia el propio deudor mediante una solicitud, denominada instancia, dirigida al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

En la instancia, el deudor especificará el dinero, los activos líquidos, sus bienes y los derechos que ostenta, además de los ingresos regulares previstos. Además, debe de incluir un listado con la relación de sus acreedores, en el que se detallará la cuantía y los vencimientos de sus créditos y se indicarán aquellos que sean titulares de créditos con garantía real o créditos de derecho público. Asimismo, una relación con los contratos vigentes, y otra, que contenga los gastos mensuales previstos.

A continuación, el notario o el registrador mercantil deberá de designar al mediador concursal. El mediador concursal deberá de reunir los requisitos que establecidos por la Ley 5/2012, de Mediación. Asimismo, deberá de estar inscrito en la Lista del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que se publica en el portal correspondiente del BOE.

El notario o registrador mercantil nombrará al mediador, quién deberá aceptar el cargo. La certificación de la aceptación del cargo será remitida a los Registros Públicos de bienes, al Registro Civil y a los demás registros que corresponda. Igualmente, comunicarán de oficio al juez competente para la declaración de concurso sobre la apertura de negociaciones y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal.

El mediador, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, comprobará la existencia y la cuantía de los créditos. En los dos meses siguientes convocará una reunión se celebrará en el domicilio del deudor, los asistentes serán el propio deudor y todos sus acreedores que puedan quedar afectados por el acuerdo. En la convocatoria se debe hacer constar que la finalidad de esta reunión es alcanzar un AEP.

El mediador concursal, al menos 20 días naturales previos a la celebración de la reunión, remitirá a los acreedores, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, con el consentimiento previo del deudor. Se puede establecer una espera que no podrá exceder los tres años, y una quita, que no podrá superar el 25% del

importe de los créditos<sup>15</sup>.

A este plan de pagos, se acompañará un plan de viabilidad, que contendrá una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones, y se incluirá una cantidad concreta en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y un plan de continuación de su actividad empresarial.

Necesariamente, se debe incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos del propio deudor. En este plan podrá proponerse a los acreedores la cesión de bienes en pago de deudas, y recogerá o una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en el caso en el que se contemple su pago en sus plazos de vencimiento. Los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o variar la propuesta de acuerdo inicial. Posteriormente, el mediador expedirá a los acreedores el plan de pagos y el plan de viabilidad aceptado por el deudor.

Para poder aprobar el AEP se necesitará el voto favorable de, al menos, el 60% del pasivo, o el 75% del pasivo si en el plan se recoge la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas. Si el plan de pagos se aprueba se elevará a escritura pública por el notario que inició el expediente. En el caso, que el expediente se hubiera iniciado por el registrador mercantil, se presentará copia de la escritura que contenga la aprobación del plan de pagos y se dará fin al cierre del expediente. El Acuerdo se publicará, asimismo, en el BOE, así como en el Registro público concursal por medio de un anuncio.

Uno de los efectos de la aprobación del AEP es que ningún acreedor podrá iniciar o continuar las ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Además, los créditos quedarán aplazados o condonados conforme con lo pactado en el AEP.

En el caso que el Plan no se apruebe, y el deudor continúe en estado de insolvencia, el mediador concursal solicitará la declaración de concurso consecutivo, aunque también podrá solicitar al juez que inste la conclusión del concurso por

---

<sup>15</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit., p. 7.

insuficiencia de la masa activa [pero no puede instar la conclusión si no lo ha declarado previamente]. Se daría en este caso el concurso consecutivo, que es aquel que se produce cuando el AEP ha fracasado. Este concurso nos indica que el deudor ha utilizado el procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, pero tal procedimiento no ha servido para satisfacer los derechos de éstos, bien sea por no haber sido posible el acuerdo, bien por haber sobrevenido el incumplimiento o la anulación de éste<sup>16</sup>.

Por tanto, podríamos determinar que el AEP es una figura preconcursal adecuada para el deudor ya que mediante la tramitación de este acuerdo permite al deudor continuar con actividad empresarial o profesional, lo que es un importante beneficio. Por otro lado, los créditos que se vean afectados por el AEP no podrán ejecutarse, si bien quedando al margen los créditos públicos. Mientras que los derechos de crédito de garantía real (prenda, hipoteca, anticresis) sólo se podrán incorporar al acuerdo, y sólo se verán afectados, si así lo deciden sus titulares y lo comunican de manera expresa al mediador concursal.

Otro beneficio para el deudor es que, mediante el AEP, los créditos no devengarán intereses, y durante este período, los acreedores no podrán instar concurso de acreedores.

### **1.3. Estructura**

Este trabajo se encuentra dividido en las siguientes partes:

Primero, se centra en el estudio de la mediación concursal, ya que, la mediación concursal está ligada con el AEP. A modo de introducción, se estudia la institución de la mediación concursal, desde su regulación, el mediador concursal, los presupuestos, las funciones del mediador, y posteriormente, un breve estudio comparado de ciertas instituciones preconcursales en diferentes países europeos, de interés para nuestro trabajo, con el fin de analizar cuáles son las similitudes y las diferencias con las adoptadas en España.

---

<sup>16</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 64. PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico de los acuerdos...”, op. cit., 2016, p. 288.

Como veremos en esta parte, al mediador concursal no le serán aplicables los deberes y obligaciones del mediador ordinario, ni tiene atribuidas funciones asimilables a las del mediador, ni es remunerado en cuanto que tal. Ello no puede tener más explicación que la discrepancia entre el nombre que se atribuye a este profesional “mediador concursal” y el contenido semántico y básico del concepto de “mediador”. Siendo ello así, o la definición de mediador doctrinal, legal, y culturalmente aceptada es errónea, o la calificación como “mediador” del profesional que participa en el procedimiento de AEP es desafortunada<sup>17</sup>.

La segunda parte, se dedica al estudio del AEP. Más concretamente, al Título X de la LC. Dentro de ello se incluye: los sujetos del AEP (el deudor, los acreedores), los presupuestos del procedimiento, la negociación del AEP, el contenido y los efectos del AEP y las formas de conclusión del AEP.

Este AEP se presenta en sociedad como una mediación, aunque realmente no lo es o, al menos, presenta una serie de matices que lleva a mantener que nos encontramos ante una figura autónoma y diferenciada de la mediación, aunque fuertemente influenciada por la misma<sup>18</sup>, como posteriormente veremos. Nótese como el propio legislador, en el preámbulo de la Ley 14/2013 e, incluso, en los arts. 231 y ss. LC, y al aludir a esta figura, en ningún momento identifica la misma como una mediación, ni efectúa referencia alguna a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles o la expresión “mediación” salvo para referirse al “mediador” concursal y la necesidad que reúna las condiciones de mediador conforme a la citada Ley 5/2012 (art. 233.1 LC). De hecho, como veremos, en lo no previsto en la LC en cuanto al mediador concursal, se efectúa una remisión, no a la Ley 5/2012, sino a lo dispuesto “en materia de nombramiento de expertos independientes” (art. 233.1 LC).

---

<sup>17</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *RDCP* (en adelante, *RDCP*), núm. 20, 2014, p. 16.

<sup>18</sup> AZNAR GINER, E., “La actuación del mediador concursal durante la negociación de un acuerdo extrajudicial de pago”, *Revista vLex*, núm. 13, 2015, pp. 106-107.

## **1.4. Metodología**

El presente trabajo de investigación se centra en el estudio del AEP a la luz de la LC, por lo que la atención preferente se ha dedicado al régimen vigente. Una vez establecida la visión general del trabajo y los objetivos planteados, a continuación, se establece la metodología que se va a utilizar para la consecución de estos objetivos a través de la línea de investigación.

Para poder lograr los objetivos mencionados anteriormente ha sido necesario realizar un estudio basado en el análisis del régimen jurídico del AEP. La metodología que se ha utilizado en el presente trabajo, con la finalidad de analizar, comprender y desarrollar el AEP, se concreta a través de una investigación descriptiva (estudio de la legislación actual y de los cambios habidos en las últimas reformas).

A todo ello se le acompañará de la opinión de la doctrina más autorizada en nuestro ámbito de estudio.

## **CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA**

### **1.1. Situación previa a la Ley Concursal 22/2003**

El derecho concursal vigente antes del 1 de septiembre de 2004 estaba conformado por diversas normas: la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de Julio de 1922, y el Código de Comercio, promulgado por Fernando VII el 30 de mayo de 1829, y todavía en vigor conforme al apartado 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil<sup>19</sup>.

El derecho concursal vigente hasta el 1 de septiembre de 2004 se caracterizaba por proteger firmemente los intereses de los acreedores mediante la liquidación del patrimonio del deudor para satisfacer los créditos de aquellos<sup>20</sup>; dándole especial importancia, por tanto, a la liquidación de la empresa o actividad antes que conservar la misma. Sin embargo, la LC de 2003 supone un cambio en su finalidad ya que, aunque también se sigue pensando principalmente en la satisfacción de los acreedores, como posteriormente veremos, se busca garantizar la continuidad de la actividad económica del deudor. Se evita con esta legislación la liquidación de la empresa generalizada, liquidando solo aquellas empresas en las que no sea viable continuar la actividad.

### **1.2. Ley Concursal 22/2003**

Si existe dentro del Derecho mercantil una materia que necesita de un esfuerzo continuado de puesta al día y actualización, con el objetivo de que no pierda novedad y operatividad, es el relativo al tratamiento de las crisis económicas del deudor “común” dada su vinculación a las “estructuras económicas”, al concepto, así como a la esencia mutables y variables<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>20</sup> REDACCIÓN SUPERCONTABLE, "Comparativa de la Ley 22/2003 Concursal, con la normativa anterior", 2018.

<sup>21</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 43 y ss.

Con una frase muy clara, la Exposición de Motivos de la Propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto Refundido de la LC<sup>22</sup> comienza señalando que "la historia de la Ley Concursal es la historia de sus reformas". En efecto, la LC ha experimentado reformas importantes que se han dado de forma escalonada desde 2009 a 2015<sup>23</sup>, y que aún no han finalizado, ya que siguen pendientes de desarrollo reglamentario las modificaciones introducidas en el estatuto jurídico de la administración concursal con la reforma de la Ley 17/2014. De hecho, existe una propuesta de reforma de la LC dado que nos encontramos ante una normativa falta de estabilidad, desordenada y de difícil lectura e interpretación, siendo necesario, tal y como afirma la Exposición de Motivos de la propuesta un Texto Refundido. A continuación, vamos a explicar brevemente en qué consiste dicha Propuesta para poder entender la regulación de la LC de 2003.

El legislador, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, ha empleado dos formas dirigidas a regularizar, aclarar y armonizar la normativa concursal: por un lado, se altera la sistemática, por otro, se modifica la literalidad de los preceptos<sup>24</sup>.

Para conseguir una adecuada ordenación de los preceptos que facilite la tarea de identificarlos y entender su función se modifica la sistemática. Mientras que la Ley Concursal se divide en diez títulos y tiene un total de 242 artículos, la Propuesta se estructura en tres libros, con un total de 751 artículos. El libro primero, con catorce títulos, se dedica al concurso de acreedores. El segundo, con cuatro títulos, se dedica al Derecho

---

<sup>22</sup> Redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación nombrada por Orden de 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril siguiente.

<sup>23</sup> Las reformas más significativas se llevan a cabo mediante el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de reformas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que procede del RDL 4/2014, de 7 de marzo, la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que procede del RDL 11/2014, de 5 de septiembre, y la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que procede del RDL 1/2015, de 27 de febrero.

<sup>24</sup> SÁNCHEZ PAREDES, M.L., "La propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal", *e-Dictvm*, núm. 66, 2017, p. 3.

preconcurso; y el libro tercero, con cuatro títulos, recoge las normas de Derecho internacional privado.

Donde el cambio en la sistemática se hace más notorio es en la ubicación de los institutos concursales dentro del libro segundo. Allí se recoge tanto la regulación del expediente de comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (art. 5 bis LC), como los acuerdos de refinanciación, colectivos y singulares, el proceso de homologación judicial del acuerdo colectivo de refinanciación, el AEP y las especialidades del concurso consecutivo. En concreto, el concurso consecutivo presenta un aspecto propio, dadas las especialidades que lo caracterizan y que se distinguen según sean comunes a los concursos que se declaren tras el fracaso de un acuerdo de refinanciación o bien de un AEP (la inmunidad frente a la rescisoria concursal o las especialidades en materia de calificación del concurso consecutivo), o bien sean concretas de cada uno de esos acuerdos (especialidades del concurso consecutivo a un acuerdo de refinanciación y especialidades del concurso consecutivo a un AEP, sobre todo las recogidas en los arts. 242 y 242 bis LC).

Por otro lado, con el objetivo de ofrecer unos artículos más claros, se modifica la literalidad y se da nueva redacción a un número grande de artículos. Según la Exposición de Motivos de la Propuesta, con ello se busca ser más preciso a la hora de interpretar las normas para unificar los términos, evitar incertidumbres y exponer con la mayor sencillez posible las fórmulas legislativas más difíciles de entender y complejas.

En este contexto, la LC 22/2003, de 9 de julio, acompañada de la Ley Orgánica (en adelante, LO) 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal y que significó una de las reformas más importantes realizadas en el marco normativo español, en lo que comportó la actualización, modernización y unificación de un derecho disperso, arcaico y obsoleto, ha sido objeto de continuas reformas desde el momento de su aprobación y entrada en vigor<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación...”, op. cit., pp. 43 y ss.



Como manifiesta el primer apartado de su Exposición de Motivos, dicha Ley busca cumplir un anhelo profundo y tradicionalmente notado en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las rigurosas y razonadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han sido cumplidas, hasta la promulgación de la mencionada LC, de soluciones legislativas, a pesar de su urgencia. Este retraso ha provocado una agravación de los defectos padecidos por la legislación vigente: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, falta de un sistema armónico, preponderancia de ciertos intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con el resultado de soluciones injustas, a menudo provocadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a contener eficazmente.

Es cierto que la LC 22/2003, que se acompañó de la LO para la Reforma Concursal de la misma fecha, se sitúan en un marco de crisis económicas, aunque no pueden conceptualizarse únicamente como “reformas de crisis económicas”, ya que, a pesar de que es cierto que el “tiempo de la reforma” puede estar marcándolo en gran medida la crisis económica, es incontestable que el fundamento último de política jurídica de las modificaciones que progresivamente se han ido realizando y que habían sido defendidas por diversos sectores desde hacía ya algún tiempo, no se sitúa sólo en la crisis económica. También se llevan a cabo por razones de eficiencia, equidad y racionalización del sistema, sostenibles en su necesidad en una situación de bonanza económica, concretamente en lo que concierne a la regulación de la preconcursalidad, materia ésta en la que inciden de manera clave las referidas reformas<sup>26</sup>.

### **1.3. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal**

El 31 de marzo de 2009 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal (el “Real Decreto-ley” o la “Reforma”). El RDL tiene principalmente por

---

<sup>26</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación...”, op. cit., pp. 43 y ss.

objeto<sup>27</sup>: "(i) mejorar la reestructuración fuera del procedimiento concursal de las empresas con problemas financieros, (ii) facilitar las negociaciones y la tramitación del convenio anticipado; (iii) acelerar el procedimiento concursal para aquellas empresas que decidan o estén obligadas a reestructurarse en sede concursal; y (iv) terminar definitivamente ciertos debates sobre ciertos artículos en materia de subordinación de créditos".

Este RD se centra en la modificación de algunos aspectos del procedimiento judicial de insolvencia con el fin de abaratarlo y hacerlo más simple y rápido. En concreto, se modifican los siguientes aspectos:

- (i) La suspensión con carácter general del trámite de vista en los incidentes concursales. Conforme a lo previsto en la Reforma, sólo se celebrará vista si las partes expresamente lo solicitan previa declaración de pertinencia por parte del juez mercantil de los medios de prueba anunciados.
- (ii) Se pone en marcha un nuevo régimen de publicidad del anuncio de apertura del procedimiento concursal. En este sentido, se establece la inserción gratuita de los edictos de la declaración concursal en el Boletín Oficial del Estado, así como la creación de un nuevo Registro Público Concursal (de acceso gratuito a través de Internet) para las demás resoluciones publicables por medio de edictos.
- (iii) Se cambia el sistema de retribución de los administradores concursales (1) restringiendo su retribución; y (2) se crea un mecanismo para garantizar que puedan obtener unos honorarios mínimos (mediante la creación de un fondo común) cuando las empresas no tengan activo suficiente.
- (iv) Aumentan los casos en que procede un procedimiento concursal abreviado, suponiendo la reducción de todos los plazos procesales a la mitad, así como el nombramiento de una administración concursal unipersonal.

---

<sup>27</sup> NÚÑEZ-LAGOS, A., y ALONSO, Á., "Reforma de la Ley Concursal 22/2003", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 23, 2009, pp. 96-99.

## **1.4. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio**

La reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 38/2011 "no es una reforma radical de la misma ni supone un giro copernicano del texto legal vigente", tal y como reconoce su exposición de motivos. Esta Ley parte de los principios fundamentales de la LC, esto es, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento. Sin embargo, que la reforma no se considere radical no implica que la misma no pueda ser global ya que incorpora importantes cambios que buscan modificar los errores de enfoque que contiene la LC y así solucionar las lagunas de la Ley.

En definitiva, este texto legal supone una actualización integral del Derecho concursal español.

La reforma tiene en cuenta la situación económica actual tanto para la implantación de las medidas como para la valoración de su puesta en marcha. Esta Ley asume el impulso que se ha venido dando desde el Gobierno a la evaluación económica de las normas, pasando a ser totalmente fundamental, como ha reconocido su Exposición de Motivos.

Aunque esta Ley no regula el AEP, sí que es necesario mencionarla ya que es el antecedente inmediato a su regulación, además de contener un mandato claro al legislador para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentren con apuros para cumplir sus obligaciones, en relación con la crisis económica vivida. Esta Ley se encarga de profundizar en las "alternativas" al concurso o los mencionados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a partir de los acuerdos de refinanciación. La Ley 38/2011 se encarga de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores, estableciendo con precisión los deberes de las partes que negocian el acuerdo y, sobre todo, establece la homologación judicial de tal acuerdo, que, por lo tanto, y dentro de ciertos contornos, se extiende a los acreedores disidentes.

En este sentido, el AEP constituye la respuesta dada por el legislador (una respuesta retrasada y parcial; no ataca el problema del sobreendeudamiento del consumidor) al mandato recogido en la Disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, concursal<sup>28</sup> que encomendaba al Gobierno el encargo de elaborar un informe “sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca”.

No en vano, se decía también que “dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación o de otra naturaleza”<sup>29</sup>.

Más relevante quizás sea el hecho de la existencia de recomendaciones realizadas para la mejora del Derecho de insolvencias por parte de los organismos internacionales y que se orientan en tres direcciones<sup>30</sup>: estímulo de los mecanismos de prevención de la insolvencia; simplificación del Derecho concursal para los empresarios de pequeña dimensión y reconocimiento de la “Segunda Oportunidad” («Second Chance»/«Fresh Start») para la persona física.

---

<sup>28</sup> "El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza".

<sup>29</sup> Disposición Adicional Única de la Ley 38/2011.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADCo*, núm. 32, 2014, p. 89.

## **1.5. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles**

Aunque esta Ley trata la mediación en el ámbito mercantil, no será la Ley aplicable al mediador concursal<sup>31</sup>, al menos no de forma única, tal y como veremos posteriormente<sup>32</sup>. Nos limitaremos a señalar los principios informadores de la mediación para después<sup>33</sup> apuntar las principales diferencias que se dan en el seno del AEP:

En primer lugar, la mediación se rige por la voluntariedad. Cuando conste un pacto por escrito que determine el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste<sup>34</sup>. Además, nadie está obligado a continuar en el procedimiento de mediación ni a alcanzar un acuerdo<sup>35</sup>.

Siguiendo lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 5/2012, “en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. Por lo tanto, una característica fundamental de los mediadores será su imparcialidad, íntimamente relacionado con el deber del mediador de mantener el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a la igualdad durante todo el

---

<sup>31</sup> En el preámbulo de la Ley 14/2013 e, incluso, en los arts. 231 y ss. LC, y al aludir a la mediación concursal, en ningún momento identifica la misma como una mediación, ni efectúa referencia alguna a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Es más, en lo contemplado en la LC en cuanto al mediador concursal, se efectúa una remisión, no a la Ley 5/2012, sino a lo dispuesto "en materia de nombramiento de expertos independientes" (art. 233.1 LC). Sin embargo, por ejemplo, se le exige al mediador concursal formación en el ámbito de la mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 5/2012.

<sup>32</sup> Véase el Capítulo II: La mediación concursal.

<sup>33</sup> Véase el Capítulo II: La mediación concursal.

<sup>34</sup> Véase el artículo 6.2 Ley 5/2012.

<sup>35</sup> Véase el artículo 6.3 Ley 5/2012.

proceso<sup>36</sup>.

Los distintos instrumentos internacionales han desarrollado los ADR (*Alternative Dispute Resolution*, o en español, Resolución Alternativa de Conflictos<sup>37</sup>) bajo el principio de imparcialidad. Así, el Código Europeo de conducta para los mediadores de 2014<sup>38</sup>, lo recoge en su art. 2, respecto a la exigencia de independencia (art. 2.1) e imparcialidad del mediador (art. 2.2) y en el art. 3.2 respecto de la “imparcialidad del procedimiento”. Tal Código se presenta como importante referente de la Ley que se está analizando. En este sentido, el Preámbulo de la Ley 5/2012, en su apartado IV, dispone “para garantizar su imparcialidad se explicitan las circunstancias que el mediador ha de comunicar a las partes, siguiéndose en esto el modelo del Código de conducta europeo para mediadores”.

Otro principio que rige la mediación es la neutralidad puesto que “las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación”, a tenor de lo previsto en el art. 14 que será aplicable a la actuación del mediador. La neutralidad implica que el mediador, no mantiene ni mucho menos una conducta pasiva en el proceso, sino que debe respetar los distintos puntos de vista de las partes, buscando la igualdad, ayudando a solventar situaciones conflictivas en la búsqueda de acuerdos que satisfagan las necesidades de las partes en conflicto<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C. (Dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012., p. 109.

<sup>37</sup> Sobre la aparición de los ADR en EEUU y su proceso de adaptación al ordenamiento europeo, MACHO GÓMEZ, C., “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *Anuario de Derecho Civil*, núms. 67 y 68, 2014, pp. 931-996.

<sup>38</sup> El marco de referencia de los códigos deontológicos de la mediación viene dado por el Código de Conducta Europeo. Disponible en: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf)

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y CARABANTE MUNTADA, J.M., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y CARABANTE MUNTADA, J.M. (Coord), Netbiblo, Madrid, 2010, p. 151.

Otra característica que debe presidir la actuación del mediador será la confidencialidad, cuya infracción generará responsabilidad en lo contemplado por el ordenamiento jurídico<sup>40</sup>. La Directiva 2008/52 CE, en su art. 7, lo remite a la confidencialidad que se preserva al no tener que declarar en un proceso civil o mercantil. Nuestra Ley extiende tal característica (art. 9) al secreto profesional del mediador (y a las partes intervinientes), al decir que “la obligación de confidencialidad se extiende al mediador que quedará protegido por el secreto profesional”.

La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que intervengan en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, salvo que:

- Las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

De acuerdo con el art. 10, independientemente del respeto a los principios establecidos en esta Ley, la mediación se organizará del modo que las partes tengan por conveniente.

“Las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo” (art. 10.2 de la Ley 5/2012). En este sentido, durante el tiempo en que se desarrolle la mediación las partes no podrán ejercitar contra las otras partes ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos.

---

<sup>40</sup> Véase el artículo 9.3 Ley 5/2012.

El compromiso de sometimiento a mediación y la iniciación de ésta impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle ésta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.

Asimismo, “las partes deberán prestar colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad” (art. 10.3 de la Ley 5/2012).

La misma Ley en el Título III también hace referencia al “Estatuto del mediador”, dedicándole cinco artículos (del 11 al 15): condiciones para ejercer como mediador, calidad de la mediación, actuación del mediador, responsabilidad de los mediadores y el coste de la mediación. Ello sería suficiente para tener una idea sobre los requisitos y la actuación del mediador.

## **1.6. Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización**

La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización acomete un amplio número de materias, con las que se pretende proteger a los denominados “emprendedores”. Por estos se entiende a todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizan una actividad económica. Un concepto que, por tanto, supera al comerciante y al empresario y abarca al profesional e, incluso, al designado fiscalmente como “autónomo”<sup>41</sup>.

El objetivo último del legislador es promover la actividad económica, desde diversos puntos de vista. En este sentido, regula una serie de incentivos en múltiples ámbitos para que, quien tenga el objetivo de emprender una actividad de tal tipo, lo haga ayudado por la red que esta ley crea.

---

<sup>41</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores”, *Abogacía*, 2013. Disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/11/13/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-la-mediacion-concursal-en-la-ley-de-emprendedores/>



La Ley busca desarrollar sus efectos sobre la actividad del llamado “emprendedor-persona natural” mejorando el catálogo de recursos y remedios concursales<sup>42</sup>.

Con este fin, se contiene en el concepto emprendedor tanto al comerciante, como a quien realice actividades profesionales, como, además y en general, a los trabajadores autónomos. Con ello se busca, en primer lugar, extender la base subjetiva de protección (profundizando en la discriminación, por trato desigual, con el deudor persona natural “no emprendedor” o consumidor). Y, en segundo lugar, supone la designación de mayores competencias al Registro Mercantil sobre personas respecto de las que hasta ahora no las tenían, lo que no es más que resultado de la estrategia de política legislativa de “registrarizar” nuestra vida.

Y, en segundo lugar, se modifica la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal mediante la creación de un nuevo título X (arts. 231 a 242), para incorporar, como se ha mencionado anteriormente, la regulación del que se denomina “AEP”, e instaurar la figura del “mediador concursal”, a quien, incluso, se autoriza para que pueda solicitar la declaración de concurso consecutivo.

De esta manera, los arts. 231 a 242, junto con la disposición adicional séptima y octava, y las remisiones legales contenidas en dichas normas, conforman el acervo legislativo que configura el proceso del “AEP” y la figura del mediador concursal<sup>43</sup>.

Así, mediante tales normas se ha implantado en nuestro ordenamiento un procedimiento extrajudicial, sin que intervenga ningún juez, más allá de efectuar la comunicación, con voluntad universal, marcadamente flexible, sencillo y sumario, promovido por un profesional denominado “mediador concursal” y cuyo objetivo es eliminar el estado de insolvencia del deudor mediante la consecución de un “AEP” o, en su caso y en el supuesto de deudores personas físicas, la remisión de las deudas en un eventual posterior concurso consecutivo.

---

<sup>42</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit., p. 2.

<sup>43</sup> PARDO IBÁÑEZ, B., “La mediación concursal. Una experiencia práctica”, *Diario la Ley*, núm. 8490, 2015, p. 1.

Como posteriormente veremos, en el capítulo III, el AEP lo podrá solicitar aquel emprendedor, persona natural, que o bien se encuentre en estado de insolvencia, según el art. 2 LC, o bien considere que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones. La solicitud se podrá realizar siempre que su pasivo no alcance los cinco millones de euros, demostrable con el balance, que se deberá aportar junto con la solicitud.

Además, se prevé la posibilidad de que también puedan acogerse a este procedimiento, y que, por tanto, también puedan solicitar la negociación de un AEP, “personas jurídicas, sean o no sociedades de capital” (de esta manera, se incluyen a sociedades personalistas, civiles, asociaciones y fundaciones) que se encuentren en estado de insolvencia<sup>44</sup>.

Sin embargo, se exige que se den, además, otros requisitos, aparte del subjetivo. Así, se requiere que el deudor solicitante acredite ante notario o registrador mercantil que, en el caso en el que se le declarase en concurso, este no tendría “especial complejidad”, por concurrencia de alguno de los tres escenarios contemplados por el art. 190 LC, y que, además, demuestre que dispone de activos líquidos suficientes para reembolsar los gastos propios del AEP<sup>45</sup>.

En un intento de esquematizar en lo esencial el régimen jurídico de estos AEP, aunque en el capítulo III será tratado de forma minuciosa, se pueden destacar los siguientes puntos<sup>46</sup>:

Primero.- A diferencia de lo que sucede con los acuerdos de refinanciación, que resultan inicialmente accesibles a cualquier deudor, los AEP únicamente pueden ser acordados por ciertos deudores; es decir, cuentan, al igual que el propio concurso, con un presupuesto subjetivo legalmente establecido<sup>47</sup>, que incluye el enunciado legal de una

---

<sup>44</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit., p. 72.

<sup>45</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit., p. 72.

<sup>46</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Reformas concursales desconcurzalizadoras: valoración y perspectivas”, *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 3 y ss.

<sup>47</sup> En la determinación de dicho presupuesto subjetivo se ha utilizado una regulación “profusa y desafortunada” en opinión de RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal. Derecho Mercantil*, Marcial Pons, vol. 10, Madrid, 2014, p. 743.

serie de exclusiones<sup>48</sup> en cuya formulación, por cierto, cabe considerar algún caso de contradicción o antinomia<sup>49</sup>, así como alguna que otra innecesaria reiteración que hubiera podido desprenderse del tenor literal de la normativa sin complicaciones.

Segundo.- La Ley de Emprendedores ha implantado un procedimiento para la negociación y cierre de estos acuerdos que comienza con la solicitud por el deudor del nombramiento de un mediador concursal, cursada ante notario de su domicilio, registrador mercantil, Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación con funciones asumidas en materia de mediación o Cámara española en función del sujeto.

Dicha solicitud se realizará mediante formulario normalizado en el que el deudor hará constar el dinero y sus activos líquidos, los bienes y derechos, los ingresos regulares previstos y al que se acompañará una relación de sus acreedores, con la referencia de la cuantía y vencimientos de sus créditos y la inclusión de los créditos con garantía real o de derecho público (sin perjuicio de que, posteriormente y en los términos de la Ley, puedan no verse afectados por el acuerdo) así como una relación con los contratos vigentes y otra que contenga los gastos mensuales previstos. El notario o el registrador mercantil deberá designar mediador concursal a la persona que corresponda según orden secuencial cronológico de entre los que figuren en una lista oficial elaborada por el

---

<sup>48</sup> En concreto (art. 231.3 LC) no podrán formular solicitud para alcanzar un AEP quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso así como las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Tampoco podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

<sup>49</sup> Como sucede en el caso de las entidades aseguradoras. El art. 231 *in fine* declara que no podrán acudir al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos las entidades aseguradoras y reaseguradoras, pero el 235.5, -añadido por la disposición final quinta de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (BOE n.º 168, de 15 de julio)-establece que en el caso de entidades aseguradoras el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros.

Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y a la que se habrá dado oportuna publicidad en el portal correspondiente del BOE. Una vez aceptado el cargo por parte del mediador se remitirá certificación o copia del nombramiento y la aceptación a los registros públicos de bienes, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda y se comunicará de oficio al juez competente para la declaración del concurso la apertura de las negociaciones, y se dispondrá su publicación en el Registro Público concursal. En cuanto a la tramitación del expediente, el mediador, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar la existencia y la cuantía de los créditos y deberá igualmente convocar por conducto notarial a una reunión al deudor y a los acreedores que pudieran quedar afectados por el acuerdo, que se celebrará en el lugar del domicilio del deudor, convocatoria en la que se expresará la cuantía del crédito de cada acreedor, las fechas de concesión y vencimiento y las garantías constituidas.

Tercero.- Toda la regulación sobre los AEP que ha sido introducida en la LC gira sobre la aspiración, alentada y conducida por la mediación concursal, de alcanzar un plan de pago sobre los créditos pendientes. La normativa dispone una regulación que hace de este un trance particularmente laborioso. Conforme a la Ley, el mediador concursal, al menos 20 días naturales previos a la celebración de la reunión, remitirá a los acreedores, con el consentimiento previo del deudor, dicho plan de pagos de los créditos pendientes a la fecha de la solicitud. Ahora bien, y aquí radica la *laboriosidad* de la regulación a la que anteriormente me refería, sobre esa base, los acreedores, en el plazo de diez naturales desde la remisión de la propuesta podrán presentar propuestas alternativas o modificaciones de la propuesta inicial recibida. La propuesta de AEP podrá contener cualquiera de las medidas que contempla el art. 236 LC: esperas por plazo no superior a diez años, quitas, cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora o en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, obligaciones convertibles, préstamos subordinados o con intereses capitalizables o cualquiera otra clase de instrumento financiero asimilable.

Cuarto.- Pese a la fecha aún relativamente reciente de su instauración los AEP no se ha terminado la tendencia reformadora constante y generalizada en la que parece haberse instalado, con carácter general, el Derecho concursal en términos globales durante los últimos años<sup>50</sup>.

Por lo que respecta a la mediación concursal, ésta surge como consecuencia de los catastróficos efectos de la crisis económica en el tejido empresarial y social y como respuesta a aquellos que pedían, incluso exigían, la habilitación de un mecanismo legal para que, más allá de la puesta en marcha del mecanismo del concurso de acreedores, personas jurídicas y, en especial, naturales no terminaran en una especie de mercantil fosa común, imagen determinante del destino de la práctica mayoría, salvo ciertas excepciones, de los deudores que inician el concurso<sup>51</sup>.

En sus funciones, por tanto, destacan las siguientes:

- 1.º El proceso será extrajudicial.
- 2.º Debe garantizarse el cumplimiento de los requisitos de publicación y publicidad registral.
- 3.º El mediador debe impulsar los trámites de un procedimiento.
- 4.º Debe anticipar una propuesta (literalmente: "...a la vista de una propuesta avanzada por el negociador") con un plan de pagos y un plan de viabilidad.
- 5.º Supervisa la posibilidad de acuerdo y su ulterior cumplimiento o incumplimiento.
- 6.º Debe requerir (en casos de imposibilidad o de falta de cumplimiento) la declaración de insolvencia del deudor que se gestionará por un nuevo proceso (concurso consecutivo) en donde tornará, salvo justa causa, su función de mediador por la de administrador concursal.

El art. 233 LC (introducido por la citada norma) se refiere a la institución como mediación y para ello se regula la figura del mediador en la propia Ley 5/2012 y se incluye en un registro de mediadores<sup>52</sup> pero completando la misma con ciertos requisitos de la

---

<sup>50</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, E., "Reformas concursales...", op. cit., p. 4.

<sup>51</sup> PARDO IBÁÑEZ, B., "La mediación concursal...", op. cit., p. 1.

<sup>52</sup> El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el ap. 1 del art. 27.

LC (abogado y profesional económico) y, en cuanto al nombramiento, a lo contemplado para los expertos independientes<sup>53</sup>.

La normativa aprobada para la mediación concursal parte de la calificación de negociador, del estatuto de mediador, de la posibilidad de complementar este con el de experto independiente (aunque solo sea a efectos de nombramiento) y de su modificación en administrador concursal en los casos de imposibilidad o incumplimiento y posterior declaración de concurso consecutivo del deudor sometido a un proceso de mediación en AEP.

En este sentido, el mediador concursal, con requisitos de acceso al recién formado Registro de Mediadores Concursales, de acuerdo con la experiencia y antigüedad colegial del administrador concursal, se configura como un nuevo profesional que acaba siendo la figura central del proceso preconcursal de negociación y en su caso, del proceso del AEP.

Reforzada esta figura por la Ley de la segunda oportunidad<sup>54</sup>, es el mediador el llamado a realizar las funciones de gerente de las negociaciones preconcursales entre las partes y, especialmente, analizar la situación del deudor (preconcursado) e intentar un acuerdo satisfactorio con cada acreedor.

El objeto del mediador concursal será el no llegar finalmente al concurso, para lo que dispondrá de 4 meses máximos que el proceso preconcursal le concede para alcanzar un acuerdo mediado, que será en esta sede, un convenio anticipado<sup>55</sup>.

## **1.7. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad**

---

<sup>53</sup> En relación con este estatuto la norma no aclara si se ha de estar al nuevo art. 71 bis LC (introducido también con la reforma) en donde se habla de estos expertos independientes para los supuestos de acuerdos de refinanciación o bien a lo previsto en la Ley de Sociedades de Capital y Reglamento del Registro Mercantil sobre los mismos.

<sup>54</sup> RDL 1/2015, de 27 de febrero, sobre Segunda Oportunidad y otras medidas.

<sup>55</sup> Véase el artículo 100 Ley 22/2003.

La Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, había introducido un nuevo Título X en la LC, denominado “AEP”, tal y como se ha comentado previamente. Este Título resultó ser confuso, farragoso y, desgraciadamente, de deficiente y torpe redacción. Consecuencia de ello eran las numerosas lagunas y dudas que planteaba la nueva figura de los AEP. Por tal motivo, tuvo que ser objeto de reforma a través del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (RDL 1/2015 en adelante), que devino posteriormente en la Ley 25/2015, de 28 de julio de 2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (Ley 25/2015, en adelante).

Esta Ley ha introducido toda una serie de novedades para fomentar el AEP y subsanar algunas de las imperfecciones que habían sido puestas de manifiesto por la doctrina, entre las que destacamos las siguientes:

- i. Se eliminan algunos de los impedimentos y requisitos existentes para acudir al AEP como el hecho de que cualquier acreedor que debiera verse vinculado por el acuerdo hubiera sido declarado en concurso; el que, tratándose de deudores sujetos a inscripción obligatoria, no figurasen inscritos con antelación en el Registro mercantil; o el haber incumplido la obligación de llevar la contabilidad o el depósito de las cuentas anuales. Además, la condena en sentencia firme por hechos delictivos solo será relevante si ha tenido lugar en los 10 años anteriores al concurso. En cuanto a las personas jurídicas, se suprime el requisito de que su patrimonio e ingresos previsibles permitieran lograr con posibilidades de éxito el acuerdo. Por el contrario, se amplía de tres a cinco años el plazo en que el hecho de haber alcanzado un AEP, auto de declaración de conclusión de concurso u homologación judicial del acuerdo de refinanciación supone un obstáculo a la hora de optar por esta vía.
- ii. De forma semejante a lo acontecido en relación con los acuerdos de refinanciación con el RDL 4/2014, se modifica la posición de los acreedores con garantía real ante el AEP, que ya no son inmunes sino

que quedan vinculados por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía por acuerdos consistentes en la adopción de determinadas medidas, aun no habiendo aceptado los mismos, cuando se hubiesen obtenido las siguientes mayorías calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: del 65 por ciento, cuando se trate de esperas por plazo no superior a cinco años, quitas no superiores al 25 por ciento o conversión de la deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo; del 80 por ciento, cuando se trate del resto de medidas.

- iii. Se modifica el concurso consecutivo en el sentido de no imponerse necesariamente la apertura de la fase de liquidación, sino que se declaran aplicables las normas del procedimiento abreviado y se contempla la posibilidad de presentar propuesta anticipada de convenio, ampliándose así las posibilidades de llegar a un acuerdo con sus acreedores por parte del deudor empresario en situación de insolvencia.
- iv. Se introduce la posibilidad del AEP también para los consumidores, aunque con un régimen especial que analizaremos más adelante al tratar el papel del notario en relación con el AEP.
- v. Finalmente, se ha modificado el régimen de la segunda oportunidad ofrecido al deudor persona física. En todo caso, se exige la buena fe del deudor, la cual se deduce del cumplimiento de determinados requisitos, si bien dos son las principales novedades introducidas en esta área:

Con la última reforma se mantiene la posibilidad de que el deudor empresario natural que intente el AEP, aunque no se alcance el mismo y siempre que se califique el concurso como fortuito, pueda obtener del Juez la remisión de todas las deudas no satisfechas con la liquidación, con la salvedad de las de Derecho Público, siempre que hubiesen sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos



concursoales privilegiados, a diferencia de lo previsto en el art. 178.2 LC con carácter general para el deudor persona natural, esto es, que además se hubiese satisfecho al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. No obstante, esta mayor facilidad para obtener un “freshstart”, que era una de las mayores ventajas del AEP, caso de resultar infructuoso, ha quedado ensombrecida por el hecho de haberse introducido como vía de obtención del beneficio de la segunda oportunidad la posible aceptación por parte del deudor de un plan de pagos con unas determinadas características en cuyo análisis no vamos a entrar. Baste destacar que esta opción lleva asociada la publicidad de la situación en que se encuentra el deudor mediante la constancia en el Registro Público Concursal del beneficio obtenido durante cinco años.

El beneficio de la segunda oportunidad se configura como provisional, ya que cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar al juez del concurso la revocación del mismo durante un plazo de cinco años, para el caso de que: a) el deudor incurriese en alguna de las circunstancias que hubieran impedido la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho; b) el deudor incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas; c) mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; o d) se constatare la existencia de ingresos, bienes o derecho ocultos.

### **1.8. Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social**

De este modo, la Ley 25/2015 es el resultado de la tramitación parlamentaria del RDL 1/2015, de ahí la necesidad de especificar las situaciones de transitoriedad, cuya entrada en vigor tuvo lugar el día 2 de marzo de 2015.

Esta Ley se divide en diez artículos, agrupados en dos títulos, seis disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y veintiuna disposiciones finales. Precisamente, el título I, bajo la denominación de “Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera”, recoge tres artículos de carácter modificativo a través de los que se da nueva redacción a determinados preceptos

de otras tantas normas legales: la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Además, de flexibilizar los AEP, y contemplar un verdadero mecanismo de segunda oportunidad; se mejora también el “Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual”, introducido por el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, siendo los destinatarios del mismo aproximadamente 14.000 familias y, finalmente, se extiende por un plazo adicional de dos años la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales de colectivos especialmente vulnerables recogido en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, así como el colectivo que puede beneficiarse de esta medida<sup>56</sup>.

Al efecto, indica la Disposición Transitoria primera, por un lado, que respecto de los AEP que, lo dispuesto en el art. 92.5 LC, en la redacción dada por esta Ley, será de aplicación a los procedimientos concursales en tramitación en los que no se haya presentado el texto definitivo del informe de la administración concursal.

Asimismo, la obligación de presentación de la solicitud de iniciación de un AEP en un formulario normalizado prevista en el apartado 2 del art. 232 LC, en la redacción dada por esta Ley, será de aplicación al aprobarse la orden del Ministerio de Justicia por la que se establezcan los formularios normalizados. Y, durante el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, no será exigible, para solicitar un AEP, el requisito previsto en el art. 231.3.2.º de la citada LC; y, por otra parte, en relación con el beneficio de exoneración del pasivo concursal no satisfecho los apartados 3 y 4 del art. 176 bis y los arts. 178.2 y 178 bis LC se aplicarán a los concursos que se encuentren en tramitación.

---

<sup>56</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos extrajudiciales de pago tras la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad”, *RDCP: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 24, 2016, pp. 347-362.

También durante el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, no será exigible, para obtener el beneficio de la exoneración previsto en el art. 178 bis LC, el requisito previsto en el apartado 3.5.º.iv) del mismo.

Finalmente, en los concursos concluidos por liquidación o por insuficiencia de masa activa antes de la entrada en vigor de la mencionada Ley, el deudor podrá beneficiarse de lo regulado en los arts. 176 bis y 178 bis LC, si se instase de nuevo el concurso, voluntario o necesario.

Concretamente, en los arts. 231 y ss. LC, se introduce la ya comúnmente llamada “mediación concursal”, un procedimiento extrajudicial, ajeno al Juzgado y a la intervención del Juez, inicialmente diseñado por el legislador para pequeñas empresas, físicas (aquí llamadas naturales) o jurídicas, y tras la reforma RDP 1/2015 y Ley 25/2015, ahora también a las personas no comerciantes, en todos los casos insolventes, alternativo a la solución concursal. No nos encontramos ante una figura concursal, aunque su regulación se halla en la LC, ni a través de la misma se pretende dar tratamiento a la insolvencia del deudor<sup>57</sup>.

## **1.9. Valoración conjunta de las reformas concursales y necesidades no cubiertas**

En términos generales, las diversas reformas de la LC son valoradas positivamente por la doctrina en lo que respecta a su oportunidad y necesidad, y se justifican por el contexto de crisis económica que supuso una inesperada modificación sobrevenida de las circunstancias en las que fue aprobada y de la dinámica de los procedimientos concursales<sup>58</sup>. Esta crisis tuvo profundos efectos no previstos que acrecentó tanto en número como en dificultad los procedimientos concursales, planteando un importante reto en la aplicación de la LC.

---

<sup>57</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, p. 11.

<sup>58</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Reformas concursales...”, op. cit., 6.

Seguramente ocurrió que la LC se ideó en una etapa de bonanza económica, pensando que su aplicación resultaría más ocasional que continuada. Para su aplicación se crearon los nuevos Juzgados de lo Mercantil, dotándoles competencia en muchas otras materias mercantiles, societarias, contractuales, etc., previendo que su jurisdicción concursal no alcanzaría dimensión suficiente. “Cuatro años después de su entrada en vigor, a partir del otoño de 2008, esos Juzgados empezaron a saturarse de procedimientos concursales y se comenzó a percibir con claridad que la LC, junto a muchas bondades de la nueva configuración del concurso, presentaba considerables lagunas y disfunciones en aspectos fundamentales del procedimiento, incluidos sus costos y su duración temporal”<sup>59</sup>.

El principal motivo por el que la doctrina valora como positiva la regulación del AEP es porque se pretende garantizar la continuidad de la actividad empresarial de los sujetos que operan en el orden económico. Ofrecer una respuesta adecuada frente a las situaciones de crisis financiera deben, sin lugar a dudas, merecer una opinión favorable. No obstante, ello reconocido, sí es necesario destacar sin acritud que quizás la ejecución de esas necesarias reformas y el modo de legislar no resultan exentos de una muy justificada y pertinente posibilidad de crítica.

“Las sucesivas e incesantes modificaciones revelan la forma precipitada de legislar; a veces, improvisada, impulsada por la urgencia y después desvirtuada por la aplicación práctica o simplemente por la reflexión posterior, que pone de manifiesto los defectos de las normas y obliga de inmediato a rectificar una y otra vez, de forma que la norma se repara o se remienda por oleadas. Sólo así se explica que el instituto preconcursal de la refinanciación haya sido objeto en sólo cinco años de cinco modificaciones” y que “la inseguridad jurídica que crea ese tejer y destejer es muy nociva para el tráfico, crea incertidumbre y ahuyenta a los inversores, principalmente a los extranjeros. Penélope hacía, deshacía y rehacía su tela para dilatar el cumplimiento de una condición a la que sometió su matrimonio; pero el legislador español no lo hace voluntariamente, sino por negligencia”<sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Las sucesivas reformas de la Ley Concursal española en materia de preconcursalidad”, *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, sf, p. 3.

<sup>60</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., “Concurso y precurso”, *RDCP*, núm. 22, 2015, p. 16.

Como veremos posteriormente, en el año 2009 se inició en Derecho Español la regulación y protección de los acuerdos preconcursales de refinanciación que el deudor podía alcanzar extrajudicialmente con sus acreedores, preferentemente titulares de pasivos financieros, su prioritaria preocupación, como derivaba de la Exposición de Motivos del RDL 3/2009, era evitar la declaración en concurso de grandes empresas y posible riesgo de liquidación en ese marco, a la vista de las estadísticas que situaban en un 98% las empresas concursadas que desembocaban en liquidación<sup>61</sup>.

En este marco se incentivó los acuerdos preconcursales de refinanciación por la vía de su protección en una eventual declaración de concurso se centró en la protección de éstos en sede rescisoria, a la vista del caso del "Banco Spirito Santo". Posteriormente, se fue extendiendo también a otros ámbitos la protección de los acuerdos de refinanciación (sede de negociación, nuevos ingresos de tesorería y "fresh money"), siendo éste uno de los objetivos esenciales perseguidos por la Ley 38/2011, de Reforma de la Ley Concursal 22/2003<sup>62</sup>.

Sin embargo, esta reforma tuvo una asignatura pendiente, que fue la regulación en nuestro Derecho del sobreendeudamiento de consumidores y personas físicas. La regulación que se iba asentado en torno a los acuerdos de refinanciación era obvio que, aun cuando no limitaba expresamente su ámbito subjetivo de aplicación a grandes empresas y por tanto, en teoría a ésta podían acceder pequeñas y medianas empresas, empresarios personas físicas, y consumidores, encontraba su ámbito natural de aplicación en las grandes empresas, no resultado funcionalmente idóneo para pymes, empresarios personas físicas y consumidores acudir a estos mecanismos preconcursales<sup>63</sup>.

En este marco, atendiendo al dato sociológico de que en nuestro país tradicionalmente el sobreendeudamiento activo de las personas físicas ha tenido un origen prevalentemente hipotecario, no siempre imputable en un modo absoluto al deudor, y en

---

<sup>61</sup> Estadísticas preparadas por el REFOR-CGE, Registro de Expertos en Economía Forense, órgano especializado del Consejo General de Economistas (CGE). PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016, p. 755.

<sup>62</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad....*, op. cit., p. 755.

<sup>63</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad....*, op. cit., p. 756.

menor medida conectado a contingencias inesperadas (por ejemplo, gastos de salud), inicialmente las reformas legislativas se centraron precisamente en el ámbito hipotecario. Ello a través de legislaciones de excepción y de emergencia, con un alcance paliativo de mínimos, sin abordarse globalmente de un modo integral la prevención y tratamiento del problema del sobreendeudamiento de la persona física, ni un ámbito general ni en su vertiente relativa a los consumidores que, excede en mucho del ámbito hipotecario<sup>64</sup>.

Es en este contexto, precisamente, en el que se explica, de un lado, la aprobación en Derecho Español de reformas normativas en el marco de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conectadas en gran medida, de un lado, a la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2013 (Caso Aziz), que tuvo su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en el marco de la Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. De otro, con posterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas suelo, que consagra que el control de transparencia comprende también el control de comprensibilidad real, en protección de los consumidores en general y en particular de los hipotecarios.

De otro lado, la aprobación de una normativa específica sobre refinanciación de la deuda hipotecaria, que no encontraba funcionalmente ubicación en la regulación concursal de los acuerdos preconcursales de refinanciación. Así, en este marco se situó inicialmente el RDL 8/2011 y con posterioridad, también del RDL 6/2012, cuyo artículo 1 fue objeto de ampliación en su grado de cobertura social en virtud del RDL 1/2015, así como del RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de Medidas urgentes para reforzar la protección a deudores hipotecarios.

No obstante, estas reformas legislativas, aunque reducían el problema del sobreendeudamiento hipotecario, sin embargo, dejaban sin solventar dos problemas fundamentales: de un lado, el problema en conexión con el principio general de responsabilidad patrimonial universal de la persona física (art. 1911 CC) de la exoneración en ciertos supuestos y bajo ciertas condiciones del pasivo insatisfecho tras la conclusión del concurso de la persona física. En efecto, en el Derecho Español no era

---

<sup>64</sup> *Ibidem*.

objeto de regulación la denominada, en terminología anglosajona, *discharge*, prevista exclusivamente para las personas físicas, dado que las personas jurídicas, en virtud de la cancelación registral de oficio de que se acompaña la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa ex art. 176 bis LC, se beneficiarían, en virtud de dicha cancelación, de una suerte de *discharge*, sin perjuicio de la necesidad de conectar el tema a la eficacia declarativa o extintiva que se conceda a la cancelación registral, materia que no es cuestión pacífica<sup>65</sup>.

Por otro lado, seguía sin resolverse el problema que suponían las crisis económicas de las pymes, que como se sabe constituyen en nuestro país el grueso empresarial. Estas empresas carecían de una normativa específica reguladora que les permitiera una "segunda oportunidad" a través de la renegociación contractual de su deuda, lo que conllevaba la necesidad de regular eficaces mecanismos que propicien ésta en un modo paralelo a lo que la regulación de los acuerdos preconcursales de refinanciación supuso, con éxito, para grandes empresas<sup>66</sup>.

Precisamente debe destacarse en este ámbito, que en un sector internacional la particular problemática suscitada alrededor de pequeñas y medianas empresas ocupa un papel preferente, sobre todo en los últimos años en un contexto de crisis económica generalizada<sup>67</sup>.

El fundamento de la necesidad de abordar en concreto la problemática de la insolvencia de las pymes está claro, dado el papel fundamental que éstas realizan, en concreto en Europa y en países como el nuestro, en la creación de empresas, en particular en mercados emergentes. Ello requiere la introducción de específicos mecanismos de carácter preventivo/preconcursal que eviten la insolvencia o al menos la "canalicen" a través de vías que eludan el concurso y con ello los costes económicos/temporales/reputacionales vinculados a éstos<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*, Pamplona, 2013.

<sup>66</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad....*, op. cit., p. 759.

<sup>67</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad....*, op. cit., p. 759.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

En este contexto, la Ley 14/2013 introdujo en la LC 22/2003 un nuevo Título X regulador de los AEP y que posteriormente, fueron modificados por la Ley 25/2015. Esta última buscaba mejorar el régimen de los AEP en un progresivo proceso de aproximación al régimen jurídico de los acuerdos preconcursales de refinanciación que ejercen una "vis atractiva" y expansiva no sólo respecto de AEP, sino también del convenio concursal<sup>69</sup>.

En el capítulo II, pasará a tratarse la mediación concursal, para posteriormente analizar los AEP.

## 2. Derecho comparado

Hasta ahora, no se armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, es incapaz de satisfacerles a todos total o parcialmente. Esta armonización, hasta el momento sólo se ha alcanzado parcialmente en un ámbito procesal, a través del reglamento de insolvencia transfronteriza (Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo) que regula cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia y cuyo proceso de revisión normativa ha terminado recientemente.

Esta ausencia de armonización supone que existan diferencias, a veces importantes, entre los distintos derechos concursales europeos, en el modo de regular los mecanismos que permitan al deudor superar o al menos minimizar los efectos de su incapacidad a la hora de cumplir las obligaciones, lo que, en un contexto de crisis económica como la actual, puede dar lugar en ocasiones elementos de *forum shopping*, "emigrando" los deudores, en particular personas jurídicas hacia modelos normativos europeos que sean más favorables a sus intereses. En este marco, ha de destacarse en el marco de la reestructuración preconcursal empresarial la frecuente "emigración" hacia el modelo de los *schemes of arrangement* regulados en el marco societario del Reino Unido<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 109.



Sin embargo, la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre “un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”, podría haber constituido un paso decisivo hacia la construcción de un Derecho Europeo de insolvencia sobre la base de una Directiva Comunitaria sobre esta materia, que contemple de forma armonizada aspectos sustantivos del derecho de insolvencia y no únicamente aspectos procesales, como ocurrió en el marco del mencionado reglamento de insolvencia transfronteriza, siendo relevante en gran medida esta recomendación sobre la reforma del Reglamento Europeo 346/2000<sup>71</sup>.

Recientemente se ha planteado una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración del 22 de noviembre de 2016, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. El objetivo fundamental de dicha propuesta es disminuir las barreras más importantes a la libre circulación de capitales derivados de las divergencias entre los países de la UE en materia de insolvencia y de reestructuración.

De este modo, en este marco evolutivo del Derecho Comunitario Europeo, se están dando en Europa reformas legales que, pese a que tengan como eje común la necesidad de regular legalmente vías de reestructuración de empresas insolventes o próximas a esta situación, se distinguen no obstante en las distintas opciones de política legislativa en torno a las cuestiones básicas que se manifiestan en todo intento de regulación legal de la reestructuración de empresas en crisis, esto es, en torno a la sede societaria o de Derecho de Insolvencias y en este marco preconcursal o concursal desde la que abordar la referida reestructuración<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> En relación con la incentivación, en la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014, se incluye un Anexo A en el Reglamento, en el que se enumeran los institutos preconcursales que deben reconocerse en todos los Estados miembros.

<sup>72</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad* y..., op. cit., pp. 120-121.

## 2.1. Francia

El Derecho francés representa el paradigma, en el marco del Derecho comparado europeo, de la inserción en un marco legal regulador e incentivador del tratamiento amistoso/negocial de las crisis económicas del deudor común. Esta tendencia a la normativización de la prevención de las crisis económicas se justifica en los fines perseguidos por el Derecho galo por los institutos de tratamiento de las crisis económicas. Desde los años 80, este Derecho se orienta a proteger a la empresa en dificultades económicas y al mantenimiento de la actividad y el empleo, y no tanto a la satisfacción de los acreedores, que en ocasiones se ha pospuesto a la satisfacción de los referidos fines conservativos, aun cuando ello haya sido objeto de "matización" en las últimas reformas acometidas en aquel derecho<sup>73</sup>.

En este marco, se aprecia una línea "norteamericana" de evolución del Derecho francés, acercándose progresivamente a los paradigmas clásicos en materia de reestructuración extrajudicial de aquel Derecho, aun cuando ampliándose la preconcursalidad que desde los años 80 se viene regulando, con mayor o menor fortuna (*conciliation, sauvegarde,...*), creando, en las últimas acometidas un "laberinto legal" en el que el operador económico encuentra dificultades en ocasiones para "discriminar" el procedimiento por el que debe optar para afrontar una reestructuración preconcursal<sup>74</sup>.

Hasta la fecha, en el marco continental europeo y probablemente por las dificultades mencionadas, el esfuerzo de abordar jurídicamente el tratamiento de la prevención de las crisis económicas únicamente se ha realizado de forma sistemática y completa en el modelo francés, a través de la inicial Ley 84/148 de 1 de marzo de 1984 sobre "Prévention et règlement amiable des entreprises dans difficulté", que tradicionalmente ha coexistido con el Derecho Concursal de tratamiento de las crisis económicas (Ley 85/98 de 25 de enero de 1998, sobre "Redressement et liquidation judiciaire"), objeto de sucesivas modificaciones entre las que destaca la Ley De Sauvegarde des entreprises (Ley 2005/845 de 26 de julio de 2005, que introdujo la

---

<sup>73</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y...*, op. cit., p. 163.

<sup>74</sup> LUCAS, F.X., "Présentation de lordonnan'e portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives", en *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, 2014, pp. 111-119.

"Conciliation")<sup>75</sup>.

De este modo, su Código de Comercio fue reformado por la Ley 26 de julio de 2005<sup>76</sup>, dónde se regulan las instituciones alternativas a las judiciales para los empresarios que tienen problemas financieros.

En la reforma de 2005 se introdujeron "escudos protectores" para el deudor, los acreedores y sobre todo para los financiadores de una "Conciliation avec accord homologué". Así, aun cuando la "Conciliation" no supone la paralización de las acciones ejecutivas singulares (suspensión provisoire des poursuites"), frente a lo que acontecía con relación al "Reglement amiable", se protege al deudor frente a la posible solicitud por un acreedor disidente de un procedimiento concursal, "Redressment" (art. L631-5) o "liquidation judiciaire" (L640-5). Asimismo, se protege al deudor de las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de un procedimiento concursal ("Redressement o liquidación") dentro de los 45 días siguientes a la fecha de insolvencia (art. L631-4, L640-4 C de C) en supuestos en que intentaba la vía negocial ésta fracase<sup>77</sup>.

Esta Ley entró en vigor el 1 de enero de 2006 así como el Decreto de aplicación 2005/1677 de 28 de diciembre de 2005, modifican el libro VI del Código de Comercio, derogando o revisando la mayoría de sus 196 artículos. Este procedimiento se aplica a las empresas con graves problemas económicos que aún no han cesado en sus pagos. El objetivo de este procedimiento es salvaguardar a la sociedad de las futuras reclamaciones de sus acreedores, posibilitar la reorganización de la empresa y asegurar así su continuidad y los pagos a los acreedores<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 24-31. ENCISCO ALONSO MUÑUMER, M., "La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio", *La Ley*, núm. 6, 2007, pp. 85-126.

<sup>76</sup> FRANCE. *Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, pour la confiance et la modernisation de l'économie*

<sup>77</sup> DIDIER, "The idiosyncrasy of the French Judicial System and its preventive procedures for expedited debt restructurings", *Wolters Kluwer*, Amsterdam, 2007.

<sup>78</sup> URQUÍA GRANDE, E., MARTÍNEZ ROSADO, J., CAMACHO, M<sup>a</sup>.M., "Enfoque económico y jurídico del proceso concursal. Lecciones de la experiencia internacional", *Partida Doble*, vol. 21, núm. 223, 2010, p. 84.

En esta Ley se designa a un mandatario ad hoc (*mandataire ad hoc*) cuya finalidad es la asistencia durante el proceso, determinada por el Presidente del Tribunal de Comercio (art. L 611-3 CCom). También se puede designar a un conciliador (*conciliateur*) que tiene la finalidad de alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus principales acreedores en el plazo de cuatro meses <sup>79</sup>(art. L 611- 6 CCom).

La idea general de dicha Ley consiste en que cuanto antes se intervenga en una situación de dificultades, existe más probabilidades de que la empresa consiga solucionar su situación de crisis. Con esto en mente, el procedimiento de alerta ha sido modificado. Éste es un paso más en la dirección de la reforma anterior (Ley del 25 de enero de 1985), que no dio satisfacción completa, pero que empezó a darle prioridad al rescate de la empresa y a los empleados. La Ley del 26 de julio de 2005 refleja un nuevo equilibrio de poderes entre los actores: deudor, acreedores, órganos del procedimiento.

En Francia el deudor empresario dispone de dos mecanismos de índole preventiva basados en la mediación que intentan solucionar sus vicisitudes económicas.

El primero de ellos, es el “mandatario ad hoc” que queda regulado en el art. L611-3 del Code de Commerce. En este mecanismo es el deudor quien solicita al presidente del tribunal la designación de un mandatario *ad hoc* para que pueda llegar a una solución negociada y se pueda obtener un respaldo financiero por parte de los acreedores mediante la reestructuración de la empresa. Por lo tanto, el mandatario *ad hoc* es el mediador quien interviene para llegar a un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, dicho acuerdo será firmado por el presidente del tribunal.

El segundo mecanismo, es la “conciliación” que se establece para deudores que hayan cesado el cumplimiento de sus obligaciones vencidas y exigibles, siempre y cuando, no hayan transcurrido más de 45 días. Es el propio deudor quien insta la ayuda de un mediador ante el tribunal para que pueda conseguir un acuerdo con sus acreedores. Como el contenido lo determinan de mutuo acuerdo las partes, una vez alcanzo el acuerdo

---

<sup>79</sup> DÍAZ ECHEREGAY, J. L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Civitas, Primera Edición, Pamplona, 2014, pp. 20 y ss.

lo puede constatar el tribunal o lo puede homologar el propio tribunal.

El espíritu de la Ley ha sufrido una evolución importante: el deudor ya no se considera como una víctima, sino como un líder que lucha con la mala situación económica de la economía. En el procedimiento de salvaguarda, se registra una verdadera inmunidad civil y penal, lo que permite al líder evitar incurrir estrictamente en una sanción personal y beneficiarse de la protección como garante de las deudas de la empresa. La reforma tiene en cuenta el hecho de que los líderes malévolos son estadísticamente pocos y les permite a los desafortunados tener una segunda oportunidad.

En definitiva, como consecuencia de la reforma concursal practicada en Francia por la Ley de 2005, el tema de la insolvencia se ha centrado en el sentido de considerar primordial mantener la actividad productiva del país y evitar que las empresas en crisis, destruyan empleo, a diferencia de lo que algunos autores consideran del ordenamiento español, más centrado quizás en satisfacer a los acreedores<sup>80</sup>.

Todo ello conecta con el AEP en el sentido de que el Derecho francés ha desarrollado dos mecanismos tendentes a prevenir el cierre de la empresa y a primar la actividad empresarial sobre la satisfacción de los acreedores.

## 2.2. Bélgica

Mediante la Ley de 31 de enero de 2009, se regula las soluciones alternativas a la quiebra, pero mediante otros procedimientos judiciales<sup>81</sup>. La finalidad es la continuidad empresarial mediante los acuerdos colectivos que se realizan a través de un procedimiento preventivo con el nombramiento de un mediador concursal<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> GARCÍA ARRUFAT, E., *Cuestiones procesales en el derecho concursal*, (leyes 22-2003 y 8-2003), Memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2009, p. 67.

<sup>81</sup> BELGE. Loi n° 2009-458 du 31 janvier 2009, relative à la continuité des entreprises. Nor. C- 2009/ 0947.

<sup>82</sup> *Ibidem*

Resultarían comprendidas bajo el ámbito del art. 3 de la mencionada Ley, los comerciantes y empresarios, personas físicas y todas las sociedades reguladas en el Código de Sociedades, incluidas las sociedades agrícolas y civiles con forma mercantil, excepto las sociedades sin personalidad jurídica (sociedades de derecho común, sociedad interna y en formación reguladas en los arts. 46 a 55 del Código de Sociedades).

Una de las principales novedades introducidas en el marco normativo preconcursal belga en virtud de la Ley de continuidad de empresas, ha sido el reconocimiento legal de la posibilidad de encomendar a un mediador la solución prejudicial de las dificultades económicas empresariales<sup>83</sup>, bien a instancias del deudor en el marco de la prevención por la información y por las salas de investigación o por el presidente del tribunal (art. 13 de dicha Ley).

En Bélgica la mediación en el ámbito empresarial se denomina “plan de arreglo colectivo de deudas” (*Règlement collectif de dettes*). Hay dos maneras en las que se puede desarrollar en plan de arreglo colectivo.

En primer lugar, está el plan de arreglo colectivo de manera amistosa, que lo negocia el propio mediador con el deudor y sus acreedores, y si llegan a un acuerdo éste es homologado por el juez. En el caso, de que no se llegue a un acuerdo entre el deudor y sus acreedores será el propio juez quién impondrá un plan judicial<sup>84</sup>. Por lo tanto, en primer lugar, tenemos el plan de arreglo colectivo amigable y, en segundo lugar, el plan impuesto judicialmente.

En el plan judicial, su contenido viene fijado por la Ley. Junto a la reorganización preconcursal amistosa desenvuelta en el marco de la autonomía de la voluntad, se distingue en el marco de la Ley mencionada previamente un ámbito de reorganización judicial de empresas en crisis, al que se ha querido dotar de flexibilidad y se ha “liberado” de formalismos materiales en la medida de lo posible<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 182.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

Además, contiene aplazamientos o renegociaciones del pago de las deudas en relación con la deuda principal además de los intereses y gastos. A más a más incluye reducciones del tipo de interés y la suspensión de ejecuciones de garantías real. Así mismo, se puede establecer una exoneración del pago, total o parcial de los intereses moratorios o de indemnizaciones y gastos, incluyendo prórrogas en el plazo de reembolso de préstamos<sup>86</sup>. La duración del plan judicial no podrá exceder los cinco años, mientras que el plan de arreglo de deudas amigable tiene un plazo máximo de siete años.

De este modo, se aprecia una mayor autonomía de la voluntad en los procedimientos preconcursales que busca conseguir la continuidad de la actividad empresarial, al igual que el Derecho francés.

## **2.3. Alemania**

### *2.3.1. Opción alemana versus opción británica*

El modelo alemán opta por ubicar dicha regulación en sede del Derecho de Insolvencias y no de Derecho de Sociedades y, dentro de aquel ámbito en sede concursal/judicial y no preconcursal/extrajudicial. Esto no quiere decir que no sean posibles por ilícitos los acuerdos extrajudiciales de reestructuración en el marco del Derecho Alemán, fundamentado en el principio de autonomía de las partes de acuerdo con el artículo 1255 CC. Son posibles, pero, a diferencia de lo que acontece en otros modelos de Derecho Comparado, no son objeto de una regulación legal que proporcione "escudos protectores" a estos acuerdos en un eventual concurso<sup>87</sup>.

El modelo alemán supone una opción contraria, de un lado, a la opción del modelo de Reino Unido, en el que dicha regulación se "ubica" en sede societaria/extrajudicial. Además, dicha opción se opone a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, que busca incentivar la reestructuración extrajudicial o "híbrida" en sede preconcursal<sup>88</sup>.

---

<sup>86</sup> VÁZQUEZ DE CASTRO, E., "Practicum de...", op. cit., p. 497.

<sup>87</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 141.

<sup>88</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 141.

Se produce un acercamiento del Derecho Alemán al modelo de reestructuración del *Bankruptcy Code* norteamericano, dotando al procedimiento concursal de una dimensión reorganizativa. Este modelo se caracteriza probablemente en conexión con las fuertes consecuencias penales que en Derecho Alemán conlleva el incumplimiento del deber legal de solicitar la declaración de un procedimiento concursal, por abordar la reestructuración desde el Derecho de Insolvencias y , por tanto, en sede concursal y judicial en situaciones de insolvencia actual e inminente y no preconcursal extrajudicial como recomienda la Comisión Europea en la Recomendación de 12 de marzo de 2014.

Así, en el párrafo 1 InsO<sup>89</sup> alemana se establece que el concurso tiene por finalidad la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor mediante la liquidación de sus bienes y distribución de sus rentas o mediante un convenio acordado en un plan de insolvencia singularmente para asegurar la continuidad empresarial. Ello explicaría en gran medida que el legislador alemán haya decidido "incorporar" al procedimiento medidas incentivadoras de la reestructuración de empresas en crisis, que, en ocasiones llevan un "desplazamiento" del Derecho Societario desde lo concursal<sup>90</sup>.

### 2.3.2. "*Schutzschirm*", "*debtor in possession*" y plan de insolvencia en Derecho Alemán

El denominado "*Schutzschirm*", o comúnmente "paraguas protector", en gran medida inspirado en el modelo norteamericano, se encuentra regulado en el artículo 270.d InsO, introducido en la reforma de que fue objeto ésta en el año 2011 por la denominada ESUG<sup>91</sup>. Esta regulación se introdujo en conexión con los planes de insolvencia en sede concursal (artículos 217 y ss. InsO) y la figura del "*debtor in possession*" en su recepción en la Ley Alemania de Insolvencia (arts. 270 y ss. InsO).

---

<sup>89</sup> Ley Concursal alemana llamada "*Insolvenzordnung*" de 5 de octubre de 1994.

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> The European Smalltalk User Group (ESUG) es una organización de usuarios sin fines de lucro que admite todo tipo de iniciativas especialmente las referentes a las acciones de código abierto.



La nueva redacción del artículo introduce la posibilidad de una protección (*Schutzschirm*) conforme a lo siguiente:

1º.- Si el deudor hubiera presentado la solicitud de concurso en situación de insolvencia inminente o de sobreendeudamiento, se hubiera pedido la autoadministración y el saneamiento que se pretende no carece manifiestamente de perspectivas de éxito, el Tribunal de la insolvencia a petición del deudor fijará un plazo para la presentación de una propuesta de convenio. El plazo no deberá ser superior a los tres meses. El deudor deberá presentar con su solicitud una certificación de un asesor fiscal experto, auditor de cuentas, Abogado o persona de cualificación análoga, del que resulte la insolvencia inminente o el sobreendeudamiento, pero no insolvencia actual y que el saneamiento que se pretende no carece manifiestamente de perspectivas de éxito.

2º.- En la resolución adoptada conforme al inciso 1 el Tribunal de la insolvencia nombrará a un interventor provisional conforme al § 270a 1, que deberá ser persona distinta de quienes hayan presentado la certificación conforme al inciso 1. El Tribunal de la insolvencia podrá apartarse de la propuesta del deudor únicamente cuando la persona propuesta de manera manifiesta no sea idónea para la asunción del cargo; esta decisión deberá ser motivada por el Tribunal. El Tribunal de la insolvencia podrá adoptar medidas cautelares conforme al § 21 1 y 2 números 1ª,2 a 5; y deberá ordenar las previstas en el § 21 2 número 3 cuando el deudor lo solicite.

3º.- A petición del deudor el Tribunal de la insolvencia deberá ordenar que sea el deudor quien contraiga los créditos contra la masa. Se aplicará el § 55.2 analógicamente.

4º.- El Tribunal de la insolvencia deberá dejar sin efecto la decisión adoptada conforme al párrafo 1 antes del transcurso del plazo cuando:

1. El proyectado saneamiento haya devenido sin perspectivas de éxito.
2. El comité provisional de acreedores pida su anulación.
3. Un acreedor con privilegio especial o bien un acreedor pida su anulación y se conozcan circunstancias que hagan prever que el mantenimiento puede provocar perjuicios a los acreedores.

La solicitud únicamente podrá admitirse cuando no se haya designado un comité provisional de acreedores y las circunstancias expuestas por el solicitante queden debidamente justificadas. El deudor o el interventor provisional deberán comunicar al Tribunal sin demora la concurrencia de la situación de insolvencia. Tras anularse la resolución inicial o bien tras el transcurso del plazo decidirá el Tribunal de la insolvencia sobre la apertura del procedimiento de insolvencia.

No constituye un procedimiento sino una "herramienta" regulada en el Derecho Alemán, vinculada al plan de insolvencia. Así se prevé su posible utilización en el período interino existente entre la solicitud de declaración de un procedimiento de insolvencia y su declaración formal (art. 270.b.2 InsO) exclusivamente en supuestos en que un deudor que no se encuentre en situación de iliquidez (*Zahlungsunfähigkeit*) (art. 17) sino de sobreendeudamiento ("*Überschuldung*") o que prevea que se encontrará en situación de insolvencia pero aún no lo esté ("*drohende Zahlungsunfähigkeit*") (Sec 18), mientras trabaja en la preparación de un plan de insolvencia solicite la declaración de un procedimiento de insolvencia, bajo las condiciones "debtor in possession" (arts. 270 y ss. InsO), esto es, conservando los administradores la gestión de la empresa bajo supervisión de un "Sachwalter" ("interventor") y sin designación de un "Insolvenzverwalter" (administrador concursal)<sup>92</sup>.

La idea central es que el deudor, generalmente una empresa con problemas económicos o financieros, prepare un plan de insolvencia, generalmente en colaboración con sus acreedores más importantes y de mayor volumen, solicite simultáneamente la declaración de un procedimiento de insolvencia y requiera al tribunal para que fije un plazo límite para someter a su homologación un plan de insolvencia.

Es precisamente en este período interino en el que se despliega el efecto protector del "schutzschirm", conllevando una paralización de las ejecuciones individuales de los acreedores. Sin embargo, no nos encontramos ante un "automatic stay" (paralización de ejecuciones singulares) que se produzca en todo caso, sino sólo si el tribunal está convencido de que no hay evidencia en el sentido de que un reflatamiento de la sociedad

---

<sup>92</sup> SCHMIDT, K., " *Insolvenzordnung: InsO*", *Kommentar Insolvenzordnung*, 18ª edición, Munich, 2013, p. 5.

no sea posible y concurren los requisitos legalmente establecidos<sup>93</sup>.

Los requisitos legales a los que se condiciona la utilización de un "schutzschirm" son<sup>94</sup>:

- El deudor y no un acreedor solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia y solicita, a su vez, un plazo para presentar un plan de insolvencia que, en la práctica, en la mayor parte de los casos, ya está redactado cuando se presenta por el deudor dicha solicitud.
- La solicitud de declaración del procedimiento de insolvencia se vincula a la oferta de seguir gestionando el deudor su patrimonio, bajo un régimen de supervisión y no sustitución de la gestión por un administrador concursal. De esta forma, en el Derecho alemán la InsO establece dos figuras específicas: La *Eigenverwaltung* mediante la cual el deudor que solicita el concurso puede solicitar, como en el DIP norteamericano, que se le mantenga en la gestión de la propia empresa y que, en lugar de un administrador concursal, se nombre un interventor, con funciones de intervención muy restringidas<sup>95</sup>.
- La situación económica del deudor no debe ser en ningún caso de insolvencia (*zahlungsunfähigkeit*), sino de sobreendeudamiento, constituyendo por tanto una herramienta inserta en el ámbito de la preinsolvencia.
- No hay evidencia de antemano de que la sociedad no va a proceder a ser reflotada.
- El deudor acompaña su solicitud del informe de un experto, que puede ser un abogado o auditor, en el que se certifica que en el deudor concurren los requisitos exigidos en los apartados anteriores.

---

<sup>93</sup> SCHMIDT, K., "Insolvenzordnung: InsO", *Kommentar Insolvenzordnung*, 18ª edición, Munich, 2013, p. 1919.

<sup>94</sup> SCHMIDT, K., "Insolvenzordnung...", op. cit., p. 1919.

<sup>95</sup> SANJUÁN MUÑOZ, E., "El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial previos al concurso de acreedores", Tesis Doctoral, *UNED*, 2015, p. 204.

En este marco, se persigue dotar al procedimiento concursal de esta vertiente de reestructuración sin regulación de institutos preconcursales, situándose en este modelo la prevención en la insolvencia inminente, que permite anticipar el momento temporal de apertura del procedimiento concursal, aun cuando hasta el momento con escaso éxito ya que sólo un 1% de los procedimientos concursales solicitados y declarados en Alemania lo son por insolvencia inminente<sup>96</sup>.

En definitiva, nos hallamos ante una protección legal en situaciones anteriores a la insolvencia, con el objetivo de propiciar alcanzar un plan de insolvencia que se aprobará y ejecutará en el marco del procedimiento concursal regulado en la InsO<sup>97</sup>.

## 2.4. Reino Unido

En el derecho inglés se contemplan tres mecanismos a través de los cuales el deudor empresario podrá evitar la tramitación del procedimiento de *winding up* (liquidación): *administration*, *company voluntary arrangement* y los *schemes of arrangement*.

El Derecho Inglés recogido en la "Insolvency Act" de 1986, reformada en virtud de la "Insolvency Act" de 2000 y la "Enterprise Act" de 2002 y muy influido en estas reformas por el informe del Comité Cork de 1982 ("Report of the Review Committee on insolvency law and practice"), se estructura en gran medida en torno a los acuerdos amistosos entre el deudor y sus acreedores sobre la base de una tipificación legal que supone diversos grados de desjudicialización<sup>98</sup>.

Así, además del procedimiento de liquidación ("*winding-up*") se distinguen convenios judiciales con acreedores ("*company voluntary arrangements*"<sup>99</sup> para personas

---

<sup>96</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 121.

<sup>97</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 145.

<sup>98</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 150.

<sup>99</sup> Los denominados "company voluntary arrangements" previstos en relación a sociedades y que coexisten como trasunto para personas físicas con los "individual voluntary arrangements" y su versión simplificada, los "fast-track voluntary arrangement) ("section 263 Insolvency Act"). Constituyen un procedimiento simple y poco costoso que permite un acuerdo entre el deudor, sus acreedores y socios en situaciones

jurídicas e "*individual voluntary arrangements*" para personas físicas) a lo que se añade la administración extrajudicial ("*administrative receivership*") y la administración judicial ("*administration*")<sup>100</sup>.

En otras palabras, bajo el derecho inglés la crisis de la empresa del deudor puede recibir tres tipos de tratamientos diferenciados: 1) la liquidación inmediata de sus activos y la extinción de la persona jurídica titular de dichos activos; 2) la renegociación de la deuda; o 3) la venta de algunos activos del deudor.

#### 2.4.1. Los "*Schemes of Arrangements*" del Derecho Inglés

Los llamados *schemes of arrangement* propios del derecho inglés, no sólo sirven, dentro del ámbito de una negociación preconcursal, para alcanzar acuerdos que permitan la continuidad de la empresa de la que es titular el deudor, sino también su liquidación. Con ello, lo que se pretende es evitar esa situación tan habitual en nuestra práctica en la que los magros recursos del deudor sirven tan solo para hacer frente a los gastos propios de tramitación del concurso y al pago de algunos de los acreedores privilegiados, privando a los acreedores ordinarios de toda posibilidad de cobro<sup>101</sup>.

Los *schemes of arrangement* son un instrumento tradicional en el derecho inglés<sup>102</sup> y que, actualmente se regula en la parte 26 de la *Companies Act* de 2006. Dada la vaguedad con la que se encuentran regulados en dicho texto legal, la mayor parte del desarrollo del régimen legal, la mayor parte del desarrollo del régimen legal se debe a la

---

incluso anteriores a la insolvencia. Deben ser aceptados por los acreedores, resultando "mínima" la intervención judicial que se limita a dirimir, en su caso, discrepancias entre la junta de acreedores y junta de socios y a tramitar la solicitud de anulación del acuerdo en caso de incumplimiento o fraude de acreedores. FINCH, V., "The measures of insolvency law", Oxford J. Legal Studies, núm. 17, 1997, pp. 227-252.

<sup>100</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 150.

<sup>101</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 162.

<sup>102</sup> PAYNE señala que el instrumento objeto de estudio tiene una antigüedad superior a cien años en el derecho inglés que en la actualidad se ha ido incorporando a numerosos sistemas del *Common law*, como pueden ser Australia, Nueva Zelanda, Singapur o Hong Kong. PAYNE, J., *Schemes of arrangement: theory, structure and operation*, Cambridge University Press, 2014, p. 5.

actuación de los tribunales de justicia<sup>103</sup>.

Según dispone la sección 895 de la mencionada parte 26 de la *Companies Act* 2006, a través de este tipo de instrumentos el deudor puede llegar a acuerdos con sus acreedores, ya sean titulares de deudas vencidas, no vencidas o contingentes, con el fin de reestructurar la deuda de la que es titular<sup>104</sup>.

El propósito de los *schemes of arrangement* es permitirle a la empresa llegar a un acuerdo para una reestructuración consensuada con el 75% de una parte de sus acreedores, acuerdo que vincula a todos los acreedores de esa clase (incluso si votan en contra del plan o si no tenían constancia). De esta forma, se evita que un grupo pequeño de acreedores de la sociedad puedan frustrar un acuerdo de refinanciación acordado por la mayoría de los acreedores.

De este modo, la *Companies Act* exige que el acuerdo sea adoptado por el 75% de los votos de los acreedores y de los socios. El *scheme* deberá ser aprobado en una o varias juntas, que serán convocadas por el tribunal<sup>105</sup>. Por ello, será necesario proceder a la clasificación en varias categorías a los acreedores, de tal forma que cada uno podría manifestarse sobre las condiciones del *scheme* que afecten a su clase. No solo será necesario el voto de los acreedores o accionistas que representen el 75% del valor que corresponda a su clase. Además, bajo el derecho inglés es necesario no sólo que vote a favor el 75% del crédito de cada clase o de los accionistas de cada clase, se requiere el voto de la mayoría de los acreedores y accionistas de cada clase, contabilizado por cabezas.

Por lo tanto, la aprobación de un *scheme of arrangement* exige la clasificación de los distintos acreedores atendiendo a las características de su crédito.

---

<sup>103</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 54.

<sup>104</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 54.

<sup>105</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 54.

Estamos ante un procedimiento caracterizado esencialmente por una relevante flexibilidad en su contenido y finalidad, que permite al deudor continuar con su actividad empresarial, en tanto en cuanto, un "scheme" es negociado y acordado y llegar a acuerdos, incluso con acreedores contingentes con créditos de importante cuantía dada la amplitud con que se define jurisprudencialmente el concepto de "acreedor" en el ámbito de los "schemes"<sup>106</sup>.

Así, será el órgano de administración el encargado de negociar el pacto con los acreedores, que posteriormente deberá ser suscrito por los socios y acreedores. En este sentido, señala el propio artículo 895 CA que el *scheme of arrangement* debe ser aprobado tanto por los acreedores como por los "miembros" de la sociedad deudora, lo que implica que los diferentes tipos de titulares de acciones deberán votar favorablemente.

#### 2.4.2. Procedimiento de un "scheme of arrangement" y mecánica negociadora

El procedimiento se inicia a solicitud de la sociedad deudora, o un acreedor, presentada ante el juez inglés, lo que suele venir precedido de una notificación a los acreedores más importantes de cada una de las clases de éstos que se van a constituir, en la que se les informa del tipo de deudas respecto de las que se quiere llegar al acuerdo y la distribución a efectos de voto<sup>107</sup>.

El solicitante deberá explicar la finalidad perseguida con el "scheme" que podría ser liquidativa o conservativa, solicitando la convocatoria de clases de acreedores, lo que constituye un aspecto central del *scheme of arrangement*. En efecto, el acuerdo deberá ser aceptado por los acreedores reunidos en clases, con indicación por parte del solicitante del modo en que han de ser convocados éstos, siendo la ley muy flexible en cuanto a los métodos de convocatoria posibles, y sin que en este momento el tribunal deba evaluar las ventajas o justicia del acuerdo que se propone, limitándose a evaluar si las clases de acreedores que se proponen en este momento, son adecuadas<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 152.

<sup>107</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 153.

<sup>108</sup> DAVIES, P.L., *Principles of modern company law*, Sweet y Maxwell, Londres, 2008, pp. 1064-1068.

La agrupación de los acreedores en clases, se determina sobre la base de acreedores que tengan derechos similares y por consiguiente puedan consultarse mutuamente respecto a su interés común, pudiendo sostenerse que los acreedores de una misma clase tendrán, en principio, criterios similares para emitir su voto, siendo fundamental la correcta constitución de clases con el fin de no viciar el "scheme"<sup>109</sup>.

Presentada la solicitud ante el tribunal, se notifica a los acreedores relevantes la junta en la que habrá de ser aceptada la propuesta de *scheme de arrangement*, lo que habrá de venir acompañado de una declaración explicativa en la que se mencionen los efectos que derivarán del "scheme" y en concreto los efectos en relación con los acreedores sociales si éstos reciben un trato distinto respecto a acreedores de la misma posición.

El *scheme* propuesto debe ser aceptado por los acreedores o, si hay más de una clase de éstos, por cada clase de acreedores en las juntas convocadas por el tribunal sobre la base de la propuesta. Se requiere, en orden a la aceptación del *scheme* por los acreedores, una mayoría numérica de los acreedores que integran cada clase y representativa de créditos, alusiva al porcentaje de la deuda, exigiéndose que los acreedores aceptantes suponen más del 75% del importe de los créditos. Esta exigencia de mayoría numérica orientada a la protección de acreedores minoritarios, en la práctica a veces plantea problemas que impiden la conclusión del acuerdo, propiciando maniobras de acreedores disidentes (por ejemplo, acreedores disidentes pueden dividir sus derechos transmitiendo parte de éstos a sus filiales con el fin de evitar alcanzar la mayoría numérica necesaria)<sup>110</sup>.

Ello constituye una eventualidad que debe ser valorada por el proponente del *scheme* que ha de poder contemplar que razonable obtendrá esa mayoría numérica, ya que, de otra forma, y aun cuando se advirtiera que ello podría ser una maniobra de los acreedores disidentes, el tribunal no podría homologar el *scheme of arrangement*. Ello puede plantear la oportunidad de la exigencia de esta mayoría numérica que parece

---

<sup>109</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 154.

<sup>110</sup> *Ibidem*.



otorgar a los acreedores minoritarios, una protección innecesaria, dado que éstos podrían considerar que reciben un trato injusto en la necesaria audiencia que precede a la homologación del *scheme of arrangement*<sup>111</sup>.

También cabe recordar que el acuerdo adoptado por los acreedores y accionistas debe ser sometido a control judicial<sup>112</sup>. El tribunal podrá rechazar el acuerdo adoptado cuando considere que el Reino Unido no tiene competencia territorial para conocer de la insolvencia del deudor<sup>113</sup> o cuando estime que el acuerdo planteado no resulta justo o razonable. De este modo el acuerdo deberá someterse a un test de razonabilidad, en el cual el Tribunal debe valorar si efectivamente los acreedores siguieron su interés de clase en el ejercicio de su voto. Se señala que en el test de razonabilidad el Tribunal deberá colocarse en la posición de la persona inteligente y honesta y preguntarse si dicha persona consideraría el acuerdo adoptado como justo y razonable. Sobre esta cuestión, los tribunales no exigen que se trate a todos los acreedores por igual, sino que dichos acreedores sean tratados conforme a su rango, permitiendo que los créditos subordinados queden en una situación de desprotección frente al resto de créditos<sup>114</sup>.

La mayor crítica que la doctrina inglesa dedica a la figura de los *schemes of arrangement* consiste en la falta de medidas que busquen la protección a la negociación ya que cualquier acreedor a título singular podría iniciar ejecuciones singulares o solicitar el inicio de un procedimiento de índole concursal, pudiendo incluso solicitar la liquidación de la sociedad deudora<sup>115</sup>.

#### 2.4.3. Contenido de los "*schemes of arrangement*"

Respecto al contenido de los *schemes of arrangement* se parte de un principio de libertad en el contenido del *scheme of arrangement* exigiéndose únicamente que conlleve

---

<sup>111</sup> PAYNE, J., *Schemes of arrangement: theory, structure and operation*, Cambridge University Press, 2014.

<sup>112</sup> PAYNE, J., *Schemes of arrangement...*, op. cit., p. 12.

<sup>113</sup> KIERCE, M., "Schemes of arrangement and their ongoing currency", *Insurance and Reinsurance*, 2010, p. 14.

<sup>114</sup> PAYNE, J., *Schemes of arrangement...*, op. cit., p. 12.

<sup>115</sup> PAYNE, J., *Schemes of arrangement...*, op. cit., p. 7.

un compromiso o acuerdo entre el deudor y sus acreedores, lo que se ha interpretado como "transacción comercial"<sup>116</sup>.

Por lo tanto, el contenido de un *scheme of arrangement* puede ser muy variado ya que este tipo de instrumento no tiene como única utilidad la adopción de cláusulas de quita y espera, sino que a través de los mismos se podrá adoptar acuerdos de muy variada índole como puede ser la venta de la empresa en su totalidad o de algunas de sus líneas de producción, en el caso de sociedades que todavía se encuentran en estado de solvencia; e incluso puede utilizado por deudores insolventes como mecanismo alternativo a la liquidación concursal<sup>117</sup>. En este caso adoptan el nombre de *distribution schemes*. Ante la ausencia de límites sobre el contenido del acuerdo negociado a través del *scheme*, este procedimiento también ha sido utilizado con el objeto de liquidar los activos del deudor y proporcionar una tutela más efectiva a los acreedores.

Por lo tanto, pese esta libertad, en la práctica pueden distinguirse, al menos tres tipos de *schemes* en función de su contenido: *cram-down*, *pre-pack* y *distribution schemes*<sup>118</sup>. Los más frecuentes en la vida diaria son los denominados *cram-down schemes* que conllevan modos de reestructuración y arreglo del pasivo que pasan por la quita (condonación) o la conversión de la deuda en acciones o deuda subordinada, pudiendo conllevar el *scheme*, no sólo la modificación, sino incluso la eliminación de dichos derechos de crédito. Se requiere el consentimiento de cada tipo o clase de acreedores cuyos créditos estén afectados por el acuerdo para que las medidas salgan adelante, imponiéndose incluso una capitalización de deuda si se da dicho "consentimiento de clase" incluso a aquellos acreedores que de forma individual no se muestren a favor de las medidas adoptadas, tanto si son acreedores garantizados como si no lo son<sup>119</sup>.

A modo de conclusión se puede decir que la flexibilidad en cuanto al contenido, y la posibilidad de extender el mismo a personas ajenas al acuerdo, se basa en la tutela

---

<sup>116</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 155.

<sup>117</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 56.

<sup>118</sup> WINDSOR, J., "Una visión panorámica de los "schemes of arrangement" inglés", traducción de Francisco Javier Arías Varona, *RDCP*, núm. 15, 2011, pp. 556-557.

<sup>119</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 155.

jurisdiccional que realiza el órgano judicial. Así, cabe decir que los *schemes of arrangement* se configuran como un procedimiento parcialmente judicializado ya que el deudor debe comunicar al Tribunal la voluntad de llegar a un acuerdo con los acreedores, el Tribunal debe clasificar a los acreedores en distintas categorías y, por último, debe refrendar el acuerdo al que han llegado las partes<sup>120</sup>.

## 2.5. Recapitulación

En Derecho comparado existen dos modelos de procedimientos concursales respecto a la disciplina más o menos completa del mercado regulatorio dentro o fuera del cual se produce la negociación:

Por una parte, están los sistemas concursales “mixtos” o “híbridos” que siguen el modelo de los *prepackaged bankruptcy plans* del Derecho concursal estadounidense (en estos casos, habla la literatura comparada de *expedited reorganization proceedings*). En ellos, la negociación del acuerdo se desenvuelve primero en un marco estrictamente privado y de forma independiente a todo procedimiento reglado supervisado por una autoridad pública (judicial o administrativa), sin perjuicio de la eventual “judicialización” posterior del correspondiente acuerdo colectivo cuando se someta el mismo a eventual aprobación u homologación judicial.

Es el sistema de los convenios anticipados; del procedimiento de “pre-pack a la española” que es la homologación de los acuerdos de refinanciación según la disp. 4a LC (inspirados en el modelo de los *accordi di ristrutturazioni italiani*) y de otros tantos procedimientos de *prepacks* que existen en Derecho comparado. Como esa *pre-pack à la française* que es la *sauvagarde financière accélérée* introducida en ese ordenamiento en la reforma de 22 de octubre de 2010 etc.

Por otra parte, encontramos sistemas jurídicos con procedimientos concursales “completos” en que la negociación del arreglo concursal se produce en el seno del propio procedimiento (*in-court agreements*) independientemente de quien, autoridad judicial o administrativa, impulsa la tramitación. Es el caso de muchos de los

---

<sup>120</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 56.

procedimientos preconcursales que existen en Derecho comparado y del AEP.

Paralelamente, en el Derecho inglés, encontramos dos modelos preconcursales en cuanto a la extensión subjetiva de los efectos del acuerdo que persigue con los acreedores para la prevención del concurso<sup>121</sup>:

De un lado, encontramos el modelo de acuerdo "simple" o "quasi-colectivo" en que los efectos del arreglo preconcursal alcanzan únicamente a los acreedores que voluntariamente se adhieren al acuerdo: quedan fuera del dicho acuerdo los acreedores "externos" que en principio no resultan perjudicados en su posición y que siguen manteniendo el derecho a que sus obligaciones se cumplan íntegramente a su vencimiento sin las quitas o esperas pactadas. Ese modelo es más respetuoso con el principio del *res inter alios acta*, aunque es menos ambicioso. A este modelo responde la conciliation francesa en sus dos modalidades y los *accordi di ristrutturazione dei debiti* italianos y, entre los nacionales encontramos los acuerdos de refinanciación "simples", los no homologados judicialmente, del art. 71.6 LC<sup>122</sup>.

De otro lado tenemos el modelo "fuerte" o "quasi-concursal" de acuerdos preconcursales de masa en que los efectos del convenio se extienden ultra vires, cumplidas que sean ciertas condiciones, no solamente a los que se adhieren al convenio sino a todos los acreedores "afectados" por el mismo, aunque no lo consientan y no voten de forma favorable el acuerdo (acreedores disidentes, preteridos y en general lo que no votaron o apoyaron favorablemente el acuerdo). Aquí existe una profunda desviación de la regla de la eficacia interna de los contratos lo que acerca el acuerdo conseguido en el marco de la institución preconcursal al convenio concursal propiamente dicho. A este modelo responden los "acuerdos preventivos extrajudiciales" argentinos; el fallido mecanismo de la "suspensión de pagos" del Anteproyecto de A. Rojo; la *schutzschirmverfahren* de la última reforma concursal alemana; los procedimientos preconcursales británicos y americanos en relación con las categorías de acreedores afectados por el pre-pack; el procedimiento de *sauvagarde financière accélérée*, etc. A este modelo se afilia el procedimiento de homologación de los acuerdos de refinanciación

---

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., p. 3-8.

<sup>122</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., p. 3-8.

ex disp. ad. 4a LC frente a los acuerdos de refinanciación "simples"<sup>123</sup>.

En función de lo dicho previamente, podemos agrupar, según los dos criterios clasificatorios mencionados, hasta cuatro modalidades de procedimientos preconcursales, que se agruparán por categorías:

**Tabla 1. Clasificación de procedimientos en el Derecho Comparado**

Procedimientos de primera clase	Son procedimientos preconcursales de homologación judicial posterior de acuerdos reorganizativos "quasi-colectivos" (que no son de masa: se negocian con ciertos acreedores que voluntariamente se adhieren) y que son previamente negociados de manera privada (extrajudicial).
Procedimientos de segunda clase	Son procedimientos preconcursales "quasi-colectivo" (que no son de masa) que se negocian y aprueban dentro del mismo procedimiento preconcursal bajo supervisión de autoridad pública y con la eventual intervención de mediador/conciliador/administrador. El ejemplo paradigmático lo constituye en Francia la <i>conciliation</i> bajo la modalidad del <i>accord homologué</i> ex art. L. 611-10 CCom.
Procedimientos de tercera clase	Se trata de procedimientos preconcursales que persiguen la homologación judicial posterior de un acuerdo de masa negociado al margen del procedimiento (acuerdos privados) y para su extensión a todos los

<sup>123</sup> Ibidem

	<p>acreedores "afectados", estén o no agrupados por clases. Los llamados "PrePacks".</p> <p>El modelo paradigmático en Derecho comparado es, por supuesto, el <i>prepackaged bankruptcy plans</i> acordado bajo el Ch. XI del <i>Bankruptcy Code</i> de EEUU. En Alemania, similares fines pueden conseguirse cuando el Plan de Insolvencia se negocia extrajudicialmente y luego se homologa por el Juez (cfr. <i>Insolvenzplan</i>; §§ 217 al 253 <i>InsO</i>). En Argentina, cabe citar los acuerdos preventivos sometidos a homologación judicial ex arts. 69 ss. de su Ley de Concursos y Quiebras.</p> <p>En España podríamos encuadrar en este modo la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación ex disp. ad. 4ª LC y el Convenio Anticipado.</p>
<p>Procedimientos de cuarta clase</p>	<p>Estamos ante procedimientos preconcursales en que la negociación y finalización de un convenio de masa se desarrollan en el marco del propio procedimiento preventivo del concurso.</p> <p>A este modelo pertenecen las siguientes instituciones: en Alemania, el <i>schutzschirmverfahren</i> ex sec. 270b <i>InsO</i>; en Francia: la <i>sauvagarde</i> (cfr. arts. L. 620-1 a 627-4 <i>CCom</i> y arts. 50 a 169 <i>décret</i> 28 décembre 2005) y la <i>sauvagarde financière accélérée</i> (art. L. 628-1 y ss.)..</p>

	<p>En Reino Unido, para fines concursales pueden ajustarse a este modelo, los famosos <i>schemes of arrangements de la part. 26</i> (sec. 985 a 899) de la Companies Act 2006 y los companies/individual voluntary arrangements (section 263 insolvency Act).</p> <p>Los AEP son auténticos procedimientos preconcursales susceptibles de ser incluidos con los del último grupo. Precisamente, lo que unifica a esa serie ordenada de actos reglados del AEP es la finalidad que anima a todo procedimiento preconcursal. A saber: la prevención del concurso del deudor solicitante. A diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación (con finalidad exclusivamente reorganizativa), la finalidad preventiva de los AEP puede articularse a través de dos posibles soluciones o salidas a la (pre)insolvencia:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>i) Un acuerdo de masa de los de continuación de la actividad empresarial o profesional que ponga presumiblemente remedio a la insolvencia ex art. 236.1 LC</li><li>o ii) Una solución "liquidativa" del patrimonio del deudor con la finalidad solutoria de las deudas de acreedores afectados ex art. 236.2 LC, solución ésta que está vedada en el concurso (cfr. art. 100.3 LC).</li></ul>
--	--

Fuente: elaboración propia

## CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN CONCURSAL

### 2.1. Introducción

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización<sup>124</sup> introduce modificaciones a la LC 22/2003, de 9 de julio<sup>125</sup>. Se incluye por primera vez la figura del mediador concursal que es imprescindible para realizar el nuevo procedimiento del AEP que se regula en el Título X de la LC. Se regula, de este modo, un nuevo mecanismo preconcursal de tratamiento de la insolvencia guiado por la figura del mediador concursal, título éste, confuso, deficiente y torpe redacción. Resultado de ello son las numerosas lagunas y las imprecisiones que plantea la nueva figura de los acuerdos extrajudiciales de pago<sup>126</sup>.

También esta figura queda regulada en ciertos aspectos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>127</sup>, que incorpora las normas mínimas establecidas en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008<sup>128</sup>.

Al contrario de lo que ocurre en el ámbito de los acuerdos de refinanciación, el título X de la LC prevé un sistema que se articula sobre la figura del mediador concursal<sup>129</sup>. De este modo el mediador constituye la figura preponderante en el procedimiento extrajudicial de pagos, asignándole la iniciativa de forma completa en la dirección de la negociación. Como se verá a continuación, el sistema previsto en gran medida vuelve a separarse de la mediación al restringir las facultades discrecionales del mediador, pues según el sistema dispuesto en la Ley deberá seguir determinadas pautas,

---

<sup>124</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>125</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio. Concursal. BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

<sup>126</sup> AZNAR GINER, E., "La actuación del mediador concursal...", op. cit., p. 105.

<sup>127</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012 (en adelante, LM).

<sup>128</sup> Directiva 2008/52 CE del Parlamento Europeo y del Consejo. de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DOUEL núm. 136, de 24 de mayo de 2008.

<sup>129</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 118.



como es la relativa a la obligación de convocar una reunión entre los acreedores y el deudor.

Resulta llamativo que a lo largo del Título X no se refiere al expediente negociador nunca como mediación concursal, sin embargo, el legislador sí se refiere en todo momento a esta figura como mediador y es que, aunque el proceso no reúna los caracteres generales de la mediación, la labor que realiza este profesional sí es, al menos parcialmente, la propia de un mediador que busca aproximar las posturas de las partes para alcanzar un acuerdo<sup>130</sup>. En la Ley 5/2012, se desarrolla que el mediador ha de ser una persona neutral, que no ha de imponer el acuerdo entre las partes sino debe de facilitar las posturas y hacer que alcancen un acuerdo.

La conducta activa del mediador está bajo el estricto deber de confidencialidad, y las partes intervinientes en el conflicto no pueden revelar información sobre el procedimiento, además deben de ser leales y colaborar activamente en el proceso.

En este sentido, la mediación supone una solución, compatible con los principios de la LC<sup>131</sup> puesto que es una figura cercana a los acuerdos de refinanciación y tiene como objetivo evitar la judicialización del concurso de acreedores, estableciendo una vía para deudor y acreedor a través del mediador concursal.

Estamos ante una elección de política legislativa cuyo objetivo es favorecer y promocionar los mecanismos preconcursales. A nivel europeo, la Comisión Europea desarrolla la Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y, que, en su tenor, la Comisión sugiere a los Estados Miembros disciplinar un marco legal que permita la reestructuración de las empresas viables con dificultades financieras en una fase previa a la insolvencia y, además, proporcione una segunda oportunidad a los empresarios que se encuentran en concurso por causas ajenas a su honradez y diligencia. En este sentido, nos remitimos al principio del capítulo tercero para observar las diferencias y las similitudes entre los acuerdos de refinanciación y el AEP.

---

<sup>130</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 119.

<sup>131</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *ADCo*, núm. 31, 2014, p. 15.

Finalmente, la Ley ordena al notario solicitar la apertura del procedimiento para nombrar a un mediador concursal a fin de que asuma personalmente la labor de intentar alcanzar un acuerdo. En este caso, la Ley renuncia a calificar al notario como mediador, con el fin de no imponerle los deberes relacionados con el fracaso de la negociación<sup>132</sup>.

## **2.2. Concepto, clases y notas características**

Como paso previo y obligado de aproximación al objeto de este capítulo, debemos exponer las características de la mediación como método autocompositivo de resolución de conflictos, los tipos de mediación, las etapas genéricas de la mediación y finalmente, se mencionará la definición del mediador en la LC.

### **2.2.1. La mediación dentro de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos**

Ante la existencia de un conflicto, nuestro ordenamiento jurídico proporciona distintos métodos de resolución de los mismos. Entre ellos, podemos distinguir de un lado, los métodos heterocompositivos de resolución de conflictos (como el arbitraje y el proceso jurisdiccional), en los que la solución al conflicto viene dada por un tercero imparcial mediante la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico<sup>133</sup>; y de otro, los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, en los que las mismas partes implicadas alcanzan y se otorgan la solución a su disputa (negociación, conciliación y mediación)<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 119

<sup>133</sup> Se caracterizan porque una persona individual, ya sea un juez o árbitro, o colegiada, tribunal o colegio arbitral, e imparcial, resuelve el conflicto que enfrenta a las partes por medio de una solución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo). En estos sistemas, el tercero imparcial, actúa *supra partes*, imponiendo su decisión. SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario jurídico y Económico Escorialense*, núm. 46, 2013, p. 48

<sup>134</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución...”, op. cit., p. 48. En estos sistemas, a través del consenso entre las partes se resuelve el conflicto. Desarrollan una función cívica, al permitir a los ciudadanos evitar o resolver sus conflictos de forma privada.

Los sistemas autocompositivos son los que mejor gestionan los intereses de las partes enfrentadas, al ser ellas mismas las que solucionan su litigio a través del diálogo, ya sea ellas solas o con la ayuda de un tercero, alcanzando un acuerdo o transacción<sup>135</sup>.

A la vista de esta clasificación, podemos calificar a la mediación como un método autocompositivo, y alternativo a la jurisdicción, de resolución de conflictos<sup>136</sup>.

La mediación se encuadra dentro de las *Alternative Dispute Resolutions*, más conocidas como ADRs o sistemas alternativos de resolución de conflictos<sup>137</sup>, que están siendo promovidos desde las instituciones comunitarias y estatales en los últimos años como una alternativa a la Jurisdicción en la búsqueda, de un lado, de “desatascar” los Juzgados y Tribunales y conseguir un sistema judicial más ágil y eficaz; y de otro, de ofrecer al ciudadano nuevos medios para solventar sus conflictos de la forma más satisfactoria posible<sup>138</sup>.

Cuando nos hablan de la mediación, entendemos que la misma es una forma-mecanismo o modo de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador.

En una primera aproximación, podemos considerar que los mediadores no son jueces ni árbitros puesto que no imponen medidas ni juzgan sobre el fondo del asunto. Su objetivo es satisfacer las necesidades de las partes en conflicto, conduciendo el desarrollo de la comunicación y guiándolo por medio de unas etapas en las que, si las partes colaboran, es posible alcanzar una solución en la que todos se benefician o, al menos, se satisfagan sus necesidades<sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución...”, op. cit., p. 42.

<sup>136</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 1.

<sup>137</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación...”, op. cit., pp. 43-72.

<sup>138</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”, *RDCP: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015, p. 161.

<sup>139</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 45.

La mediación se caracteriza por ser un sistema autocompositivo de solución de conflictos en el que son las partes las que tienen el control de decidir si llegar o no un acuerdo, así como el contenido del mismo. Ahora bien, lo que diferencia la mediación de otros métodos es que todo el proceso está encaminado por el mediador, que es el individuo encargado de facilitar la comunicación entre las partes y de ayudarlas a buscar la solución que satisfaga en la mayor medida posible sus respectivas necesidades e intereses, todo ello utilizando técnicas procedentes fundamentalmente del campo de la negociación y la psicología<sup>140</sup>.

La mediación, se diferencia del arbitraje en tres aspectos fundamentales<sup>141</sup>: el primero, en la sumisión a un tercero por las partes; en este caso, al árbitro o al tribunal arbitral que las partes designan. Este hecho se da, pues es el árbitro elegido por las partes el que emitirá un laudo (decreto asimilable a una resolución) que determinará lo que ambas partes están obligadas a cumplir. La mediación ofrece una solución distinta, ya que son las propias partes las que pactan una solución a su conflicto, y tras la labor del mediador, que es quien conduce la dinámica del acuerdo, se controla la legalidad del cumplimiento (incluso por un tercero, distinto a las dos partes y el mediador).

El segundo aspecto fundamental es el dominio del objeto del proceso. Si bien en la jurisdicción civil son las partes las que pueden en todo momento detener, continuar o realizar cambios en el objeto o incluso transaccionar sobre el mismo, bien es cierto que este hecho no se puede realizar en todos los procesos jurisdiccionales, ni en todo momento procesal ni en todos los órdenes. En el arbitraje tenemos el mismo inconveniente, pues se establecen limitaciones en el proceso, así como la sumisión impide la negociación directa entre partes en muchas ocasiones. En la mediación, las partes pueden incorporar, reducir, ampliar, cambiar y modificar con total libertad el objeto y los términos del acuerdo en todo momento, por ende, es un sistema mucho más versátil y maleable.

---

<sup>140</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 161.

<sup>141</sup> BORONAT OMBUENA, G.J., y RUIZ HALL, D.B., “Mediación mercantil: alternativa jurídica para las empresas”, *Estrategia Financiera*, núm. 329, 2015, p. 25.

En tercer lugar, la mediación reduce especialmente los costes frente a los demás sistemas de resolución de conflictos. La mediación no tiene ni aranceles ni costas, siendo que no tiene imputaciones por importes de la causa, sino que se puede abonar por ejemplo por horas de trabajo del mediador (como cualquier otro profesional independiente) o, incluso, como contrato de obra o servicio, su coste es mucho menor que el de las alternativas de resolución, esto es, la vía jurisdiccional y la vía del arbitraje<sup>142</sup>.

Ahora bien, más que de una alternativa a la Jurisdicción, cuando hablamos de mediación la doctrina hace referencia a una función complementaria a la misma, ya que la labor del mediador no es la de resolver el conflicto, sino ayudar a las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a la solución que crean más adecuada<sup>143</sup>. En esta idea hace hincapié el art. 8 de la Ley 5/2012 al establecer que “las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación”.

Se diferencia por tanto del arbitraje en tanto que la sumisión voluntaria a una mediación no supone la renuncia a la jurisdicción voluntaria, sino que permite a las partes llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia planteada, en su caso. Por el contrario, la sumisión a arbitraje sí que implica renunciar a acudir a los tribunales, ya que el conflicto es resuelto con eficacia de cosa juzgada y de forma vinculante para las partes por el árbitro, quien viene a sustituir a la figura del juez<sup>144</sup>.

En resumen, el mediador es un tercero neutral que resuelve de las diferencias de las partes enfrentadas ayudándolas a alcanzar un acuerdo. El mediador actuará como canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes expresen su versión de la situación, ayudándolas a que acerquen sus posiciones y a que finalmente resuelvan la controversia<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> BORONAT OMBUENA, G.J., y RUIZ HALL, D.B., “Mediación mercantil...”, op. cit., pp. 25-27.

<sup>143</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 107 a 112.

<sup>144</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 162.

<sup>145</sup> SAN CRISTÓBAL REALES, S., “Sistemas alternativos de resolución...”, op. cit., p. 47.

En este sentido, son muchas las ventajas que se atribuyen a la mediación frente a la jurisdicción ordinaria<sup>146</sup>:

- La voluntariedad del procedimiento lo que permite a las partes mantener en todo momento el control sobre la decisión que finalmente solucione la controversia.
- La confidencialidad, principio rector de toda mediación, que permite preservar la intimidad de los sujetos participantes en la misma.
- El hecho de que la mediación suponga una reducción de costes temporales, ya que las mediaciones se suelen celebrar en una o varias sesiones en un corto período de tiempo; económicos, ya que implica una menor utilización de recursos tanto humanos como materiales; y emocionales, debido a que el procedimiento de mediación, a diferencia del judicial, no suele alargarse en el tiempo, lo que conlleva un claro desgaste emocional y a que son las partes las que llegan al acuerdo y no un tercero, de ahí que al no haber ganadores y perdedores hay más probabilidades de que las partes mantengan una relación fluida en el futuro.
- La flexibilidad tanto del procedimiento como de la solución al conflicto a que puede llegarse como consecuencia de la mediación, la cual no necesariamente habrá de ser la más ajustada a derecho, pero sí la más ajustada a las necesidades reales de los sujetos implicados.

### **2.2.2. Clases de mediación**

En cuanto a las clases de mediación, es importante tener en cuenta que de la misma manera que puede hablarse de mediación intra-judicial, cuando tiene lugar en el marco de un proceso judicial, también es posible la mediación extrajudicial, la cual tiene lugar al margen de los tribunales de justicia. Y no es ésta la única clasificación que puede realizarse, sino que se distinguen principalmente tres clases de mediación en función de las técnicas empleadas por el mediador y el objetivo específico que se busca mediante el empleo de las mismas. Así, la doctrina viene distinguiendo<sup>147</sup>:

---

<sup>146</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 161.

<sup>147</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 162.

- El modelo lineal o de Harvard, que se caracteriza porque el mediador tiene un papel directivo del proceso, llegando incluso a proponer soluciones a las partes en conflicto.
- La mediación facilitadora, en la cual el mediador trata de crear un marco en el que las partes puedan llegar a un acuerdo lo más satisfactorio posible, pero sin proponer soluciones o emitir opiniones a lo largo del proceso.
- La mediación transformativa, la cual tiene por finalidad primordial trabajar con las partes para mejorar la calidad de su relación en el conflicto, pasando de una posición negativa y destructiva a otra positiva y constructiva mientras debaten y examinan diversos temas y posibilidades de solución.

### **2.2.3. Etapas genéricas de la mediación**

El proceso de mediación, en sentido genérico, presenta una serie de etapas en las que se promueve la comunicación y el entendimiento entre las partes en conflicto, a saber<sup>148</sup>:

- Fase previa de mediación: fase preparatoria y primaria a la mediación propiamente dicha, en ella se confecciona las condiciones que facilitan el acceso a la mediación. En ella se habla con las partes por separado, se explica el proceso a seguir y se solicita su consentimiento para acudir a la mediación.
- Fase de mediación: en esta fase, se realiza la presentación de las reglas del juego, se escucha a las partes intervinientes; se aclaran los posibles problemas que aparezcan entre las partes y se proponen soluciones para solventar los conflictos existentes.

### **2.2.4. La definición del mediador en la Ley Concursal**

La idea fundamental que debemos tener de la mediación, está recogida en el apartado primero de la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, donde establece específicamente que: “La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución de conflicto por las propias partes, de una

---

<sup>148</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 46.

forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final de los conflictos”.

La definición estricta de mediador es la que define al mediador como aquella persona que actúa como un medio de solución de controversias entre dos personas para que entre ellas puedan alcanzar un acuerdo<sup>149</sup>.

En cambio, la definición de mediador concursal se desprende del artículo 232 LC donde se establece que el mediador concursal es aquella persona física o jurídica que es nombrada por el propio deudor para poder iniciar un procedimiento extrajudicial de pagos.

Partiendo de la definición del art. 233.1 LC<sup>150</sup>, podemos afirmar que el mediador concursal podrá ser tanto persona natural como persona jurídica.

La mediación es una vía para dar solución a la insolvencia de manera extrajudicial. En la mediación rige en principio de confidencialidad que se hace notorio a la hora de negociar con los acreedores en el marco de la insolvencia del propio deudor.

La finalidad de la figura del mediador concursal es la aprobación del AEP que permite la continuidad de la empresa. Lo realiza con la adhesión de los acreedores al plan de pagos realizado por el propio mediador concursal.

Algunos autores<sup>151</sup>, pretenden introducir en la figura de mediación en el concurso, al amparo de los últimos avisos de la introducción de esta figura en la legislación concursal para pequeñas y medianas empresas de forma obligatoria. De este modo, como

---

<sup>149</sup> Véase el artículo 1 Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>150</sup> “El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del "Boletín Oficial del Estado", la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia”.

<sup>151</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 210-215. PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1)”, *Diario La Ley*, 2013, pp. 10-18.



se señala en la doctrina<sup>152</sup>, se busca introducir una especie de “preadministrador concursal” en el “preconcurso” que incluso luego sería elegido administrador concursal. Estos autores conciben al mediador con una función predominantemente directiva, cuando no coercitiva. Se pretende que este mediador ilustre al deudor sobre sus posibilidades en el concurso, y que incluso pueda imponer determinados aspectos en la negociación.

Si lo que se quiere es esto, la doctrina<sup>153</sup> considera que no se le debe denominar mediador y propone como alternativa la designación de un “preadministrador” concursal desde el mismo momento de la presentación de la comunicación previa contemplada en el art. 5.3 LC.

Por otro lado, no puede ser nombrado con posterioridad administrador concursal por dos motivos:

- Pérdida de neutralidad. Este mediador podría perder la neutralidad y perder el interés a la hora de alcanzar un acuerdo ya que la obtención de honorarios del concurso podría resultarle igualmente interesante. Por ello, se pierde la neutralidad por su labor ya que percibiría doble retribución tanto por mediar como después por sus funciones propias de administrador concursal.
- Pérdida de confidencialidad. En segundo lugar, podría verse afectada la confidencialidad propia de todo proceso de mediación facilitando que las partes expongan sus problemas reales y favoreciendo después la consecución de acuerdos. ¿Qué concursado se va a arriesgar a dar información que después pudiera favorecer la interposición de acciones de reintegración por parte del administrador concursal?

---

<sup>152</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física, freshstar y mediación concursal. La rehabilitación del deudor”, *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 8172, 2013, p. 3. PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda...”, op. cit., pp. 10-18.

<sup>153</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física...”, op. cit., p. 3.

Por ello, si se busca un mediador con facultades de imposición de acuerdos y posteriormente que sea nombrado administrador concursal, deberá buscarse un nombre nuevo y no el de mediador para evitar confundir ambas instituciones o, por el contrario, crear una etapa de intermediación en el concurso<sup>154</sup>.

## 2.3. Naturaleza jurídica

### 2.3.1. Naturaleza híbrida

La figura del mediador concursal es compleja<sup>155</sup> ya que, de una parte, se aleja de la institución del mediador propiamente dicho tanto por lo que respecta a su naturaleza jurídica como por sus funciones.

Algunos autores han defendido que, tal y como está configurado el expediente del AEP, existe margen para que el mediador despliegue sus particulares habilidades profesionales<sup>156</sup>.

Sin embargo, el carácter reglado del procedimiento, los breves plazos a que se sujeta la actuación del mediador y la quiebra de los principios rectores de la mediación que se produce en este marco y a los que ya hemos hecho referencia, hacen que la doctrina mayoritaria se incline por entender que estamos ante una figura híbrida a caballo entre el mediador y el administrador concursal: un “negociador” que algunos califican de “administrador extraconcursal”<sup>157</sup>.

La denominación de mediador concursal es confusa ya que las funciones del mismo no están relacionadas con los principios que debe requerir un mediador en los términos de la Ley de Mediación. Principalmente en el procedimiento de mediación el mediador no propone ningún acuerdo, sino que busca que las partes alcancen su propio acuerdo<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física...”, op. cit., p. 3.

<sup>155</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física...”, op. cit., p. 3.

<sup>156</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8264, 2014.

<sup>157</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 16.

<sup>158</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física...”, op. cit., p. 3.

Así, son muchas muy variadas las funciones encomendadas al mediador concursal a lo largo del expediente del AEP, que "exceden de las funciones tradicionalmente asignadas a la mediación, que en principio se limita a acercar posiciones entre las partes, con el fin de que las mismas alcancen un acuerdo sobre una controversia existente entre ellas"<sup>159</sup>. De esta manera, concluye que estamos ante una figura nueva con características especiales y propias no asimilables a las del mediador, regulado en la Ley de Mediación de asuntos civiles y mercantiles.

En el mismo sentido, las funciones del mediador civil no se ajustan a las del mediador concursal, ya que se puede decir que en realidad este no actúa como lo hace un mediador. Además, en la fase concursal actúa como administrador concursal, con lo que, además, viene a quebrar el principio o exigencia básico de la mediación de confidencialidad, ya que podría actuar en la fase de concurso cuando 'ha intervenido' en la fase de la negociación con los proveedores"<sup>160</sup>.

A lo que se debe añadir que el desarrollo de la reunión con los acreedores es una prueba más de que la función del mediador concursal y su relación con los acreedores se aleja bastante de ser la que está configurada en la relación entre el mediador civil y mercantil y las partes del conflicto, puesto que, en relación con los acreedores que no vayan a la reunión, se les sanciona en la graduación de sus créditos<sup>161</sup>.

De hecho, en lo no contemplado en la LC en cuanto al mediador concursal, se efectúa una remisión, no a la Ley 5/2012, sino a lo dispuesto "en materia de nombramiento de expertos independientes" (art. 233.1 LC). Incluso un examen del RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, basta para percatarse como todo lo relativo a los mediadores concursales aparece, por así decirlo, "incrustado" o "injertado" en dicho texto legal, aislado respecto del todo que constituye el RD

---

<sup>159</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 800.

<sup>160</sup> MAGRO SERVET, V., "Análisis de la nueva figura del mediador - 'posible administrador' - concursal. ¿Mediador o 'negociador' mercantil?, *Práctica de tribunales*, núm. 109, 2014, p. 4.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

980/2013, que tiene por objeto la mediación de la Ley 5/2012. Ni se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago como mediación concursal, o como un subtipo de mediación. Por así decirlo, el citado RD 980/2013 tiene por objeto el desarrollo de determinados aspectos de la mediación civil y mercantil y, accesoriamente, analiza un aspecto de los mediadores concursales.

Realmente, no nos encontramos ante una mediación. aunque se califique de forma coloquial como ‘mediador concursal’. Ello se debe a que en el AEP no hay controversia alguna entre las partes que se pretenda solventar a través de la mediación, sino, simplemente, se busca alcanzar un acuerdo de pago de las deudas contraídas por el deudor con el acreedor, a iniciativa de aquel<sup>162</sup>. Además, las partes se ven limitadas por el procedimiento diseñado por el legislador en los arts. 231 y ss. LC.

La función del llamado ‘mediador concursal’ no consiste en la autocomposición de una (supuesta) polémica o conflicto, sino que se inserta como una pieza más de un procedimiento cuya motivación es la prevención preconcursal<sup>163</sup>.

Aunque el procedimiento es voluntario para el deudor, se obliga a participar en su negociación a los acreedores, con la excepción del crédito público, bajo la pena de ver subordinados sus créditos en un posterior concurso del deudor.

Realmente esta figura del mediador es más cercana a la “preconcursalidad” que, como un profesional del concurso, ya que de salida no lo es<sup>164</sup>. Ello porque el mediador va a actuar en la fase del denominado “AEP”, es decir, en una fase anterior al concurso. Por este motivo, la doctrina ha criticado la denominación de mediador para quien en realidad no parece cumplir la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, así como la propia Ley 5/2012 de mediación<sup>165</sup>.

---

<sup>162</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., 2016, p. 13.

<sup>163</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADCo*, núm. 32, 2014, p. 5.

<sup>164</sup> PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8264, 2014, pp. 1 y ss.

<sup>165</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador...”, op. cit., p. 4.

En este sentido, la filosofía del mediador civil no se asimila a la del mediador concursal, ya que podemos decir que, realmente, su actividad no es la propia de un mediador. Tampoco empieza a actuar en la fase concursal, y cuando lo haga, si lo hace, actuaría como administrador concursal, con lo que, además, no cumple con el principio o requisito básico de la mediación de la confidencialidad, ya que podría actuar en la fase de concurso cuando “ha intervenido” en la fase de la negociación con los acreedores, incluso en las medidas de refinanciación a que hace referencia el RDL 4/2014, de 7 de marzo.

Aunque ciertamente las habilidades específicas en materia de negociación exigibles al administrador concursal-mediador deberían garantizar una mayor probabilidad de éxito en la obtención de acuerdos con los acreedores, la merma de los principios rectores de la mediación, así como lo breves plazos y encorsetados márgenes a que se sujeta la actuación del mediador concursal, hacen que estemos ante supuesta novedad en la que la actuación a desplegar por el mediador concursal difiere poco de la labor a desarrollar por cualquier administrador concursal en fase de convenio<sup>166</sup>.

Distinto sería que se hubiera introducido una verdadera mediación como fase previa voluntaria al concurso, de manera que, fracasado el intento de acuerdo, se iniciase el procedimiento concursal de forma ordinaria donde se designase a un administrador concursal distinto del que hubiese actuado como mediador, ya que pese a que esto pudiera suponer un cierto retraso, “sólo por el hecho de poder de reducir el amplio número de supuestos en que los concursos acaban en una liquidación en nuestro país merecería la pena”<sup>167</sup>.

Por lo tanto, el concepto de mediador concursal induce a confusión ya que el denominado mediador concursal, ni es mediador, ni es concursal. No es concursal porque todas las funciones que se le otorgan se dirigen a alcanzar un AEP que evite la declaración del concurso, por lo que desarrolla sus funciones al margen del concurso y con el objetivo de esquivarlo. Por otro lado, la calificación de mediador a este negociador es errónea

---

<sup>166</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 167.

<sup>167</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “La mediación en el ámbito del concurso de acreedores, *Diario La Ley*, núm. 8020, 2013.

puesto que no nos encontramos con una figura inspirada en algunas de sus actuaciones en los principios que ha de regir la actuación de todo mediador, disponiendo, además, de unas facultades decisorias que son manifiestamente discordantes con esta figura<sup>168</sup>.

No solo impulsa formalmente el proceso, sino que participa de forma activa (proactivo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final. Facilita la negociación y controla el resultado final<sup>169</sup>.

La mediación concursal no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es simple y llanamente, la participación de un profesional especializado en materia concursal al que la Ley concede unas funciones específicas, la más destacada, elaborar un plan de pagos, y con los límites y requisitos que marca la Ley<sup>170</sup>.

Además, no se ajusta a la consideración de un órgano del concurso. Puede crear dudas la solución adoptada, dado que las funciones del mediador y la del administrador concursal presentan diferencias insalvables<sup>171</sup>. Como mucho se podría decir que es un órgano concursal no necesario al igual que la Junta, de acuerdo con los artículos 116 y ss. LC, ya que sólo procederá su actuación dentro del proceso-concurso, una vez instado el concurso consecutivo y aquí, salvo motivo justificado, se convierte en administración concursal, dejando de ser mediador concursal.

---

<sup>168</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador...”, op. cit., p. 4.

<sup>169</sup> SANJUÁN MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica...”, p. 2.

<sup>170</sup> SENÉS, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 1, 2014, p. 58.

<sup>171</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, M.d.P., PORFIRIO CARPIO, L. (Directores). *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 22.

Por ello, hay autores que asimilan el mediador concursal a un gestor<sup>172</sup> e, inclusive, por su cercanía al administrador concursal. En este último caso, se podría considerar que “el papel asignado por la Ley al mediador se asemeja más al del administrador concursal que a la pretendida figura de un ‘amigable componedor’ en la medida en que el mediador es, además de la persona encargada de promover el acuerdo entre las partes, el encargado de redactar y presentar el plan de pagos a los acreedores”<sup>173</sup>.

En definitiva, el mediador concursal tiene una naturaleza jurídica “híbrida”, “sui generis” o de “tertium genus” ya que en el ordenamiento jurídico nos encontramos con instituciones varias, similares, tales como el perito forense de la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 335 a 352); el auditor de cuentas con su propia normativa; el experto independiente designado por el registrador mercantil (art. 71 bis LC), dentro del cuadro de los acuerdos de refinanciación hasta la propia administración concursal recogido por la legislación concursal.

Cierto sector doctrinal<sup>174</sup> opina que una vez se ha dado comienzo al concurso, generalmente debe nombrarse al mediador como administrador concursal. De este modo, la intervención del mediador no se limita a realizar de intermediador entre el deudor y los acreedores para que alcancen el AEP, sino que se convierte en un acompañante y testigo cualificado de la evolución que existe de la relación entre el deudor y los acreedores.

Luego, el mediador concursal podría encontrarse a medio camino entre las figuras anotadas, presentándose en cualquier caso una dificultad en su configuración jurídica.

En este sentido, respecto a las diferencias entre el AEP y la mediación, destaca especialmente, que habría sido un gran acierto que el legislador hubiera hablado de ‘administrador preconcursal, extraconcursal o extrajudicial’ en vez de ‘mediador concursal’ pero una vez más, la oportunidad se ha perdido<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales”, *RDCP*, núm. 21, 2014, p. 41.

<sup>173</sup> ESPINAR, E., “Cómo evitar el concurso de acreedores en tres meses: el mediador concursal”, *Andalucía Económica*, 2013, pp. 58 y 59.

<sup>174</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 19.

<sup>175</sup> ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Concurso de acreedores de persona física...”, op. cit., p. 3.

Aunque desde el punto de vista de la cualificación de ambos ciertamente puede considerarse que existe cierto un paralelismo entre ambas figuras, independientemente de que el mediador concursal tendría un ‘plus’ de cualificación en cuanto a su formación específica en materia de concurso, las similitudes finalizan en el régimen de actuación de ambos y la propia mecánica del procedimiento del AEP<sup>176</sup>.

Además, el Código de conducta europeo para mediadores<sup>177</sup> se acomoda difícilmente a las tareas atribuidas al mediador concursal en el AEP, en concreto, cuando éste tiene que iniciar el concurso consecutivo (art. 242 LC).

Este código de conducta fija varios principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad, pero que no encajan en el mediador del AEP, pese a que, como afirma dicho código, se busca que sea aplicable a todo tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>178</sup>.

No olvidemos que, en la mediación predomina la buena fe entre las partes y una serie de habilidades de acercamiento, mientras que el mediador que insta el concurso consecutivo, en este último caso, supone la apertura de la fase de liquidación y, con ello, la delimitación de la sección de calificación del concurso<sup>179</sup>.

Junto a ello, el mediador se rige por la confidencialidad, cuestión que la reglamentación del acuerdo extrajudicial “pasa por alto”, especialmente, por la publicidad asociada y vinculada a la figura del mediador concursal desde su nombramiento hasta el cumplimiento de las distintas funciones a él atribuidas (art. 233 LC). En este sentido, el RDL 1/2015 tiene en cuenta este deber de confidencialidad en las funciones asignadas al

---

<sup>176</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., pp. 166-167.

<sup>177</sup> [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf)

<sup>178</sup> A efectos del código, la mediación se define como todo proceso en el que dos o más partes acuerdan designar a un tercero – en adelante “el mediador” – para que les ayude a solucionar un conflicto llegando a un acuerdo extrajudicial e independientemente de cómo dicho proceso pueda llamarse o denominarse comúnmente en cada Estado miembro.

<sup>179</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 53.



mediador concursal, aunque lo hace de forma insuficiente<sup>180</sup> sólo referido al concurso consecutivo (Art. 242 LC).

Como se ha dicho, las funciones del mediador concursal exceden a las funciones tradicionalmente asignadas a la mediación<sup>181</sup>. Facilita la negociación y evalúa el resultado final y, por tanto, sus funciones deben ser, tras la identificación del problema y la elección del sistema de mediación previsto en la norma, funciones alejadas de los principios que rigen la mediación<sup>182</sup>:

a) Recopilación de información. Esta función está recogida expresamente en la ley al indicar que el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos. Así, se encomienda, en el art. 234.1 LC, al mediador concursal, tras su aceptación, la función de comprobar en el plazo de diez días: de un lado, los datos y documentación aportada por el deudor, pudiendo requerir su complemento, subsanación, así como instarle a corregir los errores eventualmente concurrentes; de otro, la existencia y cuantía de los créditos, pudiendo tener incidencia un comportamiento poco colaborativo del deudor en esta materia en una posterior sección de calificación culpable de un eventual concurso consecutivo, con las consecuencias que ello pudiera tener en supuestos de deudor persona física, en orden a poder obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho ex art. 178 bis LC<sup>183</sup>.

b) Definición del problema y búsqueda de opciones. Cuestión ésta limitada legalmente al indicar que el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. El plan de pagos vendrá acompañado de un plan de viabilidad y recogerá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, conteniendo, en su caso, el establecimiento de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará. El plan de pagos contendrá obligatoriamente una propuesta de negociación

---

<sup>180</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 53.

<sup>181</sup> HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, GAIA Ed., Madrid, 1993, pp. 48 a 54, 12 y 13.

<sup>182</sup> SANJUÁN MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica...”, op. cit., p. 2.

<sup>183</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 801.

de las condiciones de los préstamos y créditos, así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a cumplirse en sus plazos de vencimiento.

c) Redefinición de las posturas y negociación. Algo que en la norma se produce en dos momentos<sup>184</sup>: por un lado, cuando indica que, dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán mostrar propuestas alternativas o propuestas de modificación. El mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. Y en un segundo lugar en la propia reunión cuando indica que el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se modifiquen las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión.

d) Adopción y redacción del acuerdo. Que la Ley entiende debe elevarse a escritura pública. Si bien hasta ahí alcanzaría la función del mediador en el sentido en que lo hemos señalado, la propia ley atribuye también otra más como es la vigilancia del cumplimiento de dicho acuerdo y obligación posterior (en caso de imposibilidad o incumplimiento) de requerir la declaración de concurso.

### **2.3.2. Diferencias respecto al mediador tradicional**

En este punto, se analizará punto por punto los rasgos generales de la mediación, para valorar si concurren en algún grado en el AEP donde interviene el mediador concursal<sup>185</sup>:

#### **a) Voluntariedad**

La voluntariedad respecto al mediador, referida a la posibilidad que debe asistir a

---

<sup>184</sup> Estos dos momentos entendemos no son excluyentes de la necesidad de atender el conflicto en función de las peculiaridades y particularidades propias del mismo y, por tanto, atendiendo a cada tipo de conflicto existente, con cada acreedor y en función (o limitado) a las posibles soluciones que finalmente se admiten.

<sup>185</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., pp. 8-10.

las partes de elegir o proponer el mediador que desean que les asista (art. 16 LM). La voluntariedad en la mediación tradicional tiene una doble vertiente: someterse al proceso y a su desarrollo; pero también voluntariedad respecto a su finalización puesto que, en cualquier momento, cualquiera de las partes puede abandonar la mediación iniciada<sup>186</sup>.

No obstante, a diferencia del arbitraje, donde el pacto de sumisión a arbitraje supone la renuncia a la jurisdicción ordinaria, en sede de mediación establece el art. 6.2 de la Ley 5/2012 que “Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”.

Para algunos, el mero hecho de tener que intentar siquiera la mediación en estos supuestos va en contra del principio de voluntariedad<sup>187</sup>. No obstante, desde el momento en el que se incluye la cláusula de sumisión a mediación en un contrato es algo totalmente voluntario, el mero hecho de tener que “intentar” luego el procedimiento no implica una infracción de dicha voluntariedad sino del deber de cumplir la obligación asumida previamente<sup>188</sup>.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de cláusulas, los términos en que está redactado el artículo hacen que más que ante una obligación exigible de forma coercitiva, nos encontremos ante un mero compromiso de carácter vago donde la palabra “intentar” puede ser interpretada de diversas formas: de la misma manera que podría entenderse que supone al menos la necesidad de iniciar el procedimiento e intentar, de buena fe, alcanzar un acuerdo<sup>189</sup>, también puede defenderse que bastaría con que las

---

<sup>186</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 162.

<sup>187</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., “El acuerdo de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir). *Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>188</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 163.

<sup>189</sup> SERRANO GÓMEZ, E., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, en GARCIA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Codirectores), Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, 2012, p. 108

partes, en base al compromiso aceptado, tengan al menos la intención inicial de mediar aunque ni siquiera lleguen a ponerse de acuerdo sobre cuándo o quién será el mediador designado. En todo caso, lo que parece indiscutible es que el quebrantamiento del deber de actuar de buena fe podría dar lugar a la consiguiente responsabilidad civil, otra cosa es que pueda llegar a demostrarse la existencia de daños o perjuicios, lo que parece algo difícil desde el momento en que el control del resultado de todo procedimiento de mediación reside en las partes<sup>190</sup>.

En el ámbito concursal, el acceso al procedimiento no es voluntario para las dos partes, sino voluntario de una de ellas, el deudor. Efectivamente, el procedimiento se iniciará mediante la solicitud del deudor del nombramiento del mediador concursal, sino que los acreedores resulten escuchados respecto a su voluntad de acceder a este procedimiento. Por lo tanto, la mera solicitud de nombramiento del mediador se produce unilateralmente, a voluntad del deudor, sin que se dé la voluntad de los acreedores.

En este sentido, no puede hablarse de voluntariedad por parte de los acreedores a quienes afecta el AEP, quienes se ven “obligados” a participar en la misma acudiendo a la reunión convocada por el mediador concursal o a manifestar al menos su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, ante el riesgo de que su crédito sea calificado como subordinado en un ulterior concurso ex art. 237.1 LC<sup>191</sup>. Además, existiendo acuerdo mayoritario por parte de los acreedores, el AEP será vinculante para todos aquellos que deban quedar afectados, es decir, todos menos los titulares de créditos con garantía real con ciertos matices y los acreedores de Derecho Público en todo caso, a diferencia de lo que acontece en una verdadera mediación donde las partes implicadas pueden aceptar libremente o no el acuerdo.

Tampoco el abandono del procedimiento responde a la voluntad de las partes en sí mismas consideradas (en mediación, no pueden ser consideradas de otro modo), toda vez que éste debe producirse por el acuerdo de la mayoría del pasivo que deba verse afectado por el acuerdo. La voluntad del mediador sobre la renuncia a continuar con el

---

<sup>190</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 163.

<sup>191</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 167.

procedimiento (ex. art. 22 LM), no se aprecia en torno al mediador concursal<sup>192</sup>, ya que únicamente se contempla la posibilidad de aceptar el nombramiento (arts. 233 y 71 bis LC).

Lo mismo cabe decir respecto a la aceptación o aprobación del acuerdo, pues el juego de las mayorías impide concebir que el acuerdo haya sido alcanzado por medio de la voluntad de todas las partes del conflicto (lo que exigiría unanimidad).

## **b) Confidencialidad**

Esencial a toda mediación es la confidencialidad que han de respetar no sólo al mediador, el cual está protegido por el secreto profesional, sino también las instituciones de mediación y las partes intervinientes, los cuales “no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento”, por lo que no estarán “obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

- Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.
- Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal” (Art. 9.2 LM).

Algunos autores<sup>193</sup> han criticado que el deber de confidencialidad que incumbe al mediador pueda ser dispensado de común acuerdo por las partes convirtiendo al mismo en perito o testigo en un juicio posterior. En este sentido, la confidencialidad es lo que permite crear un clima de confianza en el que las partes puedan compartir información que permita alcanzar soluciones idóneas.

---

<sup>192</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 15.

<sup>193</sup>GARCÍA VILLALUENGA, L., “Art. 9. Confidencialidad”, GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Directores), FERNÁNDEZ CANALES (Coordinadora), en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentario a la Ley 5/2012*, Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, 2012, p. 135.

La confidencialidad es una característica que obliga a someter a secreto los documentos, sesiones o actuaciones de contacto, siendo aplicable tanto al mediador como a las partes<sup>194</sup>. El fundamento de dicho rasgo es la seguridad jurídica, y que, de esta manera, lo tratado no tenga una publicidad hacia terceros no deseada y que pueda afectar al fondo o la forma del asunto. Esta confidencialidad se extiende, como se dice en el art. 7 de la Directiva 2008/52/CE, “que los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso”, con las particularidades de razones de orden público o si es necesario para la ejecución del acuerdo.

En efecto, una de las características determinantes de la mediación es la confidencialidad de todo lo ocurrido en la misma, incluyendo la documentación, e incluso la existencia misma del procedimiento de mediación, y es que uno de los atractivos de la mediación.

En cuanto a las consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de confidencialidad, el art. 9.3 de Ley de Mediación se limita a indicar que “generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico”, por lo que, de poder probarse, daría lugar a la consiguiente responsabilidad civil contractual.

A tenor del art. 10.2 de la Ley de Mediación “las partes sujetas a mediación actuarán entre sí conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo”.

Podemos decir, como se ha dicho previamente, que en el AEP no existe confidencialidad ni se busca crear un clima de confianza, con la salvedad del concurso consecutivo.

La Ley 14/2013 no recoge en su articulado ninguna referencia, menos aún obligación, de confidencialidad respecto a lo negociado en el arreglo extrajudicial o en relación al mediador concursal. El mediador concursal no queda salvaguardado por el

---

<sup>194</sup> ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “El mediador en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 8328, 2014, p. 5.

secreto profesional ya que, en primer lugar, no se le exige confidencialidad y, en segundo lugar, ello sería absolutamente incongruente con el entero procedimiento y las funciones asignadas a este profesional<sup>195</sup>.

De este modo se produce una quiebra en cuanto al principio de confidencialidad pues será el mediador concursal convertido en administrador concursal que hubiera solicitado el concurso el encargado de informar sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para la exoneración del pasivo insatisfecho o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación (art. 242.2 LC). Por este motivo, añade que se pierde por el camino la razón principal de que las mediaciones resulten útiles en la práctica: es a través de la confianza que el mediador consigue generar en las partes que éstas se animan en la mayoría de los casos a suministrar información que puede resultar útil para ampliar el abanico de opciones y facilitar la adopción de acuerdos<sup>196</sup>.

Con este procedimiento extrajudicial no se protege el más mínimo nivel de privacidad y confidencialidad, como muestra el hecho de que cada paso apreciable en la tramitación haya de ser publicado en los Registros públicos correspondientes. El hecho de que el mediador concursal pueda ser nombrado administrador concursal en caso de iniciarse el concurso consecutivo, elimina toda protección de la confidencialidad<sup>197</sup> (el mediador ordinario no podía si quiera ser llamado como testigo al procedimiento judicial, mientras que el mediador concursal gestionará el procedimiento judicial).

### **c) Neutralidad**

La neutralidad significa la prohibición del mediador de imponer o influir en la adopción del acuerdo, pues este pertenece exclusivamente a la voluntad de las partes.

---

<sup>195</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 15.

<sup>196</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 167.

<sup>197</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 15.

Como dice sostiene un sector de la doctrina<sup>198</sup>, con apoyo en el art. 8 LM a cuyo tenor “Las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación...”, hablar de neutralidad es “hablar del respeto del mediador a lo que son y traen las partes y del lugar que el tercero ha de ocupar respecto del conflicto que presentan”. Por este motivo, el mediador habrá de llevar especial cautela a la hora de emitir opiniones o de proponer soluciones, en su caso, dentro del proceso de mediación.

Pues bien, ello es absolutamente incongruente con las funciones atribuidas al mediador concursal, como la redacción del acuerdo de pagos que habrá de enviar a los acreedores previa la celebración de la reunión (art. 236.1 LC). No nos encontramos ante una mera influencia, que también iría en contra del deber de neutralidad, sino ante la redacción absoluta de la propuesta de acuerdo, sin intervención de las partes acreedoras que solo podrán aceptar o rechazar y esperar a la decisión de la mayoría; y con la conformidad del deudor (lo que tampoco implica su participación activa en la configuración de la propuesta de acuerdo). No puede pensarse una vulneración de mayor gravedad al deber de neutralidad del mediador.

#### **d) Igualdad de las partes**

No existe igualdad de las partes en este procedimiento, aunque todos los acreedores que se someten al procedimiento (los ordinarios por imperativo y los privilegiados por solicitud, mediante la comunicación de sus créditos al mediador concursal), se encuentran en *par conditio creditorum* al no existir fase de calificación de créditos. Pero esta igualdad no puede predicarse respecto a otras partes del conflicto como es el acreedor de derecho público y, especialmente, el deudor, a quien compete en exclusiva determinar cuál será el plan de pagos final que haya de someterse a votación para su aceptación. De esta forma, las propuestas alternativas que puedan proponer el resto de acreedores tendrán una función intrascendente en el procedimiento.

---

<sup>198</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., “Art. 8. Neutralidad”, GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Directores), FERNÁNDEZ CANALES (Coordinadora) en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentario a la Ley 5/2012, Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos*, Madrid, 2012, p. 119



Otra manifestación de la ausencia de igualdad de las partes, íntimamente relacionada con el principio de voluntariedad, es la desproporcionada sanción de subordinación de los créditos en un eventual concurso para aquellos acreedores que no asistan a la reunión, sin haber expresado antes su aceptación u oposición al plan de pagos (reunión fijada, sin que nadie les haya preguntado sobre la oportunidad de la fecha).

Cabe preguntarse hasta qué punto el principio de igualdad de las partes supone una conducta activa del mediador en el sentido no sólo de velar porque ambas tengan las mismas oportunidades sino para el supuesto de que alguna de las partes se encuentre en inferioridad de condiciones. Ahora bien, el aseguramiento jurídico no es una labor que haya de realizar el mediador, sino que, de conformidad con el art. 13.1 LM, el mediador, además de facilitar la comunicación entre las partes “velará porque dispongan de la información y asesoramiento suficientes”.

Esta forma de actuar por parte del mediador es imprescindible para garantizar la igualdad de oportunidades, pero siempre con el debido respeto a las opiniones de las partes, ya que la solución idónea para ellas puede perfectamente no ser la mejor fundada en derecho o aparentemente la más equitativa, pero si sirve para satisfacer en mayor medida las necesidades reales de los sujetos implicados, el mediador nada tiene que decir<sup>199</sup>.

#### **e) Proximidad, inmediación y no sustitución de las partes**

No se puede defender estrictamente que las partes sean plenamente partícipes del procedimiento, ya que ni tan siquiera tienen conocimiento de estar participando en él hasta que, designado ya el mediador concursal, y, por ende, iniciado el procedimiento, éste les convoca a la reunión. El hecho de que la mediación tenga carácter personalísimo no se satisface por la no intervención de los representantes del acreedor, puesto que se permite la no asistencia de los acreedores a la reunión.

---

<sup>199</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 163.

### **f) Oralidad, flexibilidad y autocomposición de la solución**

En el trámite del AEP no hay espacio para el diálogo, todo lo más que puede realizar el acreedor es comunicar alternativas al plan de pagos propuesto, alternativas que como no tienen obligatoriedad. No existe tampoco flexibilidad ni espacio para la creatividad en la composición del acuerdo, la propia norma establece unos marcos infranqueables: quitas de hasta el 25 % y esperas no superiores a 3 años. No incidiremos más respecto a la autocomposición de la solución, pues nuestra postura ya ha quedado suficientemente probada.

### **g) Probidad**

La honradez y rectitud de este procedimiento puede fácilmente ponerse en tela de juicio. En realidad, este procedimiento constituye un fortísimo incentivo para los *insiders* que concurren en *par conditio creditorum* con el resto de acreedores, contrariamente a lo que acontecería en sede concursal donde verían subordinados sus créditos. Además, podrán formar mayorías que les permitan repartirse los restos de su propio pastel, podrían incluso conculcar garantías reales si alcanzaran la mayoría necesaria.

### **h) Actuación facilitadora**

El mediador concursal no tiene funciones facilitadoras de la comunicación entre las partes, sino que sus funciones son totalmente ajenas y extrañas a las funciones del mediador. Buena muestra de ello son las labores de verificación y comprobación de la existencia y cuantía de los créditos comunicados por el deudor; convocatoria a los acreedores a la reunión con decisión unilateral de fecha, hora y lugar, redacción del plan de pagos y el plan de viabilidad; supervisión del cumplimiento del acuerdo; solicitud de la declaración de concurso (para lo que en modo alguno se encuentra habilitado el mediador ordinario, ya que el acceso al procedimiento jurisdiccional es una facultad dispositiva de las partes, sin que ello impidiera llevar a cabo los deberes de solicitud del concurso preexistentes en la propia LC).

## **i) Imparcialidad**

La RAE la define como “falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. La condición, por tanto, es la de proceder con rectitud. Por el camino recto, *directum*, o a través del derecho. Tal característica debe darse en quien sostenga que es mediador y, en el caso de que exista alguna circunstancia que pudiera afectar a la imparcialidad, no podrá iniciar la mediación y deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad (art. 13 LM). Esta afectación puede ser de carácter personal, contractual o empresarial con una de las partes; o que tenga interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; o que el mediador hubiera actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes<sup>200</sup>.

Este principio supone la obligación de actuación no influenciada por ninguna de las partes, o en perjuicio e interés de cualquiera de ellas, vinculado a la obligación de abstenerse en supuestos de concurrencia de interés en el proceso y el surgimiento de responsabilidad en caso de inobservancia de dichas obligaciones<sup>201</sup>.

El carácter de imparcialidad se asocia a “la obligación del mediador de garantizar el equilibrio de las partes y el derecho fundamental de éstas a la igualdad a lo largo de todo el proceso”<sup>202</sup>.

En este sentido, el art. 7 LM establece: “En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas”. Además, para garantizar la imparcialidad, añade el art. 13 LM que “4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad”, en cuyo caso, el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes

---

<sup>200</sup> Véase el artículo 13.5 LM.

<sup>201</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 16.

<sup>202</sup> GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, p. 727.

lo consientan y lo hagan constar expresamente<sup>203</sup>.

La primera vulneración que se da sobre esta debida imparcialidad es el interés esencial e inherente a todo trámite de AEP que tendrá el administrador porque no exista consenso, lo cual producirá la apertura del concurso consecutivo y su nombramiento como administrador concursal, extendiendo su ocupación efectiva ¿quién sabe cuándo volverá a ser designado para el siguiente AEP? y prolongando su remuneración a precio de administrador concursal en la fase de liquidación.

Los incentivos para no alcanzar el acuerdo, en perjuicio de todas y cada una de las partes, son grandes. Sobre los deberes de abstención y responsabilidad no dice nada el nuevo art. 233 LC, por lo que debemos recurrir a lo previsto en materia de nombramiento de expertos independientes, así el art. 71 bis LC establece causas de incompatibilidad, entre las que prevalece la elaboración del plan de viabilidad, que, en el caso del procedimiento del AEP, lo realiza el propio mediador. Aparte de esta antítesis, que podría ser salvada vía interpretativa, lo que en cualquier caso acontece es el interés por la apertura del concurso consecutivo.

### **2.3.3. Resumen**

Por lo tanto, observamos cómo ninguno de los principios que rigen la mediación es cumplido por el procedimiento para alcanzar un arreglo extrajudicial de pagos.

- En el ámbito concursal, el acceso al procedimiento no es voluntario para las dos partes, sino voluntario de una de ellas, el deudor, por lo que se vulnera el principio de voluntariedad.
- En el AEP tampoco existe confidencialidad ni se busca crear un clima de confianza, salvo en el concurso consecutivo. El hecho de que el mediador concursal pueda ser nombrado administrador concursal en caso de iniciarse el concurso consecutivo, elimina toda protección de la confidencialidad.

---

<sup>203</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 163.

- Especialmente destacable es la vulneración del deber de neutralidad del mediador. No nos encontramos ante una mera influencia, que también iría en contra del deber de neutralidad, sino ante la redacción absoluta de la propuesta de acuerdo, sin que participen las partes acreedoras que solo podrán aceptar o rechazar y esperar a la decisión de la mayoría; y con la conformidad del deudor.
- No existe igualdad de las partes en este procedimiento, aunque todos los acreedores que se someten al procedimiento. esta igualdad no puede predicarse respecto a otras partes del conflicto como es el acreedor de derecho público y, especialmente, el deudor, a quien compete en exclusiva determinar cuál será el plan de pagos final que haya de someterse a votación para su aceptación.
- En el trámite del AEP no hay espacio para el diálogo, todo lo más que puede realizar el acreedor es comunicar alternativas al plan de pagos propuesto, alternativas que como no tienen obligatoriedad. No existe tampoco flexibilidad ni espacio para la creatividad en la composición del acuerdo, la propia norma establece unos marcos infranqueables: quitas de hasta el 25 % y esperas no superiores a 3 años.
- La honradez y rectitud de este procedimiento puede fácilmente ponerse en tela de juicio.
- El mediador concursal no tiene funciones facilitadoras de la comunicación entre las partes, sino que sus funciones son totalmente ajenas y extrañas a las funciones del mediador.

Ni tan siquiera guarda similitud alguna con el procedimiento de mediación. No existe sesión informativa (art. 17 LM), ni sesión constitutiva (art. 18 LM), ni en general, se estructura el procedimiento en torno a sesiones de mediación. Tampoco se repercute el coste de la mediación a partes iguales entre las partes (art. 15 LM), sino que el procedimiento será sufragado a cargos de los bienes restantes del deudor.

En conclusión, el procedimiento extrajudicial de pagos no cumple ninguno de los principios aplicables en la mediación, ni sigue la estructura procedimental de la mediación<sup>204</sup>, de forma que el único indicio de mediación en este procedimiento es la existencia de una figura llamada “mediador concursal”, que como hemos dicho previamente, no es realmente un mediador.

## 2.4. Requisitos

Los mediadores concursales deben cumplir dos requisitos. El primero de ellos son las condiciones del mediador ordinario que quedan regulados en los art. 11 de la Ley 5/2012 (como hemos dicho previamente, se remiten en ciertos aspectos a dicha Ley). Y el segundo de ellos, el que se les establece a los administradores concursales en el art. 27.3 LC<sup>205</sup>.

Durante la tramitación de la Ley 14/2013, hubo un intenso debate sobre quiénes podrían ejercer como “mediador concursal”. El debate giró especialmente en torno a dos modelos. Según el primero de ellos, podrían ejercer como mediador concursal aquellos mediadores que realizaran cursos específicos sobre derecho concursal y gestión de insolvencia<sup>206</sup>. Desde la óptica del segundo, podrían ejercer como mediador concursal los administradores concursales que realizaran algún curso de especialización en técnicas de mediación<sup>207</sup>.

Pues bien, el legislador parece haberse decantado por este último modelo como podemos extraer del nuevo art. 233 LC que establece lo siguiente: “el mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del art. 27. En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes”.

### 2.4.1. Persona natural y persona jurídica

---

<sup>204</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., pp. 8-10.

<sup>205</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 795.

<sup>206</sup> GORRIZ LÓPEZ, C., “Mediación concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8384, 2014, pp. 1-5.

<sup>207</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 9.

Así pues, si el mediador es persona natural se debe hallar en pleno ejercicio de sus derechos civiles, “siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión”<sup>208</sup>. De este precepto parece resultar que únicamente las personas naturales, que no jurídicas, pueden ser mediadores en el ámbito civil y mercantil<sup>209</sup>.

Si se tratase de personas jurídicas, se debe designar para poder ejercer la mediación a una persona natural que reúna los requisitos previstos por la Ley 5/2012 en su artículo 11.1 segundo párrafo "las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley”.

La doctrina<sup>210</sup> ha criticado la sistemática de este precepto puesto que el primer párrafo se indica que pueden ser mediadores las personas naturales y el segundo se refiere a las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, lo cual no tiene mucho sentido si se considera que únicamente las personas naturales pueden llegar a ser mediadores. De hecho, del apartado segundo parece deducirse que dedicarse a la mediación es distinto al ejercicio de la medición, por lo que parece que la persona jurídica que reciba el encargo de mediar, no lo cumpla de forma directa, sino que sea la persona natural que designe la que lo ejerza.

Ello no se corresponde con la naturaleza de las sociedades profesionales, mencionadas también en el precepto. De acuerdo con lo que indica el art. 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales<sup>211</sup>, tales sociedades proporcionan el servicio profesional directamente, como verdadero profesional persona jurídica, y centro de imputación de los derechos y obligaciones unidos al servicio profesional respecto del

---

<sup>208</sup> Véase el artículo 11 Ley 5/2012.

<sup>209</sup> MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M<sup>a</sup>., y LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup>.A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Dykinson SL, Madrid, 2014, p. 314.

<sup>210</sup> MALAGÓN RUIZ, P., “Mediación y administración concursal, persona física versus persona jurídica”, *Revista vLex*, núm. 1, 2014, p. 430.

<sup>211</sup> Publicado en BOE núm. 65 de 16 de marzo de 2007.

cliente, por lo cual, parece que, respecto de estas sociedades dedicarse a la mediación y ejercer la mediación es lo mismo y no parece muy coherente con el régimen de las mismas exigir que designen un profesional para el ejercicio de la mediación, cuando según la norma que las regula es la sociedad quién proporciona el servicio.

Por otro lado, otras empresas contempladas en el ordenamiento jurídico, diferentes de las profesionales, es decir, sociedades integradas por profesionales, pero no profesionales, el servicio es prestado por las personas físicas que la integran, por lo que a éstas sí que se les puede aplicar el tenor literal del artículo<sup>212</sup>. Por este motivo, hay que considerar que el art. 11 de la Ley 5/12, cuando hace referencia a "dedicarse" a la mediación, lo hace ampliamente; es decir, significando tanto prestación del servicio como facilitación del profesional que lo preste.

Concebimos que el nombramiento de la persona natural será, según los temas, de diverso sentido; si se trata de una verdadera sociedad profesional, esta elección tendrá una significación similar a la del art. 30 LC, es decir, a los únicos efectos de representar a la sociedad profesional en el ejercicio del cargo de mediador, sobreentendiendo que es la sociedad la que presta el servicio.

Si, por el contrario, nos encontramos ante una sociedad de intermediación o sociedad de profesionales, que no proporciona directamente el servicio, sino que suministra a profesionales para que lo presten, estaremos ante una auténtica designación de mediador, es decir, el mediador elegido por esa sociedad será el que practique la mediación.

Otro asunto es si una sociedad que no sea profesional puede entenderse que se dedica a la mediación. En sentido estricto, se considera que no, que solo la sociedad profesional puede dedicarse a la mediación. Por tanto, en las otras sociedades mencionadas, no es la sociedad la que se dedica a dicha prestación, sino los profesionales que la integran. Ello hará complicado que, además de las sociedades profesionales, haya otras que puedan dedicarse a la mediación<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> MALAGÓN RUIZ, P., "Mediación y administración concursal...", op. cit., p. 431.

<sup>213</sup> MALAGÓN RUIZ, P., "Mediación y administración concursal...", op. cit., p. 431.



## 2.4.2. Requisitos del mediador concursal

El mediador debe de poseer un título universitario o de formación profesional y debe de contar con formación específica para ejercer la mediación. Además, el mediador se debe suscribir en un seguro o garantía equivalente para cubrir la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos que intervenga<sup>214</sup>.

Al respecto cabe poner en relación el art. 27.3 de la Ley 22/2003 con la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014 donde queda regulado el Estatuto del Administrador Concursal. Concretamente en el art. 3 se establece como requisitos para acceder al cargo de administrador concursal:

- i. “Estar en posesión de titulación universitaria.
- ii. Acreditar al menos cinco años de experiencia profesional en ámbitos jurídicos o económicos.
- iii. Superación del examen de aptitud profesional.
- iv. Acreditar la cobertura de la responsabilidad civil mediante un contrato de seguro o de garantía equivalente”.

En el mismo sentido, el art. 11 Ley 5/2012, establece los requisitos exigidos para ser mediador:

"1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

---

<sup>214</sup> Véase el artículo 11 Ley 5/2012.

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga".

En cuanto a la formación específica para ejercer la mediación, como contempla el Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas en la resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, de 19 de abril de 2002, la formación garantiza la calidad de la mediación. El Libro Verde contempla como requisitos esenciales del mediador la profesionalidad, la formación adecuada, el manejo de técnicas de gestión de conflictos, la posesión de cualidades imprescindibles de transmisor de confianza y facilitador de la comunicación, y el entrenamiento para detectar intereses reales. Coincidentemente, el Código de Conducta Europeo para los mediadores trata la profesionalización del mediador como un requisito irrenunciable. Para que esta profesionalización sea posible, el potencial mediador debe recibir formación adecuada, tanto teórica como práctica. Asimismo, el art. 4 de la Directiva relativo a la calidad de la mediación exige que los Estados miembros fomenten la formación inicial y continua de los mediadores para garantizar que la mediación se lleva a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes<sup>215</sup>.

Pues bien, pese a que desde distintos ámbitos<sup>216</sup> se destaque la necesidad de establecer unos requisitos de formación que permitan la profesionalización de la figura del mediador, tanto para garantizar la calidad de la mediación, como para evitar los perjuicios del intrusismo profesional, el legislador nacional ha dejado esta tarea para más tarde<sup>217</sup>. En este sentido, el apartado 2 de la Disposición Final Octava LM pone en manos del Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, la posibilidad de desarrollo reglamentario que determine la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir.

---

<sup>215</sup> AGÜERO ORTIZ, A., "El mediador concursal...", op. cit., pp. 8-10.

<sup>216</sup> Al respecto, cabe destacar el Informe elaborado por PricewaterhouseCoopers (PWC). Disponible en: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/financiero-seguros/assets/temas-candentes-procesos-concursales.pdf>

<sup>217</sup> AGÜERO ORTIZ, A., "El mediador concursal...", op. cit., pp. 8-10.

Otro requisito es ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal (art. 27.1.a LC). El adjetivo “efectiva” hace referencia a la exigencia de que el abogado haya estado en activo durante 5 años, no bastando su mera colegialización durante este período. Debido a que el ejercicio de la abogacía exige la previa colegialización, entendemos que esta es también requisito para ejercer como mediador concursal. Por lo que a la formación especializada respecta, la LC no establece qué formación ni qué instituciones serán "debidamente acreditadas" para impartirla, de forma que será válido, cualquier curso de Derecho Concursal ofrecido por universidad, escuelas de negocios, fundaciones, etc<sup>218</sup>.

Como requisito alternativo al anterior es ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal (art. 27.1.b LC). Debe hacerse referencia a que la especialización a la que se refiere la LC no es en Derecho Concursal, sino en el “ámbito” concursal, ello es debido a que el ámbito de actuación propia de estos profesionales redundaría en la faceta económica contable del concurso. En cualquier caso, no se concreta en qué radica esa especialización que podría consistir en la realización de cursos o actividades organizadas por instituciones de formación, o en la propia práctica profesional en el ámbito concursal. Respecto a la colegiación de estos profesionales, pese a la eliminación de la referencia a su exigencia por mor de la última reforma de la LC, continúa siendo necesaria, así los auditores de cuentas deberán estar inscritos en el ROAC<sup>219</sup>, y los economistas y titulados mercantiles habrán de estar inscritos en el colegio de economistas correspondientes<sup>220</sup>.

Como también se ha mencionado, se debe suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil. Como posteriormente se detallará<sup>221</sup>, uno de los requisitos para que produzca la aceptación del mediador concursal, es que cumpla

---

<sup>218</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., p. 10.

<sup>219</sup> Véase el artículo. 2.3 RD Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

<sup>220</sup> Véase el artículo 1.III RD 871/1977, de 26 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Profesional de Economistas y de Profesores y Peritos Mercantiles.

<sup>221</sup> Véase el Punto 2.4.4. respecto del Seguro de responsabilidad civil.

con la acreditación del seguro o cobertura equivalente a las que se les requiere al administrador concursal.

Por último, deberá estar inscrito en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación<sup>222</sup>, habida cuenta sistema de nombramiento secuencial contenido en el art. 233.1 LC, respecto a lista que este Registro publique en el BOE. Cumple una función publicitaria ya que la inscripción en este Registro es opcional salvo en el caso de la mediación concursal.

Para ser designado mediador concursal, se exige aparecer en la lista oficial de mediadores publicada en el portal correspondiente del BOE, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, siendo obligatoria la inscripción en esta lista si se quiere ser designado mediador concursal<sup>223</sup>.

Sobre la mención de la expresión “que de forma secuencial corresponda” hay que señalar que aparece aquí una forma secuencial, con la apostilla de “que corresponda”, y al respecto, se puede entender esta expresión, o bien de una forma lineal, es decir uno después de otro, y según un orden numérico establecido de antemano, sin más requisitos que los genéricos mencionados, y todo ello a nivel nacional, portal publicado en el Boletín Oficial del Estado, a partir de la lista proporcionada por el que será Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, o bien de una forma racional, entendiéndose ‘corresponda’, con la adecuación correspondiente según el caso de que se trate y la lista de que se disponga<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> El Registro de Mediadores es un instrumento creado por el Ministerio de Justicia, a través del RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su Capítulo III, desarrolla su creación y objeto. En el Registro de Mediadores podremos encontrar aquellos mediadores y mediadoras que cumplen los requisitos para ejercer la mediación en el territorio nacional. Es una forma de demostrar una formación en mediación.

<sup>223</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 797.

<sup>224</sup> PONS ALBENTOSA, L., “El mediador concursal. Una figura introducida con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *El Derecho*, 2013.

Es conocido que en el ámbito de la administración concursal es muy típica esta figura de que sean personas jurídicas las que son designadas, haciéndolo estas, a su vez, con respecto a un abogado, un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas que trabajen en la misma, con lo que se traslada en esencia el sistema de designación de la administración concursal<sup>225</sup>. Pero para la inscripción de las personas jurídicas se añade en el art. 18.2.3.º RD 980/2013 que por estas a la hora de llevar a cabo la inscripción “se concretarán las personas naturales que por figurar inscritas en las secciones primera o segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, podrán desarrollar la actividad de mediación en representación de la persona jurídica. Adicionalmente, la persona jurídica deberá acreditar que concurren en ella las condiciones establecidas en el párrafo último del apartado 1 del art. 27 de la LC”.

Por último, se añade al final del art. 233 primer apartado LC: "En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes". En este sentido, es necesario acudir a los arts. 338 a 349, en lo que resulten aplicables, del Reglamento del Registro Mercantil (Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil), sobre nombramiento de expertos independientes<sup>226</sup>.

### 2.4.3. Inscripción en el Registro

Cabe mencionar, que los mediadores concursales tienen la obligación de inscribirse en el Registro de Mediadores e instituciones de Mediación<sup>227</sup>. De hecho, se

---

<sup>225</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador - ‘posible administrador’ - concursal. ¿Mediador o ‘negociador’ mercantil?, *Práctica de tribunales*, núm. 109, 2014, p. 6.

<sup>226</sup> Así, por ejemplo, por aplicación analógica del art. 344 del Reglamento del Registro Mercantil, sobre notificación y aceptación del nombramiento, éste se notificará al mediador concursal por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación, quien dispondrá de un plazo de cinco días desde la notificación para aceptar el cargo, mediante comparecencia personal ante el registrador o el notario. Una vez pasa el plazo de cinco días sin que haya comparecido el designado, caducará el nombramiento, debiendo el registrador o el notario proceder a realizar un nuevo nombramiento. También serán aplicables al nombramiento del mediador concursal los arts. 341 y 342 del Reglamento del Registro Mercantil, sobre incompatibilidades y recusación, respectivamente. GÓMEZ AMIGO, L., "El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos", *Reus*, Madrid, 2016, pp. 32-33.

<sup>227</sup> Véase el artículo 11 del RD 980/2013.

inscriben en una sección independiente del Registro.

Para poder inscribirse necesitan aportar mediante declaración jurada la siguiente información, que es la información básica exigida a los mediadores ordinarios, queda regulada en el art. 14.1 RD 980/2013:

- i. “a) Su nombre, apellidos y número de identificación fiscal.
- ii. b) Dirección profesional e información de contacto, incluidos el correo electrónico y sitio web si tuvieran.
- iii. c) Especialidad profesional.
- iv. d) Titulación, formación específica de mediación y experiencia profesional.
- v. e) Área geográfica principal o preferente de actuación profesional, incluido cuando sea todo el territorio nacional o comprenda también otros Estados.
- vi. f) Póliza del contrato de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido. Se indicará una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que se constituyera la garantía equivalente.
- vii. g) Su integración, en su caso, en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración pública”.

Además, deberán de justificar que cumplen las condiciones necesarias para poder ejercer como administrador concursal, que se establecen el artículo 27.3 LC, ya mencionados previamente.

#### **2.4.4. Seguro de responsabilidad civil**

Uno de los requisitos para que produzca la aceptación del mediador concursal, es que cumpla con la acreditación del seguro o cobertura equivalente a las que se les requiere al administrador concursal (art 11.3 Ley 5/2012, art 233 LC, y art. 14.1º. F, y 26 del RD 980/2013<sup>228</sup>).

---

<sup>228</sup> RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013. Art.

En el RD 1333/2012, de 21 de septiembre<sup>229</sup>, regula el seguro obligatorio del administrador concursal. Con lo cual, cuando el mediador concursal quiera ejercer sus funciones deberá de solicitar a la Compañía Aseguradora que la póliza le incluya la cobertura de su actividad como mediador concursal. El RD 1333/2012, establece que la vigencia del seguro o garantía equivalente es obligatoria para el nombramiento y aceptación del cargo y se debe mantener durante la tramitación procesal. En el caso de la mediación concursal, deberá de extenderse a toda la tramitación del expediente del AEP<sup>230</sup>.

Respecto de los posibles daños que pueden, en su caso, ocasionar los mediadores se hace mención en el art. 27 del RD 980/2013 a la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes.

El seguro podrá contratarse a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que recoge la cobertura relativa a la actividad de mediación, como viene sucediendo ya en la práctica<sup>231</sup>.

Hay dos elementos esenciales que conforman el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales:

- i. El objeto principal del contrato de seguro viene determinado por la relación existente entre el mediador concursal y su patrimonio. Para que no se vea menoscabado en el caso que surja alguna responsabilidad en el desarrollo de sus

---

26: “todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función”.

<sup>229</sup> RD 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE nº 241, de 6 de octubre de 2012.

<sup>230</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., “El seguro del mediador concursal”, *Revista de derecho de sociedades* (en adelante, *RDS*), núm. 159, 2014, p. 275

<sup>231</sup> CARRETERO MORALES, E., "El estatuto del mediador civil y mercantil", *Revista de mediación*, vol. 7, núm. 1, 2014, pp. 10-23.

funciones durante la duración del AEP.

- ii. El riesgo, depende de la diligencia y de los medios empleados por el mediador concursal para alcanzar el AEP<sup>232</sup>.

Una vez el mediador concursal tenga toda la documentación acreditativa la registrará<sup>233</sup>. Y es el propio Registro quien comunicará a la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado (BOE) los datos del mediador concursal para que puedan ser incluidos en el Portal regulado en el Artículo 233 LC y 19.1 del RD 980/2013<sup>234</sup>.

En el caso que el mediador sea persona jurídica se deberá designar a una persona física que reúna todos los requisitos establecidos por la Ley, es decir los establecidos en el art. 11.1 Segundo Párrafo Ley 5/2012 y 27.2 y 30.1 LC.

Si se trata de una sociedad profesional, de la responsabilidad y de los actos que realice la persona designada como mediador concursal responderá solidariamente la sociedad así queda establecido en el art. 11.2 Ley 2/2007 de sociedades profesionales. En cambio, si la sociedad actuará como institución la responsabilidad sería directa y podrían realizar acciones de reembolso contra el mediador concursal (art. 14 Ley 5/2012)<sup>235</sup>.

## **2.5. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones**

Las incompatibilidades aplicables al mediador caminan entre las establecidas con carácter general para los expertos independientes (que, de acuerdo con el art. 341.1 RRM, supone una remisión a las causas generales de incompatibilidad de los peritos conforme al art. 124 LEC y art. 219 LOPJ) y las que la LC fija para los administradores concursales (art. 28 LC)<sup>236</sup>.

---

<sup>232</sup> Véase el artículo 27 del RD 980/2013.

<sup>233</sup> Véase el artículo 18.2 del RD 980/2013.

<sup>234</sup> LÓPEZ SIMÓ, F; GARAU SOBRINO, F. “Mediación en materia civil y mercantil” Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. pág. 228.

<sup>235</sup> LÓPEZ SIMÓ, F; GARAU SOBRINO, F. ob. cit. pág. 230.

<sup>236</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 21.



Las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones serán las establecidas para los administradores concursales, que, como hemos mencionado con anterioridad, la figura del mediador concursal es una figura híbrida debido a que hace funciones de mediador y funciones propias de un administrador concursal.

Pues bien, si acudimos a la normativa de los expertos independientes, podemos obtener luz en esta cuestión<sup>237</sup>. El artículo 71 bis, punto 4º LC establece lo siguiente: “el nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas”. El artículo 71 bis LC adopta una nueva redacción por la Ley 17/2014, aunque el punto 4º, no sufre modificación alguna.

Por lo tanto, el artículo aplicable es el 28 LC, que ha sido modificado por la Ley 38/2011 y posteriormente por la Ley 17/2014 y en el que se establece lo siguiente:

“Que no podrán ser nombradas administradores concursales las siguientes personas:

- i. Quienes no puedan ser nombradas administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.
- ii. Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.
- iii. Quienes, estando inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 13 del RD Legislativo 1/2011, de 1 de Julio, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más de 10 por ciento de la masa activa pasiva del concurso.
- iv. Quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años”.

---

<sup>237</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 78.

En los siguientes apartados del art. 28 LC, se establece que tampoco pueden ser nombrados administradores concursales:

- i. “Las personas que hayan sido designadas como administradores concursales en el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. Tampoco podrán ser designadas aquellas personas que hayan sido designadas y separadas de ese cargo dentro de los tres años anteriores, ni las que se encuentren inhabilitadas.
- ii. No podrán ser designadas administradores concursales en un mismo concurso quienes estén vinculados entre sí personal o profesionalmente, salvo las personas jurídicas inscritas en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal.
- iii. No pueden ser nombrados administradores concursales aquel experto independiente que haya emitido un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado con el deudor antes de la declaración de concurso”.

A grandes rasgos, no pueden ser designadas como mediadores concursales debido a las incompatibilidades para ser administradores concursales aquellas personas que tengan una relación profesional o personal con el deudor, aquellas que hayan llegado a un acuerdo de refinanciación con él o aquellas personas que estén inhabilitadas para ejercer el cargo de administrador concursal.

En cuanto, a las incompatibilidades del mediador concursal debemos hacer referencia a una cuestión que suscita el art. 233 apdo. 1º párr. 2º LC, dónde se refleja que “En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes”. Mediante este precepto, podríamos deducir que existe una remisión de lo establecido en la LC sobre las incompatibilidades y recusaciones de los administradores y que mediante la figura de los expertos independientes y su regulación en la ley citada con anterioridad podríamos ampliar dicha información. Pero la verdad es que, la LC no establece una solución clara y concisa, ya que la justificación de ésta afirmación la encontramos en el art. 83 apdo. 2º de LC, dónde determina que “Que será de aplicación a los expertos independientes el régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes”.

Por lo tanto, la remisión de la LC que hace del art. 233.1.2 al 83.2 es innecesaria, ya que no se amplía el régimen de causas tasadas de incompatibilidades para ejercer como mediador concursal o los motivos de recusación para no poder realizar la función emparejada a la figura de mediador concursal.

Ampliando el ámbito de legislación, encontramos Título III, del Cap. II, Sección I, del RD 1784/1996<sup>238</sup>, concretamente los arts. 341 y 342, que regula las incompatibilidades del experto independiente y las causas de recusación.

En el art. 341 del RD 1784/1996 se determina “Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los peritos por la legislación procesal civil” y respecto a la recusación “En cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación. Transcurridos cinco días desde la notificación sin que el experto se haya opuesto compareciendo ante el registrador, se anulará el nombramiento procediéndose a otro nuevo”<sup>239</sup>.

Bajo mi punto de vista, los preceptos del RD 1784/1996, no serían una buena solución para establecer causas de incompatibilidades y recusación sobre los mediadores concursales porque, de hecho, en sus funciones como mediador concursal en ningún momento realizan ninguna actividad como perito, sino más bien como administrador concursal. Además, que como es bien sabido y se ha remarcado varias veces a lo largo de la presente tesis, no solamente se puede instar y llevar a cabo el proceso mediante el registrador mercantil, sino que también la propia LC nos da la posibilidad de instar y de realizar el proceso para alcanzar el AEP mediante la figura del notario.

Una vez analizada la legislación concursal sobre la materia, se debe de hacer una remisión más que conveniente a la legislación que se regula en la Ley 5/2012, sobre las incompatibilidades y recusaciones del mediador. Las causas de incompatibilidades y

---

<sup>238</sup> RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31 de julio de 1996.

<sup>239</sup> Véase el artículo 342 del RD 1784/1996.

recusación del mediador se regulan el art. 13 apdo. 5º Ley 5/2012, y son las siguientes:

- i. Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.
- ii. Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.
- iii. Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

No debemos de olvidar que la figura del mediador concursal se desarrolló con aspectos de la figura del mediador que regula la Ley 5/2012. Además de las causas mencionadas anteriormente, se debe de tener presente que en el art. 13 Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se regulan más causas, como la imparcialidad del mediador o el conflicto de intereses, pero estos conceptos no son aplicables al mediador concursal ya que en el AEP no se exige la imparcialidad y la neutralidad del mediador porque es un proceso donde realiza un plan de pagos, y no una mediación pura con los sujetos legitimados para que entre ellos lleguen a un acuerdo sin ningún tipo de injerencia del mediador. A más a más, el deber de confidencialidad que se le exige al mediador tampoco es aplicable al mediador concursal ya que en el proceso intervienen diversos sujetos y a lo largo del AEP la LC impone la publicidad de los actos realizados para poder realizarlo.

En resumen, no existe una regulación sistemática en la LC sobre causas de incompatibilidad y recusación del mediador concursal, sino que debemos remitimos a otros preceptos de la propia Ley y a otra normativa como es la Ley 5/2012. Aun así, en nuestra opinión, es más favorable aplicar las causas reguladas en el art. 28 LC, y las reguladas en el art. 13 apdo. 5º de las letras a) a la c) Ley 5/2012 ya que se adecuan de una manera más próxima a la figura del mediador concursal.

## **2.6. Funciones del mediador concursal**

A continuación, detallaremos las distintas funciones del mediador concursal de forma pormenorizada.

Las funciones encomendadas al mediador concursal pueden dividirse en torno a dos grandes categorías. Por un lado, es posible hablar de la actividad que debe desarrollar en la propia negociación, logrando acercar las posturas de las partes hasta que éstas puedan llegar al AEP; y, en segundo lugar, es posible hablar de aquellas funciones que tienen un claro carácter procedimental y que se ven directamente influenciadas por la naturaleza preconcursal del procedimiento extrajudicial de pagos<sup>240</sup>.

### **2.6.1. Actividad negociadora**

En relación con la primera de las vertientes, cabe indicar que al mediador se le pide que conduzca la negociación acercando las partes con el objetivo de que éstas puedan llegar a un acuerdo. A pesar de que el mediador no asume ningún tipo de función en relación con la gestión de la sociedad, realmente la labor que realiza el mediador vendría claramente asociada a la gestión de intereses ajenos, ya que son los intereses de los acreedores y el deudor los que están en juego en la negociación preconcursal. En el ámbito que nos ocupa, el mandato de mediación no lo emite una de las partes, como ocurre en la dinámica contractual, sino que el mismo se deriva de un mandato legal. Sin embargo, una vez emitido dicho mandato, el mediador debe desarrollar su actividad negociadora con el fin de que las partes alcancen un acuerdo que pueda evitar la declaración de concurso del deudor y al mismo tiempo cree un beneficio para los intereses de los acreedores<sup>241</sup>.

En este sentido, el mediador concursal deberá facilitar la adopción del acuerdo, pero en ningún caso podrá imponer una solución a las partes<sup>242</sup> puesto que no debemos olvidar que estamos ante un sistema autocompositivo (las propias partes voluntariamente deben alcanzar un acuerdo o transacción).

También dentro de esta labor de acercamiento podríamos incluir la labor de asesoramiento que se atribuye al mediador concursal. El mediador concursal, con el fin de alcanzar un acuerdo que evite la tramitación del concurso de acreedores, debe informar a las partes sobre la situación real en la que se encuentran, cuál es la dinámica habitual

---

<sup>240</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 123.

<sup>241</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 123.

<sup>242</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., p. 411.

del concurso consecutivo y qué tipo de efectos son esperables sobre sus posiciones jurídicas.

Además, los acreedores no sólo deberán ser informados sobre sus perspectivas reales en el concurso, sino también sobre las consecuencias que la tramitación del expediente de liberación de deudas puede suponer<sup>243</sup>. A este respecto, en relación con el deudor, el mediador debe hacerle saber las consecuencias adversas que el concurso podrá tener sobre la continuación de su actividad y los gastos que su tramitación le generará.

Asimismo, el mediador debe realizar una labor pedagógica sobre los efectos desfavorables que el beneficio de exoneración puede tener también sobre la figura del deudor, tales como la publicidad vinculada a dicho expediente y el riesgo de estigmatización asociado al mismo<sup>244</sup>.

### **2.6.2. Convocatoria de acreedores y aprobación del plan**

En relación con la segunda categoría, encontramos la convocatoria de acreedores y la aprobación del plan. Aparece detallada dicha función en el artículo 234 LC, perteneciente a la Convocatoria a los acreedores y tras la nueva redacción proporcionada por el RDL 1/2015, que suprime el apartado 4º del precepto. En este artículo se establece que el mediador concursal acreditará los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo solicitarle su complemento o subsanación o apremiarle a corregir los errores que pueda haber, en los 10 días posteriores a la aceptación del cargo.

En ese mismo plazo, analizará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que aparezcan en la lista indicada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión que se celebrará en el plazo de los dos meses posteriores a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Los acreedores de derecho público estarán excluidos en cualquier caso de la convocatoria.

---

<sup>243</sup> En el desarrollo de estas funciones informadoras, el mediador concursal debe velar siempre por el mantenimiento de la debida imparcialidad.

<sup>244</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 123.

Según el segundo apartado del art. 234, la convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores tendrá lugar por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que garantice la recepción.

Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla facilitado el deudor o aportado aquéllos al mediador concursal en los términos que se mencionan en el apartado c) del artículo 235.2, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica.

Finalmente, el tercer apartado del artículo 234 establece que la convocatoria deberá indicar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de conseguir un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores emplazados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas.

En relación con la convocatoria de acreedores, se suma la realización del plan de pagos para alcanzar el acuerdo extrajudicial de acuerdo con los artículos 236 y 238 LC, respectivamente.

De acuerdo con el primer apartado del artículo 236 LC, lo antes posible, y en cualquier caso con un plazo mínimo de antelación de 20 días naturales a la fecha contemplada para la celebración de la reunión, el mediador concursal cursará a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de AEP sobre los créditos no satisfechos a la fecha de la solicitud.

Según el tercer apartado del artículo 236 LC, en el plazo de los 10 días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Una vez ha transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final que el deudor ha aceptado previamente.

Como establece el tercer apartado del artículo 238, en el caso de que la propuesta no fuera aceptada, y el deudor siguiera incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también inmediatamente. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos contemplados en el artículo 176 bis LC.

Como se desprende del tenor legal, al mediador concursal le corresponde el buen fin tanto de la convocatoria de acreedores como la aprobación del plan de pagos, si bien asociado a estas dos funciones viene otra de igual o de mayor calado, toda vez que, si fracasan tanto una como la otra, el mediador se verá abocado de forma inmediata a solicitar el concurso consecutivo<sup>245</sup>.

### **2.6.2. Cumplimiento y supervisión del plan**

Entre las labores del mediador, nos encontramos con las de hacer cumplir el acuerdo adoptado, tal y como se establece en el artículo 241 dirigido al cumplimiento e incumplimiento del acuerdo. Según el primer apartado de este precepto, el mediador concursal deberá fiscalizar el cumplimiento del acuerdo.

En el caso de que el AEP fuera cumplido de forma íntegra, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal (art. 241.2 LC). Por el contrario, si el AEP fuera incumplido, el mediador concursal deberá solicitar el concurso, considerándose que el deudor que ha incumplido se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC).

Esta tarea se encuentra en la misma sintonía que las anteriores de convocar y aprobar el plan de pagos<sup>246</sup>.

### **2.6.3. El concurso consecutivo**

---

<sup>245</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 108.

<sup>246</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 109.



Una de las funciones que “peor” se adaptan a la naturaleza y funcionalidad del mediador, será precisamente ésta: la de instar el concurso consecutivo, toda vez que supone una toma de postura y una función más autoritaria o de poder dentro de las relaciones entre las partes. En este contexto, no podemos pasar por alto el dato relativo a la alteración de la redacción del art. 3 LC, al incluir al mediador concursal dentro de los legitimados para instar el concurso consecutivo de acuerdo con el art. 242 LC.

Esta obligación de instar concurso consecutivo es claramente contraria al espíritu de la mediación. No está de más recordar el art. 7 Ley 5/2012, de 6 de julio, regulador de uno de los principios inspiradores de la mediación, el de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, que, en su último inciso, nos habla que el mediador no puede actuar en perjuicio o interés de alguna de las partes. De igual forma, el art. 8 nos habla del principio de neutralidad, esta neutralidad se trasluce en que las actuaciones del mediador han de permitir a las partes por sí mismas alcanzar un acuerdo de mediación<sup>247</sup>. Ciertamente, no resulta compatible preservar la neutralidad y tener la facultad de solicitar la declaración del concurso consecutivo. Hay que tener en cuenta que lo que diferencia a la mediación de otras formas de resolución de litigios es el papel de las partes, que por sí mismas alcanzan el acuerdo con la intervención del mediador. Pues bien, esta misma facultad de solicitar la declaración de concurso consecutivo se repite en el art. 238.3 LC<sup>248</sup>, en caso que el plan de pagos no fuera aceptado, así como en el art. 241.3 LC<sup>249</sup> cuando se produce un incumplimiento del acuerdo extrajudicial.

Según este precepto, el concurso consecutivo es aquel declarado a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por el hecho de no alcanzar un AEP o por su incumplimiento. Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el

---

<sup>247</sup> LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal",

<sup>248</sup> "Si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley".

<sup>249</sup> "Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia".

que sea resultado de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado.

#### **2.6.4. Otras funciones de colaboración e información**

A la hora de sistematizar las distintas funciones del mediador concursal obtenidas de la Ley, podemos sumar otras labores a desarrollar por el mismo asociadas al correcto devenir y solución del acuerdo extrajudicial y si bien pudiera parecer un cajón de sastre, aunque más lejos de la realidad, toda vez que el derecho de información y colaboración entre las partes se vuelve un elemento fundamental para el buen desarrollo del expediente<sup>250</sup>. A tal efecto, estos menesteres se ilustrarían en informar a los diferentes acreedores de los trámites habidos durante la elaboración y posterior aprobación del plan, así como la constante colaboración con la figura del deudor desde el inicio hasta el desarrollo y supervisión posterior de lo acordado.

En este sentido, para analizar la función del mediador concursal, debemos partir de la posición doctrinal que hace al respecto al considerar que "ni es mediador ni es concursal"<sup>251</sup>. No es concursal dado que su finalidad es específicamente evitar la declaración de concurso, por lo que es una institución preconcursal, y no es mediación ya que se trata de "una figura cuyas actuaciones difieren de los principios de la mediación, disponiendo de facultades decisorias incompatibles con la misma"<sup>252</sup>.

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, define -en su artículo primero- la mediación como aquel medio de solución de controversias, independientemente de su designación, en que dos o más partes buscan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador. La generalidad de esta definición provoca que, en principio, encajen en esta definición distintos profesionales que ayudan a las partes a alcanzar un acuerdo, tales como el negociador, el árbitro, el conciliador, el perito dirimente, y muchos más<sup>253</sup>. La función del mediador,

---

<sup>250</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 110.

<sup>251</sup> BOLDÓ RODA, C., "El acuerdo extrajudicial de pagos", en ANDEU MARTÍ, M<sup>a</sup>.d.M. (Dir). *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 394.

<sup>252</sup> BOLDÓ RODA, C., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 394.

<sup>253</sup> BLANCO CARRASCO, M., "Alternativas en la protección de los deudores hipotecarios: la dación en pago, alquiler social y mediación concursal", RAGA GIL, J.T. (Dir). *El préstamo hipotecario y el mercado*

que es esencialmente lo que diferencia al mediador de otros terceros, viene desmenuzado a lo largo del articulado de la Ley mencionada, y se basa en los principios de neutralidad, imparcialidad, voluntariedad y confidencialidad, así como en la propia función del mediador.

La Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de acuerdo con el Código de Conducta Europeo para mediadores<sup>254</sup>, constituye entre los principios básicos de la mediación la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. La imparcialidad pretende garantizar que al mediador no le une ningún tipo de relación previa, tanto de afecto como de enemistad manifiesta con ninguna de las partes en conflicto. De este modo, se asegura un proceso de mediación ecuánime y en idénticas condiciones para todas las partes involucradas. Por otro lado, la neutralidad confirma que el mediador no conducirá ni guiará a las partes hacia la solución a la controversia que según su criterio personal o profesional sería el más conveniente<sup>255</sup>. De esta forma, el mediador actúa como un facilitador de la solución, no como un técnico o perito, lo cual tiene sentido si tenemos en cuenta que son los participantes los que mejor conocen su situación y sus necesidades.

La función principal del mediador concursal es ofrecer al deudor y a los acreedores una propuesta formal que recoja los intereses declarados por todos a lo largo del proceso. Esta propuesta se hace a los acreedores siempre contando con el beneplácito del deudor y aquellos que podrán realizar las contribuciones que consideren necesarias sin modificar la base de la misma. En otras palabras, se encarga de emitir un dictamen o decisión no vinculante para las partes y esta función es distinta de la contemplada en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>256</sup>.

La labor del mediador concursal se concentra principalmente en la intermediación con la entidad financiera para alcanzar una propuesta de acuerdo de pago que sea viable

---

*del crédito en la Unión*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 542.

<sup>254</sup> Dicho Código de conducta establece una serie de principios cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad. Podrá aplicarse a cualquier tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, disponible en:

[http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf)

<sup>255</sup> BLANCO CARRASCO, M., “Alternativas en la protección...”, op. cit., p. 542.

<sup>256</sup> BLANCO CARRASCO, M., “Alternativas en la protección...”, op. cit., p. 543.

atendiendo la capacidad de pago actual del usuario del servicio<sup>257</sup>. Al hablar de propuesta, lo que se quiere decir es que los mediadores plantean una propuesta siguiendo aquello que creen que es la “mejor solución”. Aunque estemos ante un sistema autocompositivo porque esta propuesta no tiene carácter preceptivo ni es vinculante, sí elimina al mediador de la necesaria neutralidad en su actuación, ya que este principio exige que las propuestas no dejen entrever la opinión o el sentir del mediador en la controversia, ni que el mediador guíe a las partes a una solución siguiendo su propio criterio, atendiendo a lo que cree que es lo mejor para ambos de acuerdo con su propia escala de valores o sus conocimientos.

En estos ámbitos en los que se permite que el mediador pueda formular una propuesta formal y decisiva de solución al conflicto, un dictamen, en realidad se está mezclando la mediación con otras instituciones, como la del perito dirimente, el ombudsman o, lo más factible, la conciliación extrajudicial<sup>258</sup>. En nuestro país, cuando la conciliación tiene lugar por terceros no judiciales, generalmente se acepta que el conciliador formule una propuesta de solución al conflicto de carácter no obligatoria para las partes. Por este motivo, esta actuación es lo que permite complicar la diferenciación de la conciliación con la mediación desarrollada en ciertas esferas, como la del consumo o la laboral, en las que se debe entender que el tercero realiza una función de carácter excepcional, ya que, con carácter general, y tal y como establecen las directrices dadas desde Europa, el mediador no debe en ningún momento presentar la solución al conflicto que considere más adecuada.

También genera dudas en estas mediaciones hipotecarias el respeto al principio de imparcialidad, y ello por varios motivos. Primeramente, porque el principal objetivo de su actividad es impedir que las familias con problemas económicos pierdan su vivienda, por lo que la balanza parece decantarse al lado del deudor, lo que hace cuestionarse la imparcialidad y neutralidad de un sistema que pretende salvaguardar a una de las partes en conflicto.

---

<sup>257</sup> PEREIRA PUIGVERT, S., “Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a ‘Ofideute’”, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2014, p. 9.

<sup>258</sup> BLANCO CARRASCO, M., “Alternativas en la protección...”, op. cit., p. 543.

Para que el acreedor intente buscar una solución y por ello empiece a negociar, necesita pensar que, en el caso de no hacerlo, tendrá efectos perjudiciales para él, es decir, que no negociar tendrá consecuencias. En este sentido, la autora afirma que pocos concursos de persona física terminan con un convenio por la falsa seguridad que otorga el principio de responsabilidad patrimonial universal y la posibilidad de agredir bienes futuros. Así, no existen soluciones colectivas eficientes. Los acreedores "no se sientan a negociar" ya que de no hacerlo no pierden nada. Ahora bien, si corren el riesgo de que se puedan ver afectados sus créditos por una condonación "impuesta", evidentemente su predisposición a negociar sería mayor acordando quitas y esperas, sin necesidad de alcanzar la fase de liquidación y, por tanto, a la imposición de un fresh start<sup>259</sup>.

También suscita dudas el que el mediador pueda realizar funciones de asesoramiento a las partes. Según la doctrina, "este asesoramiento consiste en informar sobre cuestiones jurídicas del procedimiento de ejecución hipotecaria, posibilidades de negociación y ayudas de la administración"<sup>260</sup>. Este asesoramiento, que consideramos se realizará a la parte débil de la relación, esto es, a las familias o deudores, y no a los bancos, supondrá que no sea una información objetiva, sino una información dirigida a obtener la mejor solución para el asesorado. Suponiendo que ello sea así ¿Qué motivará a los bancos o acreedores a participar en los servicios ofrecidos si se decantan claramente hacia la otra parte? Se puede defender estos servicios aunque ello nos haga considerar que en este tipo de "mediación", no exista una imparcialidad o neutralidad en el sentido de cómo se proclama en la ley 5/2012.

En el supuesto de que no se llegue a un AEP, el mediador fijará lo que se presenta como un concurso consecutivo. A este nuevo concurso de acreedores se llega porque la negociación no llegue a buen puerto o porque habiendo alcanzado un acuerdo, éste no se cumpla o sea nulo. En el supuesto de que se den estas condiciones, el mediador está obligado (art. 241.3 LC) a solicitarlo, es por tanto un deber jurídico que ejerce en su propio nombre y representación y no en nombre o representación del deudor.

---

<sup>259</sup> CUENA CASAS, M., "Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, p. 176.

<sup>260</sup> PEREIRA PUIGVERT, S., "Propuestas de mejora...", op. cit., p. 9.

Esta obligación impuesta al mediador ha sido a veces criticada al considerar que vulnera el espíritu de la mediación al considerar que "el mediador no puede actuar en perjuicio o interés de alguna de las partes (principio de igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores) y que su actuación ha de ir orientada a que las partes alcancen por sí mismas un acuerdo (principio de neutralidad), todo lo cual no resulta compatible con la solicitud de declaración de concurso consecutivo"<sup>261</sup>.

En esta ocasión, lo realmente destacado es la designación del mediador concursal como administrador del concurso, salvo que concurra justa causa, según establece el art. 242.2º LC. Esta conversión impuesta por la norma implica una modificación del sistema y autoridad para la designación del administrador pasando de un sistema judicial de libre elección entre los profesionales designados a través de las listas de los colegios profesionales, a un sistema de designación notarial/registral-judicial<sup>262</sup>.

En este sentido, esto quebranta la imparcialidad y la confidencialidad de la intervención del mediador, elementos fundamentales en su actuación, tal y como establece el art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Si el deudor sabe que el mediador puede ser administrador concursal "quiebra" la confidencialidad que debe regir toda mediación, y se cuestiona la autora si "... ¿Se atreverá el deudor a 'contar' al mediador circunstancias de su actividad que podrían ser objeto de rescisión en un eventual concurso en el que él será administrador concursal?"<sup>263</sup>. De forma que este tipo de actuación afecta a la confidencialidad *ex ante*, por exceso de celo del deudor, quien podrá cubrir al mediador concursal cosas sabiendo que más adelante puede ocupar el puesto de administrador<sup>264</sup>.

## **2.7. El procedimiento de la mediación concursal**

### **2.7.1. Nombramiento del mediador concursal**

---

<sup>261</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., "El concurso consecutivo", en BOLDÓ RODA, M. C. (Dir.), *La Mediación* ..., op. cit., 2015, p. 472.

<sup>262</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., "El concurso consecutivo", op. cit., p. 487.

<sup>263</sup> PULGAR EZQUERRA, J., "Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1)", *Diario La Ley*, 2013, p. 12.

<sup>264</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., "El concurso consecutivo", op. cit., p. 488.

En primer lugar, se produce el nombramiento del mediador concursal, que se realiza previa la solicitud del deudor y la aceptación del propio mediador concursal<sup>265</sup>.

En el nuevo artículo 242.2 LC se prevé que, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal. Norma que es una de las determinaciones legales en este ámbito que más controversia ha suscitado.

#### 2.7.1.1. *Condiciones subjetivas*

Para acceder a la condición de mediador concursal será necesario tener la doble condición de mediador, por un lado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; y por otro, de administrador concursal de conformidad con lo dispuesto en la legislación concursal. En relación con la condición de mediador, de acuerdo con el artículo 11 de la citada Ley, se requiere haber obtenido la formación exigida y suscribir un seguro de responsabilidad civil.

Por otro lado, el mediador concursal deberá necesariamente tener la condición de administrador concursal<sup>266</sup>. A este respecto cabe señalar que la vigencia de la regulación sobre acceso a la condición de administrador concursal contenida en el artículo 27 LC queda suspendida hasta la aprobación del reglamento que incorpora el estatuto de la administración concursal, en el que se desarrollarán las normas sobre acceso a la administración concursal.

Así, por aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, el régimen relativo a la administración concursal no entrará en vigor en tanto no se apruebe la regulación reglamentaria<sup>267</sup>. Consecuentemente, ante la ausencia del correspondiente reglamento, seguirá manteniendo vigencia las normas sobre acceso a la administración concursal anteriores a octubre de 2014, según la cual podrían actuar

---

<sup>265</sup> Véase el artículo 233 LC.

<sup>266</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 120.

<sup>267</sup> Según indica el art. 27.3 LC los requisitos que reglamentariamente podrán ser exigidos para el acceso a la condición de administrador concursal podrán referirse a la exigencia de una titulación determinada, de una determinada experiencia y, como novedad, haber superado las pruebas de acceso que se establezcan.

como administradores concursales aquellos abogados; o economistas, titulados mercantiles o auditores de cuentas, que pudieran demostrar al menos cinco años de experiencia en el ámbito mercantil. Asimismo, podrán ser administradores concursales las sociedades en las que se integren al menos uno de los profesionales anteriormente mencionados con los cinco años de experiencia requerida.

Finalmente, cabe indicar que el notario ante el que se solicite la apertura del procedimiento podrá obviar el nombramiento de un mediador concursal que cumpla los requisitos mencionados anteriormente y asumir personalmente las funciones de impulso a las negociaciones. En este caso, aunque no lo diga expresamente la Ley, el notario asume las funciones relacionadas con la labor de mediación, pero no aquellas que estén ligadas a la tramitación del concurso consecutivo. En el desempeño de las funciones asumidas el notario deberá observar el cumplimiento de los genéricos deberes de lealtad y diligencia<sup>268</sup>.

#### *2.7.1.2. Solicitud del deudor*

La solicitud, según la nueva redacción del artículo 232 apartados 2 y 3, se realizará mediante un nuevo formulario normalizado suscrito por el deudor y contendrá un inventario con el efectivo y los activos corrientes con los que cuente, los bienes y derechos de su propiedad y los ingresos regulares contemplados.

Este requisito no será exigible hasta la aprobación del modelo por el Ministerio de Justicia mediante orden (art 232 LC y DT-1 RD ley 1/2015). En el anexo II se establece el formulario de solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial aprobado por la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre. El objetivo de este procedimiento es facilitar el acceso al procedimiento para alcanzar un AEP y su mejor desarrollo. En este sentido, la información que se cumplimente en la solicitud se centra en la identificación del solicitante, ya sea persona física o jurídica, en relación a su situación personal, familiar y laboral o profesional, según el caso. Estos datos identificativos se tienen que acompañar de la comprobación de que se dan las condiciones que permiten iniciar este procedimiento.

---

<sup>268</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 121.



Por otro lado, la información se debe centrar en el inventario de los bienes y derechos, incluyendo la totalidad del patrimonio, con el objetivo de facilitar la información relevante a efectos de una negociación sobre deudas. Además, en la lista de acreedores, se permitirá conocer la identidad de cada uno de ellos al objeto de analizar su impacto en el conjunto de la deuda. Esta información permitirá un tratamiento más adecuado de la situación de insolvencia de que se trate, permitiendo el buen desarrollo y fin de los AEP.

En este sentido, cabe hacer referencia a la reciente aprobación de la Instrucción de 5 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la designación de Mediador Concursal y a la comunicación de datos del deudor para alcanzar un AEP y su publicación inicial en el Portal Concursal.

Con esta instrucción se busca terminar con ciertas incertidumbres que existían en la iniciación del expediente, sobre todo en lo relativo a la comunicación que deben realizar los Notarios o Registradores Mercantiles.

La finalidad buscada es evitar la frustración desde el principio los procedimientos para tratar de alcanzar el AEP. Con estas medidas se quiere reforzar los expedientes, para que sea posible alcanzar un AEP, lo cual supondrá una “segunda oportunidad” para los deudores que lo consigan y que puedan así rehacer su vida tras un fracaso económico y financiero.

Esto supone ya un inicio diferente respecto de la regulación contemplada en la Ley 5/2012 en asuntos civiles y mercantiles, ya que en su artículo 16.1 se requiere el acuerdo de ambas partes para iniciar la mediación, a través de la firma del Acta inicial de la mediación teniendo como uno de los aspectos más importantes la privacidad del proceso. Este punto de partida, en el que sólo existe una dirección a la hora de iniciar el proceso ya que sólo el deudor lo solicita y no necesita de ningún acuerdo de los acreedores, representa un punto de partida desacorde con las "mediaciones tradicionales"<sup>269</sup>. Este asunto se da en otros ámbitos de la mediación, como el del

---

<sup>269</sup> BLANCO CARRASCO, M., “Alternativas en la protección...”, op. cit., p. 546.

consumo, que casualmente ha sido apartado del ámbito de aplicación de la ley 5/2012 y con el que la mediación concursal tiene grandes similitudes<sup>270</sup>.

Por lo que respecta a la tramitación la solicitud de nombramiento del mediador se destinará a personas diferentes, según establece el art. 232.3 LC.

En el supuesto de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará el nombramiento del mediador al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser ejercitada de forma telemática, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no aparecer inscrito. En el resto de los casos, se pedirá la designación al notario del domicilio del deudor<sup>271</sup>.

En el supuesto de AEP de personas físicas no empresarios, es decir, los consumidores, la competencia para su tramitación se asigna voluntariamente a los notarios, art. 242 bis LC. Ahora bien, esta novedad va acompañada de un régimen especial, según el cual el notario del domicilio de deudor ante el que se presente la solicitud “impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores”. Y únicamente para el supuesto de que el notario requerido lo considere oportuno, será él mismo el que proceda al nombramiento de mediador concursal en lugar de asumir este nuevo papel en el que la labor del notario no aparece definida correctamente<sup>272</sup>.

Lo que se sobreentiende es que, tratándose de personas naturales no empresarios, el legislador se ha decantado por la figura del notario atendiendo a su cualificación profesional, para que sea éste el que dirija las negociaciones entre el deudor y sus acreedores de cara a alcanzar el AEP que evite la declaración de concurso. Esta novedad obedece fundamentalmente a razones de economía procesal, habida cuenta de que, por regla general, la insolvencia de la persona natural no empresaria reviste una mayor sencillez, al menos respecto al procedimiento, no solo por existir un número reducido de deudores, sino también por no entrar en juego el mantenimiento de la actividad

---

<sup>270</sup> Ello se puede ver en el artículo 2.2 Ley 5/2012: “Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: (...) d) La mediación en materia de consumo”.

<sup>271</sup> Véase el artículo 231.3 LC.

<sup>272</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 174.

empresarial<sup>273</sup>.

El registrador mercantil o notario que obtenga la solicitud acreditará que el solicitante cumple con los requisitos (art. 231 LC) para poder obtener un AEP; los datos y la documentación aportada y, posteriormente, se encargará de nombrar al mediador concursal<sup>274</sup>.

El nombramiento del mediador concursal recae sobre la persona física o jurídica a la que de forma secuencial figuren en la lista oficial que se publica en el portal del BOE, la cual es suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia<sup>275</sup>.

El nombramiento de los mediadores concursales es secuencial ya que rige el criterio temporal de antigüedad, con lo cual, los mediadores ocupan su lugar en la lista del portal de mediadores coincidiendo con el momento de la recepción de su formulario electrónico, por lo que el más antiguo se nombra en primer lugar.

Por lo tanto, el nombramiento del mediador supone una divergencia respecto de la caracterización tradicional de la mediación. De este modo, el sistema establecido en el artículo 233.1 LC impide a las partes decidir sobre la persona que desean que ejerza dichas funciones. El legislador, más preocupado por el hecho de que todos los mediadores estén empleados, que en las verdaderas necesidades de las partes que acuden al procedimiento, impone el nombre de una determinada persona independientemente de cuales sean sus cualidades personales y las necesidades específicas del deudor y sus acreedores<sup>276</sup>.

### *2.7.1.3. Aceptación del mediador concursal*

---

<sup>273</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 174.

<sup>274</sup> JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario”, *Revista vLex*, 2017, pp. 1043-1064.

<sup>275</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 68.

<sup>276</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 118.

En primer lugar, decir que la aceptación del mediador concursal es voluntaria. En el caso de que no acepte el nombramiento, se le aplica el art. 19 punto apartado tercero, in fine del RDL 980/2013<sup>277</sup>, que establece que, si el mediador concursal no aceptase el cargo, el registrador mercantil o el notario realizarán una nueva petición para nombrar a un nuevo mediador concursal, y el mediador concursal que no ha aceptado el cargo se sitúa en el puesto final de la lista de mediadores. De esta manera, durante una serie de tiempo no volverá a ser nombrado como mediador concursal ya que hasta que no finalice la lista de mediadores concursales no podrá ser designado como tal.

Al dar su consentimiento para su nombramiento, el mediador concursal deberá proporcionar al registrador mercantil o al notario una dirección electrónica en la que los acreedores se comunicarán.

Una vez aceptado el cargo por el mediador, el registrador mercantil o el notario informarán del hecho a los registros públicos de bienes para su constancia por anotación preventiva en la oportuna hoja registral. Asimismo, también se comunicará al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. Igualmente, se informará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará que en el Registro Público Concursal se publique la aceptación del cargo (art. 13 RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal). Además, se mandará comunicación a la AEAT y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su estado de acreedoras, y a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber su derecho a personarse en el procedimiento (art. 233 LC).

Del art. 233 LC, se desprende que la aceptación debe de ser de manera personal, es decir, que el mediador concursal debe de comparecer ante notario para aceptar el cargo, ya que el acta de nombramiento constituye la apertura del expediente (art. 12.1 RD 892/2012), En ese mismo momento, el notario realizará la entrega de la documentación aportada por el deudor<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013. Entrada en vigor: 27 de marzo de 2014.

<sup>278</sup> CABANAS TREJO, R., “El notario en el acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista la Notaria*, núm. 1, 2015, p. 61.

### 2.7.2. Inicio del proceso

La nueva redacción del artículo 234 LC establece que, en diez días posteriores a la aceptación del cargo, el mediador concursal verificará los datos y la documentación aportados por el deudor. En este período comprobará la existencia y la cuantía de los créditos<sup>279</sup>. También convocará al deudor y a los acreedores a una reunión que tendrá lugar dentro de los 2 meses siguientes a la aceptación y que se celebrará en el lugar del domicilio del deudor. La convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores se efectuará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que garantice la recepción, pudiendo ser una dirección electrónica (de acuerdo con el apartado c) del artículo 235.2).

Será en dicha convocatoria donde se reflejará que la finalidad de esta reunión es llegar a un acuerdo de pago, además de mencionar la cuantía del crédito de cada acreedor, y las fechas de concesión y vencimiento y las garantías implantadas.

Mientras que en la anterior regulación el acreedor únicamente se veía concernido por la tramitación y resultado del acuerdo extrajudicial en el caso de que voluntariamente decidiera incorporarse al mismo, en la normativa actual el acreedor hipotecario se incorpora automáticamente al acuerdo “queda incorporado al acuerdo” y debe ser convocado por el mediador concursal tal y como establece el artículo 234 LC.

Los acreedores afectados por el acuerdo, por su parte, una vez publicada la apertura del expediente, no podrán iniciar o continuar ninguna ejecución sobre el patrimonio del deudor durante el plazo máximo de tres meses, en el que se esté negociando el acuerdo extrajudicial. Además, no podrán realizar acto alguno cuyo fin sea mejorar la situación en la que se encuentren respecto del su deudor<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> BORONAT OMBUENA, G., y RUIZ HALL, D., “Mediación mercantil: alternativa jurídica para las empresas”, *Estrategia Financiera*, núm. 329, 2015, pp. 10 y 11.

<sup>280</sup> BORONAT OMBUENA, G., y RUIZ HALL, D., “Mediación mercantil...”, op. cit., p. 11.

Una vez iniciado el expediente el deudor puede seguir con su actividad laboral, empresarial o profesional, aunque debe abstenerse de realizar cualquier acto de administración o disposición que supere los actos u operaciones propias de su actividad<sup>281</sup>. También se limitan los movimientos de los acreedores que pueden verse afectados por el acuerdo, según recoge el modificado apartado 2 del artículo 235 y pueden facilitar al mediador una dirección electrónica para poder llevar a cabo las comunicaciones.

### **2.7.3. La propuesta del mediador concursal**

La función de los mediadores concursales no es la de mediar ellas mismas, sino la de acreditar que la solicitud reúne los requisitos previamente comprobados.

Así el artículo 232.3 establece el receptor de la solicitud analizará el cumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 231, los datos y la documentación aportados por el deudor. Si considera que la solicitud o la documentación adjunta tienen algún defecto o que esta es insuficiente para demostrar el cumplimiento de los requisitos legales para iniciar un AEP, indicará al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá superar los cinco días.

La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no acredite la observancia de los requisitos legalmente requeridos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse el cumplimiento de dichos requisitos.

La redacción del artículo 236 LC es claro respecto a cómo se entiende la mediación en este ámbito, el mediador tiene como función principal realización una propuesta de solución al conflicto de carácter no vinculante para las partes.

---

<sup>281</sup> Desaparece la obligación de “abstenerse de solicitar préstamo o créditos, la de devolver las tarjetas de crédito y la de no utilizar medios electrónicos de pago.

No obstante, la labor del mediador concursal no es solo acordar voluntades, sino que veinte días naturales previos a la celebración de la reunión con los acreedores, les remitirá, con el consentimiento previo del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud<sup>282</sup>.

La actual regulación otorga mayor libertad de actuación al mediador concursal a la hora de elaborar su propuesta de acuerdo respecto a la legislación previa a las últimas reformas en el ámbito concursal:

- Se incrementa el plazo de las posibles esperas a 10 años frente a los tres años anteriores.
- Se permiten las quitas sin ningún tipo de límite, mientras que antes dichas quitas no podían exceder el 25% del importe de los créditos afectados.
- Se incorporan nuevas medidas como la conversión de deuda en acciones o participaciones de la deudora, y la conversión de deuda en préstamos participativos, obligaciones convertibles, y otros instrumentos financieros.
- Se regula la dación en pago de bienes, siempre que estos no sean necesarios para la actividad del deudor, con el límite de que la propuesta no podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor.

La propuesta realizada debe incluir un plan de pagos pormenorizado, incluyendo, en su caso, una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y un plan de continuación de la actividad profesional y empresarial que desarrolla (plan de viabilidad).

Planteada la propuesta inicial por el mediador sobre la base de la documentación presentada por el deudor, los acreedores, podrán presentar propuestas alternativas o modificaciones a la presentada por el mediador en un período de tiempo de diez días. Una vez hecho esto el mediador remitirá un plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor para su valoración definitiva por el acreedor.

---

<sup>282</sup> BORONAT OMBUENA, G., y RUIZ HALL, D., “Mediación mercantil...”, op. cit., p. 11.

Obligatoriamente, este plan de pagos deberá incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor, en la que se podrá exponer a los acreedores la cesión de bienes en pago de deudas, y comprenderá o una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en el supuesto en el que se contemple su pago en sus plazos de vencimiento.

Este hecho no niega la posibilidad de que los acreedores puedan presentar propuestas alternativas o de modificación de la propuesta de acuerdo y muestren su aprobación o rechazo, total o parcial, de la propuesta<sup>283</sup>.

No obstante, si los acreedores que representen a la mayoría del pasivo que resultaría afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso.

Será en la reunión de los acreedores donde estará presente el mediador y el deudor, donde forzosamente se tratarán las propuestas alternativas o de modificación del plan de pagos, así como de los motivos de oposición planteados. Sin embargo, si algún acreedor aceptó el plan de pagos en los diez días previos a la reunión y no acudiera a la misma, no podrán alterarse las condiciones de pago aceptadas por este.

Recordemos que, respecto de los acreedores que, habiendo sido convocados, no asistan a la reunión y no se opongan al plan de pagos con antelación, si fracasa la negociación y se declara el concurso del deudor común, sus créditos se calificarán como subordinados.

#### **2.7.4. Finalización de la mediación**

Para la aprobación del plan de pagos propuesto se requerirá el voto favorable de los acreedores que sean titulares de, al menos, el 60% del pasivo. Sin embargo, será necesario el voto favorable del 75% del pasivo, en el supuesto en el que el plan de pagos

---

<sup>283</sup> BORONAT OMBUENA, G., y RUIZ HALL, D., “Mediación mercantil...”, op. cit., p. 11.



consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas<sup>284</sup>.

En caso de que la propuesta sí sea aprobada, atendiendo a las mayorías necesarias en el artículo 238 primer apartado, el acuerdo se elevará de forma inmediata a escritura pública y se cerrará el expediente por el notario, tal y como posteriormente veremos.

En caso de que el expediente se abriera por el registrador mercantil o la Cámara oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación es necesario presentar en el Registro Mercantil una copia de la escritura que recoja la aprobación del plan de pagos a fin de que cierre el expediente. En cualquier caso, se comunicará al juez encargado del concurso el cierre del expediente y se anunciará en el Registro Público concursal la existencia de un acuerdo. Por lo tanto, se elimina la antigua obligación de publicación en el BOE de los Acuerdos aprobados debiendo ser ahora en el Registro Público Concursal (art. 238, 239, 241 LC).

Finalmente, el mediador no acabará su función en el caso de que el acuerdo sea aprobado y publicado, sino que deberá controlar su cumplimiento en los términos de su redacción, y que el plan de pagos sea íntegramente cumplido, en cuyo caso, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal.

El mediador deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo, ya que en el supuesto de que se produzca algún tipo de incumplimiento, podrá instar el concurso consecutivo contemplado en los artículos 242.1 y 3 LC. Esto es, es como si no hubiera habido acuerdo, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.

Si la propuesta no es aceptada por los acreedores que representen la mayoría del pasivo que puede verse afectado por el acuerdo, y en supuesto de que el deudor esté en situación de insolvencia actual o inminente<sup>285</sup>, el mediador debe solicitar la declaración

---

<sup>284</sup> Véase el artículo 238.1 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

<sup>285</sup> La insolvencia así definida constituye un estado de hecho caracterizado por la imposibilidad de cumplir de modo regular las obligaciones de pago vencidas (presupuesto objetivo del concurso). Esa situación de hecho puede ser compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad no

de concurso de acreedores. En caso de que no se llegue a un acuerdo, el artículo 242 LC regula el concurso consecutivo, que será aquel que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un AEP o por su incumplimiento.

Entre las principales novedades encontradas en la nueva legislación está la de que la solicitud de concurso consecutivo no abre "necesaria y simultáneamente la fase de liquidación", tal y como se establecía en la regulación anterior, sino que el concurso consecutivo se tramitará por el procedimiento abreviado lo que admite una nueva oportunidad al Convenio previamente a la liquidación. De esta forma la normativa actual tiene en cuenta que anteriormente, la única solución era la liquidación (liquidación-sanción), sin posibilidad de acuerdo, lo que suponía una sanción al deudor que se decanta por esta vía del acuerdo, dejándole sin otras posibilidades de consenso posteriores, lo que le desanima de cara a acudir a la preconcursalidad<sup>286</sup>.

Es destacable que la persona que será designada como administrador del concurso será el mediador concursal, salvo que exista justa causa, como establece el artículo 242.2º LC. Este artículo establece que el juez será quien hará esta designación, no pudiendo obtener el mediador por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales los mismos extremos que para el administrador concursal designado, lo que supone una remisión al RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de aquéllos, tal y como veremos posteriormente.

---

goza de la liquidez suficiente para cumplir aquellas deudas. Es lo que con anterioridad a la LC de 2003 se entendía como "suspensión de pagos" en su sentido más estricto, para diferenciarla de aquella otra situación de insolvencia total de la empresa por falta de bienes o derechos suficientes para atender todas las deudas, que se identificaba con el concepto de "quiebra". CARRO ARANA, M.M., "Incidencia del patrimonio neto contable en la reducción de capital y disolución por pérdidas y el concurso de acreedores", *Revista vLex*, núm. 2, 2016, pp. 1-5.

<sup>286</sup> En palabras textuales: "Con ello, de nuevo en un modo cuestionablemente se 'sanciona' al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial y no lo ha conseguido o lo ha incumplido con la liquidación concursal, lo que constituye un claro desincentivo para acudir a la preconcursalidad, pues de no haber intentado este acuerdo, el concurso podría concluir por la vía del convenio que en principio y salvo si se superan los límites legalmente establecidos de quita y/o espera en la LC no conlleva apertura de sección de calificación". PULGAR EZQUERRA, J., "Refinanciaciones de deuda...", op. cit., p. 12.

## 2.8. Publicidad de la designación del mediador concursal

La designación del mediador concursal implica publicidad ya que una vez que el mediador concursal haya aceptado el cargo, el registrador mercantil o notario o la Cámara Oficial, darán cuenta del hecho mediante certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes, así como al Registro Civil y a los demás Registros públicos y se ordenará su publicación en el Registro Público Concursal (art. 198 LC en relación con el art. 233.3 LC)<sup>287</sup>.

Y así podemos determinar que para la designación y aceptación del mediador concursal es necesario el acto de publicidad de los mismos, que se regula en el RD 980/2013 en el Capítulo III, con la creación del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que depende del Ministerio de Justicia<sup>288</sup>.

Los mediadores concursales tienen la obligación de inscribirse en este Registro, así lo establece el art. 11.2.1º del RDL 980/2013, de 13 de diciembre, “será requisito previo la inscripción en el Registro para el nombramiento como mediador concursal conforme a lo establecido en el art. 233.1 Ley 22/2003”.

La organización del Portal de mediadores será territorial, configurado por provincias. Este criterio coincide con la competencia territorial de los Juzgados de lo Mercantil. El mediador concursal deberá de tener su domicilio en la provincia en la que el deudor solicita el AEP. En el caso, que en esa provincia no haya mediadores concursales disponibles se recurrirá a las diferentes provincias limítrofes de la misma Comunidad Autónoma para nombrar mediador concursal, y como última ratio se recurrirá al territorio nacional<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 72.

<sup>288</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 73.

<sup>289</sup> CASANUEVA TOMÁS, J., “El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal”, *Revista vLex*, núm. 122, 2014, pp. 2 y ss.

Debido a la reforma de la LC operada mediante el RDL 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, se introdujo la creación de un Registro Público Concursal. La idea esencial de la creación de esta figura es que recogiese de manera centralizada las resoluciones relevantes que se adopten en el proceso concursal, tanto las que afectan de manera directa al propio concursado como a sus acreedores.

La Disposición Adicional Tercera del RDL 3/2009 regula expresamente la creación del Registro Público Concursal. Así, señala que: “Se crea un Registro Público Concursal cuyo objeto es dar publicidad y difusión de carácter público a través de un portal de Internet, bajo la responsabilidad del Ministerio de Justicia, de todas aquellas resoluciones concursales que requieran serlo conforme a las disposiciones de la LC 22/2003, de 9 de julio, así como las resoluciones dictadas en procedimientos concursales que declaren concursados culpables y acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales”.

Con la reforma de la LC por la Ley 38/2011, mediante la reforma de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se modificó el art. 198 LC, en el cual se establece la estructura del Registro que consta de tres secciones, y de su contenido que son las resoluciones judiciales que lo integrarán.

El Registro Público Concursal se regula en el RD 892/2013, de 15 de noviembre. Tiene la finalidad de extender el régimen de la publicidad de las resoluciones concursales, por tanto, desde el auto de resolución del concurso como las resoluciones extrajudiciales o de aquellas que deban de ser objeto de publicidad (art. 23.5 LC en relación con el art. 198 LC)<sup>290</sup>.

El Registro Público concursal se basa en tres principios:

---

<sup>290</sup> MENÉNDEZ, A., y ROJO, Á., *Lecciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi, 12º Edición. Pamplona, 2014, p. 519.

- El primero es la unidad de información, que incluye tanto las resoluciones concursales que se adoptan a lo largo del proceso concursal como las pre concursales que se adoptan mediante los acuerdos extrajudiciales de pagos (arts. 233.3, 238.2, 239.4 y 241.2 LC). También cuando la resolución está basada en la comunicación de las negociaciones del deudor con los acreedores que se debe realizar en el propio Juzgado, salvo que el propio deudor haya solicitado el carácter reservado (art.5 bis 3º LC). Además, de las resoluciones que se originan en los acuerdos de refinanciación (D.A 4ª, 5-III, DA 4ª, 6 -II y DA 4ª .7-II LC).
- En segundo lugar, el principio de accesibilidad a la información concursal y preconcursal, ya que la publicidad se realiza de manera más fácil para los interesados a través de Internet.
- Por último, el principio de coordinación o interconexión con los demás registros públicos para poder garantizar la integración y la coherencia de la información (art. 24.7 LC).

La gestión del Registro la llevan a cabo el Colegio de Registradores de la Propiedad, el Colegio de Registradores Mercantiles y el de Bien Muebles.

El Registro consta de tres secciones.

- La primera, donde están recogidas todas las resoluciones que son dictadas durante todo el proceso concursal que deben ser objeto de publicidad según la Ley o así lo establezca el propio juez.
- La segunda sección, contiene las resoluciones registrales que están anotadas en los diferentes registros públicos.
- Y, por último, en la tercera sección se recoge toda la información relativa a los acuerdos extrajudiciales de pago, desde la iniciación hasta la finalización del procedimiento para poder alcanzar el AEP.

La LC, contempla las diferentes inscripciones de las resoluciones concursales en los diferentes registros, ya que los efectos del concurso se producen tanto sobre la persona del deudor como de su patrimonio.

Cuando el deudor fuera persona natural, se deberá inscribir en el Registro civil la declaración de concurso, además de la suspensión o intervención de sus funciones y el nombramiento de los administradores concursales (art. 24.1 LC).

En el caso que el deudor fuera sujeto inscribirle en el Registro mercantil, se inscribirán los autos y sentencias respecto de la declaración y reapertura del concurso, la apertura de la fase de liquidación y la aprobación del plan de liquidación y la conclusión de concurso.

En cuanto, a los bienes y derechos inscritos en Registros públicos (Registro de la propiedad o Registro de bienes muebles), se inscribirá la declaración de concurso en el folio correspondiente a cada uno, indicando la fecha, el régimen de intervención o suspensión a la cual se encuentra sometido el deudor y el nombramiento de los administradores concursales. Una vez realizada la anotación, se produce el cierre del registro y solo se podrán inscribir los embargos que sean posteriores a la apertura del procedimiento que acuerde el juez del concurso<sup>291</sup>.

En segundo lugar, comprueba los datos y documentos facilitados por el deudor. El mediador concursal puede pedir al deudor que subsane o complemente dichos documentos. Adicionalmente comprueba la existencia y la cuantía de los créditos<sup>292</sup>, pero en ningún caso clasifica los créditos, ni hace una valoración de los bienes ni hace una referencia a las posibles acciones de reintegración<sup>293</sup>. Esta función se realiza en el plazo de diez días siguientes a su nombramiento así lo especifica el art. 234 LC.

Asimismo, convoca a una reunión al deudor y a sus acreedores que se celebrará en el plazo de dos meses. La finalidad de dicha convocatoria es que los acreedores asistan y así poder alcanzar el AEP. No podrán asistir a dicha convocatoria los acreedores que hayan presentado oposición o aprobación al plan de pagos presentado. Lo único que se

---

<sup>291</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., pp. 410-414.

<sup>292</sup> Véase el artículo 234.1 LC.

<sup>293</sup> DEL CORRAL LOSADA, E. La retribución del mediador concursal y del administrador concursal en el concurso consecutivo [libro en línea] Colección de libros en línea de. VLEX. [Consulta: 14/1/2015] Ib. VLEX: 519433858.

puede realizar en esa convocatoria son modificaciones que no alteren las condiciones de pago de los acreedores que han aprobado el plan de pagos<sup>294</sup>.

Posteriormente, y con veinte días de antelación el mediador facilita el plan de pagos y el plan de viabilidad a los acreedores<sup>295</sup>. Los acreedores tendrán el plazo de diez días naturales para presentar propuestas alternativas o modificaciones al plan de pagos y de viabilidad presentado por el mediador concursal.

Transcurrido el plazo, si los acreedores no aceptan el plan de pagos y de viabilidad, y el deudor se encuentra en una situación de insolvencia, el mediador concursal deberá instar la solicitud de concurso e instará también la conclusión de concurso por insuficiencia de la masa activa (regulado en el art. 176 bis LC)<sup>296</sup>.

Una de sus funciones esenciales, es realizar un plan de pagos de los créditos pendientes de pago. Por consiguiente, establece quitas y esperas, una fijación de alimentos para el deudor y el sustento de su familia, incluso puede determinar cesiones de bienes en pago. Es importante que realice un plan de viabilidad empresarial donde se establece el plan de la actividad profesional. Asimismo, negocia las mejores condiciones del deudor sobre sus préstamos y créditos que tiene pendiente de pago.

Por consiguiente, el mediador concursal supervisa el cumplimiento del AEP, y se si llegará a cumplir en toda su integridad lo haría constar en acta notarial que se publicaría en el BOE y en el Registro Público Concursal<sup>297</sup>. Y en el caso que el AEP no llegará a cumplirse, el mediador concursal tiene la obligación de instar concurso debido a que “el deudor se encuentra en estado de insolvencia”<sup>298</sup>.

Como se ha mencionado con anterioridad, en el caso que los acreedores no lleguen a un acuerdo para alcanzar el AEP o hubiere un incumplimiento del mismo será el mediador concursal la persona legitimada para instar el concurso consecutivo así lo

---

<sup>294</sup> Véase el artículo 237 LC.

<sup>295</sup> Véase el artículo 236.1 y 236.3 LC.

<sup>296</sup> Véase el artículo 238.3 LC.

<sup>297</sup> Véase el artículo 241 LC.

<sup>298</sup> Véase el artículo 241.3 LC.

establece el art. 242 LC.

La actuación del mediador concursal viene determinada bajo los principios de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad que se recogen en la Ley 5/2012, pero como también actúa como administrador concursal, en aplicación del art. 35 LC se le exige la diligencia de un ordenado administrador y representante leal<sup>299</sup>.

En cuanto al deber de diligencia se regula en el art. 35.1 LC “los administradores concursales deben de desempeñar su cargo con diligencia”. Se exige que el mediador concursal al atribuirse competencias del administrador concursal desarrolle su cargo diligentemente. El deber de diligencia se puede equipar al principio de neutralidad regulado en el art. 8 Ley 5/2012, ya que es el mediador quien debe de facilitar el acuerdo de mediación sin interponer ninguna solución entre las partes<sup>300</sup>.

Por consiguiente, el deber de lealtad incluye el deber de imparcialidad y de confidencialidad que le son exigibles al mediador en aplicación de la Ley de Mediación. Con lo que implica defender los intereses del deudor, encaminando a las partes a una solución. Se le aplica al mediador concursal el deber de guardar secreto, puesto que no pueden revelar información que han podido obtener mediante el procedimiento<sup>301</sup>.

Se puede contemplar que la figura del mediador regulada en la Ley 5/2012 se ha transformado con la figura del mediador concursal dado que los mediadores no intervienen en la toma de decisiones o en las propuestas que realizan las partes en el proceso de mediación, en cambio el mediador concursal es la persona encargada de realizar la propuesta de convenio para que posteriormente los acreedores del deudor se adhieran a él, con lo cual, los principios básicos de la mediación (neutralidad, imparcialidad) quedan alterados con la figura del mediador concursal.

## **2.9. Responsabilidad del mediador concursal**

---

<sup>299</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., pp. 410-414.

<sup>300</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., p. 411.

<sup>301</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., p. 413.



El Libro Verde de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las modalidades alternativas en la resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, de 19 de abril de 2002 (en adelante, el “Libro Verde”), (apartado 3.2.3.3 “Responsabilidad de los terceros”), reconoció ya la necesidad de abordar la cuestión de los terceros (refiriéndose ampliamente a mediadores y árbitros) por el incumplimiento de las obligaciones o principios que han de regir su actuación. El art. 14 Ley 5/2012 responde a esta necesidad estableciendo la responsabilidad de los mediadores por los daños y perjuicios ocasionados por el cumplimiento infiel de su encargo<sup>302</sup>. Estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, ya que no se requiere para su nacimiento culpa o dolo del mediador, sino solo el incumplimiento de las obligaciones inherentes a la mediación<sup>303</sup>.

Como puede observarse, este artículo es lo suficientemente amplio y ambiguo como para englobar una gran cantidad de supuestos que, tal y como sucede en tantas otras cuestiones, serán los jueces, a medida que vayan surgiendo las reclamaciones y si estas se judicializan, la que vaya determinando los límites de tales "daños y perjuicios"<sup>304</sup>. No obstante, toda imprecisión genera inseguridad. En este sentido, el RDL 5/2012, de 5 de marzo, sí vinculaba esa responsabilidad a la actuación con mala fe, temeridad o dolo (art. 14 del citado RDL), circunstancias que, como ya se ha dicho, no contiene la vigente ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Asimismo, cabe igualmente responsabilidad por culpa o negligencia cuando el mediador no haya actuado conforme a las buenas prácticas que le son exigibles en el desempeño de su función. Así, esta mala praxis consistiría en la vulneración de las leyes y códigos deontológicos que le son aplicables y específicamente de los principios de la mediación<sup>305</sup>.

---

<sup>302</sup> Según este precepto “el perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a ésta contra los mediadores”.

<sup>303</sup> A diferencia de lo contemplado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, cuyo art. 21 exige para el nacimiento de la responsabilidad del árbitro la concurrencia de “mala fe, temeridad o dolo”.

<sup>304</sup> QUINTANA GARCÍA, A., "La responsabilidad civil de los mediadores", *Diario La Ley*, núm. 8431, 2014, pp. 2-3.

<sup>305</sup> QUINTANA GARCÍA, A., "La responsabilidad civil...", op. cit., pp. 2-3.

Junto a ello, debe observarse el art. 11.3 LM que exige la suscripción de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente por parte del mediador.

## **2.10. Retribución del mediador concursal**

En el tema de retribución de los mediadores concursales debemos de partir de la base que la Disposición Adicional Octava de la LC, que fue introducida por la Ley de Emprendedores, precepto que establece lo siguiente: “para fijar la remuneración de los mediadores concursales se debe de hacer una remisión a las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”. Por lo tanto, tenemos que tener como referencia el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, que regula el arancel de los administradores concursales. De manera que el mediador concursal será remunerado como administrador concursal.

En el art. 242.2.1º LC, establece que el mediador concursal recibirá la misma retribución que el administrador concursal, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales que el juez podrá dictaminar otro arancel. A mi entender, el mediador concursal debería de percibir la retribución que percibiría el administrador concursal por la fase común del concurso una vez completada, sin tener en cuenta los factores de reducción o incrementos que están regulados en los arts. 5 y 6 del RD 1860/2014, que regula los aranceles de los administradores concursales. Los factores de reducción o de incremento del arancel que se podrían aplicar en la fase de liquidación cuando se insta el concurso consecutivo<sup>306</sup>.

La retribución la fija el registrador mercantil o el notario en el momento del nombramiento del mediador concursal. En base al artículo 233.1º LC “La retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en mediación”.

---

<sup>306</sup> DEL CORRAL LOSADA, E., “La retribución del mediador concursal y del administrados concursal”, MARTÍN MOLINA, P.B., LOPO LÓPEZ, M.A.y CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Coords). *la Ley concursal y la mediación concursal, un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 442.

Concretamente en el artículo 242.2.1º se establece que el mediador concursal “no podrá recibir más retribución que la fue fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, salvo circunstancias excepcionales”.

Así pues, para conocer la remuneración del mediador concursal debemos dirigirnos al RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. El art. 4.1 del citado RD establece la remuneración a percibir por el administrador concursal en la fase común, cuando no existe suspensión de las facultades patrimoniales del deudor, por tanto, entendemos que este caso es el extrapolable a efectos de determinación de la remuneración del mediador concursal.

La base de remuneración se calculará aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el anexo del RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

Por lo tanto, la cuantificación de los aranceles se realiza mediante la aplicación de unos porcentajes a la masa activa y pasiva, en función de la siguiente tabla<sup>307</sup>.

**Tabla 2. Porcentajes aplicables para la determinación de los derechos de los administradores profesionales en la fase común**

<i>a) Porcentajes aplicables sobre el activo</i>			
Activo (hasta euros)	Importe de la retribución	Resto de activo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto del activo
0	0	500.000	0,6
500.000	3.000	500.000	0,5
1.000.000	5.500	9.000.000	0,4
10.000.000	41.500	40.000.000	0,3

<sup>307</sup> Las tablas originales contemplan la remuneración hasta activo y pasivo de 1 millón de euros, en este trabajo sólo mostramos el baremo hasta la cuantía que puede acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, es decir, 5 millones de activo y pasivo.

50.000.000	161.500	50.000.000	0,2
100.000.000	261.500	400.000.000	0,1
500.000.000	661.500	500.000.000	0,05
1.000.000.000	911.500	En adelante	0,025
<b>b) Porcentajes aplicables sobre el pasivo</b>			
Pasivo (hasta euros)	Importe de la retribución	Resto de pasivo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de pasivo
0	0	500.000	0,3
500.000	1.500	500.000	0,2
1.000.000	2.500	9.000.000	0,1
10.000.000	11.500	40.000.000	0,05
50.000.000	31.500	50.000.000	0,025
100.000.000	44.000	400.000.000	0,012
500.000.000	92.000	500.000.000	0,006
1.000.000.000	122.000	En adelante	0,003

Fuente: elaboración propia a partir del anexo del RD 1860/2004

Esta remisión ha sido bastante criticada por la doctrina que considera que va a ser muy difícil establecer la remuneración en base a esta normativa ya que el mediador no hace las mismas funciones que aparecen allí recogidas (no recibe insinuación de créditos, no elabora informe, no suple las facultades de disposición del deudor...). Esto tiene importantes dificultades en la práctica y hace que la doctrina se plantee diversas opciones<sup>308</sup>, o bien considerar que le pertenece la retribución de la fase común del concurso completa (sin factores de corrección, art. 5-6 RD 1860/2004) o bien entender que le pertenece la base de la fase de convenio, por analogía con el acuerdo extrajudicial de pago.

En el supuesto en el que el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se reducirá en un 70% la base de remuneración del apartado anterior. Si es una persona natural empresario, la reducción será del 50%, y si es una sociedad la

<sup>308</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., “El concurso consecutivo”, op. cit., p. 491.

reducción es del 30%. Por el contrario, se aplicará una retribución complementaria del 0,25% del activo del deudor, en el caso de que apruebe el AEP.

A continuación, vamos a analizar dos ejemplos:

**Modelo 1.** Supongamos la tramitación de un AEP en la que la cuantía de la masa activa es de 500.000 euros y la cuantía de la masa pasiva es de 500.000 euros. Supongamos, además, que la tramitación se extiende durante tres meses (duración excesiva para la pequeña cuantía propuesta).

Solución: el mediador concursal cobraría 4.500 euros; 1.500 euros al mes en caso durar tres meses.

El Mediador ordinario debería realizar 15 sesiones, 5 sesiones al mes, para percibir dichos honorarios.

Activo	Hasta 500.000 euros:
	3.000 euros
Pasivo	Hasta 500.000 euros:
	1.500 euros
Total Remuneración	4.500 euros
Remuneración mensual	1.500 euros

**Modelo 2.** Supongamos la tramitación de un AEP en la que la cuantía de la masa activa es de 4.900.000 euros y la cuantía de la masa pasiva es de 4.900.000 euros. Supongamos, además, que la tramitación se extiende durante tres meses.

Solución: el mediador concursal cobraría 27.500 euros; 9.166,67 euros al mes en caso durar tres meses.

El Mediador ordinario debería realizar 91,67 sesiones, 30,55 sesiones al mes, para percibir dichos honorarios.

Activo	Hasta 1.000.000 euros:
	5.500 euros
	+ 0,40 % del resto (3.900.000 euros):
	15.600 euros
Pasivo	Hasta 1.000.000 euros:
	2.500 euros
	+ 0,10 % del resto (3.900.000 euros):
	3.900 euros
Total Remuneración	27.500 euros
Remuneración mensual	9.166, 67 euros

En el caso de que el mediador concursal sea designado administrador concursal según establece el artículo 242.2.1º LC no podrá obtener por este concepto una mayor remuneración que la que le hubiera sido establecida en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que concurren causas excepcionales por la que el juez establece otra cosa. Es decir, existe una forma ordinaria de retribución, que tendrá la retribución que se le hubiera fijado en el expediente de arreglo extrajudicial, y otra forma de determinar la retribución extraordinaria, en el caso de que existan circunstancias excepcionales.

También este artículo se puede interpretar de varias formas. Este precepto es el límite de la retribución del mediador convertido en administrador concursal, "el mediador tendría derecho a dos retribuciones: la propia del expediente de AEP en calidad de mediador concursal fijada por el juez de lo mercantil. Y la derivada de su actuación como administrador concursal en el concurso consecutivo que, habida cuenta de la dificultad para fijar la retribución en un concurso en el que simultanean la fase común y la de liquidación, la LC limita a otro tanto igual al percibido como mediador concursal, y que

fijará el juez del concurso"<sup>309</sup>.

Bajo nuestro punto de vista la regulación de la retribución del mediador concursal es escasa y poco específica. Como se ha mencionado con anterioridad y en diversas ocasiones se equipara al mediador concursal con el administrador concursal, con la diferencia que los administradores concursales tienen bien definidos los aranceles a percibir, en cambio el mediador concursal no lo tiene específicamente concretado.

Así, la retribución del mediador concursal depende del número de acreedores y del inventario de bienes que se determina al inicio del expediente extrajudicial de pagos. Por lo tanto, el art. 233.1º tendría que especificar más cuando menciona el activo y el pasivo del deudor, ya que, si en la convocatoria de acreedores hay modificaciones en las cantidades adeudadas, el mediador concursal no podrá reclamar más honorarios. En cuanto a la mención, “*el éxito alcanzado en mediación*” del citado artículo, no tiene mucho sentido ya que en el inicio del expediente extrajudicial de pagos el mediador concursal no sabe los hechos que con posterioridad pueden ocurrir, como, por ejemplo, que los acreedores no lleguen a un acuerdo, que se produzca un incumplimiento del AEP y que por consiguiente el mediador concursal deba instar concurso consecutivo.

En nuestra opinión, la instancia de concurso consecutivo por parte del mediador concursal podría ser una de las circunstancias que el notario o registrador mercantil podrían tener en cuenta para aumentar la retribución al mediador concursal, ya que a tenor del art. 242.2.1º solo se podrá modificar la retribución por circunstancias excepcionales.

Y considerando que solicitar el concurso consecutivo o la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis) se podrían considerar circunstancias excepcionales y así poder aumentar la retribución del mediador concursal. Ya que la finalidad del AEP y la figura del mediador concursal es la agilizar los trámites entre los acreedores y el deudor y que lleguen a un acuerdo para solventar el grado de insolvencia del deudor, sin incrementar los gastos del deudor y solventar en el mínimo tiempo posible.

---

<sup>309</sup> ALFONSO SÁNCHEZ, R., “El concurso consecutivo”, op. cit., p. 496.

## CAPÍTULO III: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

### 3.1. Introducción

Debido a la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización<sup>310</sup>, se introducen una serie de reformas en el ordenamiento jurídico español en el ámbito concursal. Entre ellas encontramos el AEP (art. 21 que añade el Título X de la LC<sup>311</sup>). Este acuerdo no cuenta con antecedentes en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de que la doctrina venía defendiendo desde hace más de dos décadas la necesidad del reforzamiento de los “convenios extrajudiciales preconcursales”<sup>312</sup>.

Esta medida surge con la pretensión de ser una herramienta válida para los empresarios que se encuentran en situación de insolvencia y al mismo tiempo, es coherente con los últimos cambios realizados en la LC relativos a las normas sobre refinanciación y con la creación de la denominada fase preconcursal o fase de negociación establecidas en el art. 5 bis de la mencionada norma<sup>313</sup>.

Este nuevo mecanismo de negociación extrajudicial de deudas, que podrán utilizar aquellos deudores que cumplan los requisitos subjetivos y objetivos fijados por la Ley, busca evitar la declaración de concurso y desjudicializar la situación de insolvencia. En términos generales puede decirse que el AEP se introdujo como una vía para que el empresario pudiera hacer frente a sus deudas conservando su actividad<sup>314</sup>.

Es un hecho estadísticamente constatado que, en nuestro país, la gran mayoría de concursos finaliza en liquidación<sup>315</sup>. A ello contribuyen diversos factores, tales como la criticable práctica de acudir al concurso cuando ya es demasiado tarde; la estigmatización

---

<sup>310</sup> BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>311</sup> BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

<sup>312</sup> ROJO, Á., “La reforma del derecho concursal español” en ROJO, Á. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 107 y ss.

<sup>313</sup> Ahora, la Ley 25/2015 modifica tales preceptos.

<sup>314</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 166.

<sup>315</sup> DE LA VEGA, P., “¿Por qué todos los concursos acaban en liquidación? *Garrigues*, 2012. Disponible en: [http://www.garrigues.com/es\\_ES/noticia/por-que-todos-los-concursos-acaban-en-liquidacion](http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/por-que-todos-los-concursos-acaban-en-liquidacion)



del deudor que a menudo resulta de la mera declaración del concurso, provocando la fuga de proveedores y clientes; la lentitud de los procesos, agravada por el colapso de los tribunales en los últimos años, etc<sup>316</sup>.

Se ha producido el paso de un sistema cuyo pilar básico era la autonomía de la voluntad de las partes de acuerdo con el art. 1255 del CC, a una “procedimentalización de dicha extrajudicialidad”<sup>317</sup>.

De esta manera, el AEP consiste en un procedimiento de negociación extrajudicial de deudas de pequeños empresarios que se encuentren en un estado de insolvencia. Quedan excluidos los deudores que sean personas naturales con un pasivo superior a cinco millones de euros y aquellas personas jurídicas con más de cincuenta acreedores o cuyo activo y pasivo superen los cinco millones de euros<sup>318</sup>.

Destaca el legislador en el Preámbulo de la Ley 14/2013 que el análisis del Derecho comparado, sin hacer alusión a ningún ordenamiento en concreto, aconseja establecer esta fórmula a través de un procedimiento muy flexible, temporalmente ágil y de carácter extrajudicial. A tal fin, la Ley contempla su tramitación en unos cortos plazos, bajo el control del registrador mercantil o el notario, quienes, como pasa con los acuerdos de refinanciación, se limitan a designar un profesional idóneo e independiente (el denominado como mediador concursal) que impulse el acuerdo y supervise su cumplimiento, y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicidad, del procedimiento primero y, en su caso, del acuerdo alcanzado, después a fin de procurar que lleguen a buen término los fines perseguidos por el mismo.

---

<sup>316</sup> ROJO, Á., “La reforma del derecho concursal español”, Rojo (Dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, p. 108.

<sup>317</sup> PULGAR EZQUERRA, J., (Dir) “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Especial emprendedores, las leyes que los apoyas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013

<sup>318</sup> Véase el artículo 231.1 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La responsabilidad del impulso a los trámites del procedimiento regulado en la Ley se encomienda a una figura también de nueva creación, denominada como “negociador” en el Preámbulo de la Ley y como “mediador concursal” en su articulado. En concreto, convoca a los acreedores del deudor a una reunión, previo avance de una propuesta de plan de pagos; vela por el cumplimiento del acuerdo, una vez alcanzado; y se incluye entre los legitimados para promover la declaración de concurso, en caso de frustración del proceso extrajudicial o de incumplimiento del acuerdo<sup>319</sup>.

Por lo tanto, la figura esencial del AEP es el mediador concursal que es designado por el registrador mercantil o por el notario. De esta manera, a partir de la propuesta formulada por el mediador concursal, el deudor alcanzará un acuerdo con sus acreedores (función del AEP).

No obstante, la instauración del AEP ha sido debatido por las imperfecciones y defectos técnicos que presenta el texto articulado, así como la Ley 14/2003<sup>320</sup>; y por la sospecha que su redacción es consecuencia de la presión de diversos colectivos profesionales tras los efectos suscitados por la crisis del sector inmobiliario<sup>321</sup>.

El título creado por la Ley 14/2013, “resultó ser harto confuso, farragoso y, desgraciadamente, de deficiente y torpe redacción”. El resultado son las diversas lagunas y dudas que plantea dicho texto. Por tal motivo, tuvo que ser objeto de reforma a través del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que devino posteriormente en la Ley 25/2015, de 28 de julio de 2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 233.

<sup>320</sup> Por ejemplo, el concepto legal de “emprendedor” utilizado en dicha ley no tiene nada que ver con quien inicia un negocio o empresa. No se ha sido minucioso en la precisión terminológica que requiere cualquier norma jurídica, así, por ejemplo, se emplea indistintamente los conceptos de “emprendedor” y “empresario”, lo que tiene importantes implicaciones jurídicas. SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial ...”, op. cit., p. 50.

<sup>321</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial ...”, op. cit., p. 50.

<sup>322</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2016, p. 11.

Por último, decir que el procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata su incumplimiento. En estos casos, salvo que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia, se verá abocado al concurso que trataba de evitar a través del procedimiento extrajudicial. Concurso al que la Ley califica de consecutivo, que se abrirá necesaria y simultáneamente en fase de liquidación, con las especialidades establecidas en la Ley (art. 242 LC) y que será posteriormente tratado<sup>323</sup>.

Antes de hablar de los AEP, es necesario distinguirlos de los acuerdos de refinanciación.

## **3.2. Acuerdos de refinanciación y AEP**

### **3.2.1. Evolución normativa**

La redacción original de la LC 22/2003 no contenía una regulación de los institutos preconcursales, anteriores a la declaración de un procedimiento concursal, siendo no obstante posibles y lícitos AEP entre el deudor y sus acreedores, en el marco de la autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC. Estos acuerdos en la práctica se estaban canalizando, en el modelo español, principalmente a través de acuerdos de refinanciación entre el deudor y sus acreedores, principalmente con entidades financieras, sometidos, ante la ausencia de regulación, a diversos riesgos en la eventualidad de declaración de un concurso de acreedores (riesgo rescisorio, clasificación subordinada, solicitudes de concurso necesario en el proceso de negociación y tratamiento del *fresh money*).

Fue precisamente el RDL 3/2009 el marco en el que se inició la protección legal en la normativa concursal española, sobre la base del modelo italiano de "escudos protectores", de acuerdos de refinanciación alcanzados con los requisitos legalmente exigidos, siempre que permitieran la continuidad de la actividad en el corto y medio plazo (acuerdos de refinanciación con reestructuración).

---

<sup>323</sup> Véase el Punto 3.9.2.

Posteriormente, esta opción legislativa se mantuvo en la Ley de Reforma 38/2011, en la que aumentaron los tipos de acuerdos de refinanciación típicos y protegidos, diferenciándose entre acuerdos generales de refinanciación concluidos entre el deudor y cualquiera de sus acreedores, computando todos ellos en el cálculo de las mayorías legalmente exigidas, y acuerdos particulares de refinanciación sometidos a homologación judicial y concluidos entre el deudor y entidades financieras acreedoras que representaban un plus de protección en materia de extensión del contenido de esperas del acuerdo a acreedores disidentes o no participantes y paralización de ejecuciones<sup>324</sup>.

Pues bien, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, introduce reformas en la protección de los acuerdos de refinanciación e incorporando determinados mecanismos de exoneración del pasivo sobre la base del "fresh start"

Ante las dificultades de liquidez por las que atraviesa nuestro sistema financiero, se debe promover un mecanismo preconcursal dirigido a evitar la declaración de concurso. En este sentido, si no se establecen mecanismos exoneratorios o limitadores de la responsabilidad patrimonial universal ex art. 1.911 CC, a la que resulta sometida la persona física que decida iniciar una actividad económica, de los que tradicionalmente no se ha contado en el Derecho español, se dificulta la asunción de riesgos empresariales por

---

<sup>324</sup> La aprobación de la Ley de Reforma 38/2011 supuso, aún antes de su entrada en vigor, un impulso considerable en los acuerdos de refinanciación alcanzados en la práctica, constatable estadísticamente a través de las estadísticas elaboradas por el Colegio de Registradores. En efecto, si medimos el impacto de las refinanciaciones alcanzadas en 2011 por el volumen de la deuda refinanciada y no tanto por el número de acuerdos de refinanciación típicos alcanzados, en el sector inmobiliario se refinanciaron 3.009 millones de pasivo (46 por ciento del total), lo que se acompaña de la cifra de 2.895 millones de euros (44,6 por ciento) del pasivo de empresas del sector servicios no inmobiliarios, situándose el volumen de activo promedio refinanciado en 317,2 millones de euros. Es precisamente en este período cuando empresas de gran tamaño refinancian su deuda (Reyal Urbis, Prisa y Sando), destacando en 2013 la entrada en proceso refinanciado de El Corte Inglés con 5.400 millones de deuda. En 2012 el total de acuerdos de refinanciación alcanzado ha sido de 93, aunque el impacto en el sistema de los acuerdos de refinanciación típicos alcanzados debe medirse no tanto cuantitativamente cuanto por el volumen del pasivo refinanciado. PULGAR EZQUERRA, J., "Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y la ley de emprendedores", *RDCP*, núm. 20, 2013, p. 31.

temor a las consecuencias del fracaso<sup>325</sup>.

En este ámbito, en la Ley 14/2013 se mantiene, acertadamente, la opción de política legislativa, que tuvo su origen en el RDL 3/2009, de protección de los acuerdos preconcursales de refinanciación, a través de la técnica italiana de "escudos protectores" defendiendo en su máximo grado la autonomía de la voluntad. No obstante, se incorporan "mejoras técnicas" que en ocasiones inciden en el régimen general de los acuerdos de refinanciación, al margen de su tipología general o particular con homologación, y en otras exclusivamente en el régimen de los acuerdos de refinanciación particulares con homologación judicial.

Pero en este ámbito de la preconcursalidad, la Ley 14/2013, y en gran medida en relación con la introducción en nuestro Derecho de mecanismos exoneratorios del pasivo insatisfecho, también ha ampliado el ámbito de la preconcursalidad. Esta vez prevalentemente sobre la base del originario modelo francés, del *Règlement amiable*, conectado a la figura del "mandatario ad hoc", que posteriormente evolucionaría hacia la "conciliation", configurándose como novedad el aquí tratado AEP. Este nuevo instituto preconcursal, que coexiste aun cuando en un modo alternativo, con los acuerdos de refinanciación y propuestas anticipadas de convenio, se estructura en torno a la mediación concursal configurándose sobre la base de un procedimiento registral o notarial que da lugar a la introducción en la LC de un nuevo Título X y conlleva, a su vez, otras "reformas reflejas" en diversos preceptos de la LC 22/2003 (arts. 3.1, 5.bis, 15.3, 178.2 LC).

### **3.2.2. Características y modalidades de acuerdos de refinanciación**

El acuerdo de refinanciación se trata un instituto preconcursal que persigue la evitación del concurso mediante la refinanciación del deudor y, con ese fin, dotar a los acreedores que adopten acuerdos con éste de un marco de seguridad jurídica. Para la comprensión de los acuerdos de refinanciación es preciso hacer referencia al régimen

---

<sup>325</sup> PULGAR EZQUERRA, J., "Acuerdos de refinanciación...", op. cit., p. 3.

general de las acciones de reintegración de la masa activa del concurso del art. 71 LC y a los acuerdos protegidos por el art. 71 bis LC frente a la amenaza de la reintegración<sup>326</sup>.

El mecanismo específicamente concursal de retorno de bienes a la masa activa del concurso está constituido por las acciones de reintegración. El art. 71 LC establece que, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores, período de sospecha, a la fecha de la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, con lo que la LC conserva el elenco de acciones contra actos lesivos propias del derecho común<sup>327</sup>.

La idea subyacente en la figura jurídica del art. 71 LC consiste en que puede ser ilícito y, en consecuencia, ineficaz, el agravamiento de la insolvencia, previo a la declaración del concurso, mediante transmisiones patrimoniales o actos dispositivos que supongan una disminución mediante, por ejemplo, el nacimiento de nuevas obligaciones o la constitución de nuevos derechos reales con función de garantía.

El referido mecanismo previsto por el art. 71 LC aplicado sin restricciones supone una clara amenaza para la consecución de nuevo crédito ya que éste conllevará nuevas obligaciones o modificación onerosa de las ya existentes y establecimiento de nuevas garantías reales sobre el patrimonio del deudor. En estas condiciones los acreedores difícilmente se prestarían a la consecución de acuerdos que posteriormente serían rescindibles en un eventual futuro concurso de acreedores. Con el fin de evitar el apalancamiento del crédito se diseñan por el legislador en el art. 71 bis LC determinadas tipologías de acuerdos que gozarán de protección especial contra la rescisión en un posterior concurso de acreedores<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> RÍOS MESTRE, J.M., “El emprendedor ante el concurso de acreedores: acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos y mecanismo de segunda oportunidad”, LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir) *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*, Bomarzo, 2016, p. 162.

<sup>327</sup> RÍOS MESTRE, J.M., “El emprendedor ante el concurso...”, op. cit., p. 162.

<sup>328</sup> *Ibidem*.

Los acuerdos de refinanciación de la LC son un tipo de acuerdos que gozan de protección frente a la reintegración que se produzca en un posterior concurso. Podrá homologarse judicialmente el acuerdo de refinanciación que habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros<sup>329</sup>, reúna en el momento de su adopción, las condiciones previstas en la letra a) y en los números 2.º y 3.º de la letra b) del apartado 1 del art. 71 bis LC. El broche de cierre que supone la DA 4ª.13 LC dispone que no podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. El ejercicio de las demás acciones de impugnación se someterá a lo dispuesto por el art. 72.2 LC.

En los acuerdos de refinanciación encontramos dos modalidades bien diferentes: de una parte, el acuerdo simple ex art. 71.6 LC y de otra, el acuerdo homologado judicialmente ex arts. 71.6 + Disp. Ad. 4º LC. La diferencia es sustancial: el primero es un acuerdo (colectivo) pero estrictamente privado (no sujeto a publicidad legal en su sentido estricto); el segundo constituye un verdadero procedimiento preconcursal con fines reorganizativos o de saneamiento. La relación binaria que se establece en las dos modalidades de acuerdo de refinanciación, arreglo privado/preconcursal, reproduce la que se da en Derecho italiano y francés entre los *accordi di risanamento/accordi di ristrutturazioni* en el primero, y entre la *conciliation constaté/conciliation homologué* en el segundo<sup>330</sup>.

### 3.2.3. Diferencias y analogías entre AEP y acuerdos de refinanciación

Nuestro Derecho se ha construido en base a un sistema preconcursal que se apoya en la reestructuración de la deuda principalmente. Este sistema se fundamenta, por un lado, por los acuerdos de refinanciación (art. 71 bis y DA 4ª LC), y por otro, por los AEP (Título X del a LC, arts. 231 a 242 bis LC). De este modo, el AEP no es solo una alternativa al concurso, sino que también constituye un procedimiento alternativo al otro instituto preconcursal que son los acuerdos de refinanciación en sendas modalidades, el

---

<sup>329</sup> Al respecto, cabe destacar la evolución legislativa, desde su introducción en la Ley 38/2011 que fija un porcentaje del 75%, su reforma posterior -Ley 14/2013- lo reduce al 55%, y, tras la reforma por la Ley 26/2013, que se establece el actualmente vigente del 51%.

<sup>330</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., p. 3.

acuerdo de refinanciación "simple" ex arts. 71.6 y 71.bis LC y el acuerdo con homologación judicial ex disp. ad. 4º LC, con los que presenta, no obstante, diferencias notables que se examinarán en este punto.

Ambos institutos, pese a tener naturaleza preconcursal y extrajudicial, y ser un enfoque de la autonomía de la voluntad ante las crisis económicas del deudor, difieren en el modelo que se toma como referencia, así como en el margen que se da a esta autonomía y a sus destinatarios.

Los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, pensados para grandes empresas, se desarrollan en el estricto marco de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), en un ámbito extrajudicial y sin estructura procedimental. Inicialmente, encontraron su "modelo" en los "*accordi italiani de ristrutturazioni*", pese a que se han ido aproximando progresivamente al modelo de los "*schemes of arrangement*" del Reino Unido, cuya regulación se encuentra en la Companies Act inglesa.

El motivo de este acercamiento progresivo se debe al carácter paradigmático que los referidos "schemes" regulados en la normativa societaria y no concursal inglesa, han tenido y tienen. En efecto, en este ámbito las partes, deudor y acreedores, pueden reestructurar en sede preconcursal, en un modo extrajudicial, no sólo el pasivo a través de las formas tradicionales de arreglo del pasivo (quitas y/o esperas) sino también la sociedad misma a través de medidas de reestructuración societaria, aumentos de capital y en concreto capitalizaciones de deuda, modificaciones estructurales, etc<sup>331</sup>.

Respecto de pymes y deudores personas físicas, sean empresarios o no (consumidores), los AEP también tienen lugar en el ámbito preconcursal y permiten a deudor y acreedores "renegociar" su deuda. Ello se regula a través de la mediación y, por tanto, en el ámbito de los "alternative dispute resolution" (ADR), de forma cercana a la "conciliation" francesa y belga, de las que lo separan principalmente diferencias fundamentales en cuanto a la publicidad.

---

<sup>331</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 763.



De este modo, los AEP se estructuran en torno a una "mediación", aunque denominada incorrectamente como concursal tal y como se ha dicho previamente, en el supuesto en que el concurso de acreedores se declare, puesto que opera en la fase preconcursal como administrador o liquidador concursal<sup>332</sup>. Además, es una "mediación obligatoria" ya que los deudores, pymes o personas físicas empresarios o consumidores que quieran acceder a un AEP no pueden eludir la mediación ni optar por ella, sino que "impone" en todo caso, independientemente de la naturaleza del deudor, su carácter necesario como un elemento consustancial al AEP, hasta el punto de que éste consiste en la solicitud de nombramiento de un mediador<sup>333</sup>.

En este ámbito hay que destacar que son diversos los "desincentivos" de la normativa sobre AEP para pymes. Entre éstos debemos mencionar la publicidad que en todo caso rodea a los AEP frente a lo que acontece en el modelo belga, que parece ser tomado por referencia y que puede en algunas ocasiones precipitar en el tráfico la crisis económica y el concurso de estas pymes, que en principio se busca evitar<sup>334</sup>. El AEP es un sistema que opta abiertamente por dar la mayor difusión posible a la existencia de las negociaciones. De este modo, el sistema ideado por nuestro legislador en 2013, se aparta del concepto clásico de mediación en el que la confidencialidad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el éxito de la negociación<sup>335</sup>. Esta discreción resulta especialmente relevante en el ámbito de la insolvencia ya que uno de los riesgos que se asocia a la tramitación de los procedimientos de índole concursal y preconcursal radica en la estigmatización del deudor incurso.

De este modo, cuando los operadores conocen la delicada situación económica del deudor podrán optar por contratar con un competidor del deudor, por miedo a que éste no pueda cumplir con las obligaciones asumidas, lo cual puede derivar en un perjuicio para el propio contratante<sup>336</sup>.

---

<sup>332</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., "El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos...", op. cit., pp. 165-166.

<sup>333</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 763.

<sup>334</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 765.

<sup>335</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles...*, op. cit., pp. 191 y ss.

<sup>336</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 96.

El legislador nacional desoye este tipo de razonamientos y opta por dar gran difusión a la existencia de las negociaciones, considerando que esta publicidad viene justificada por los efectos del AEP, más allá del principio de relatividad. De este modo, junto a lo dispuesto en el art. 5 bis LC, señala el art. 233.3 LC que el notario o registrador notificará el nombramiento del mediador "por certificación o copia" remitidas a los "registros públicos de bienes competentes", así como al "Registro Civil y demás registros públicos que corresponda". Finalmente, también se remitirá la comunicación al juez competente para la declaración de concurso y se ordenará su publicación en el Registro Público Concursal. Debe señalarse que entre la información que sea objeto de remisión al Registro Público Concursal necesariamente debe constar la diligencia de remisión de la información al juez del concurso, pues será dicha remisión la que determine el nacimiento de los escudos protectores de la negociación<sup>337</sup>.

Como se puede observar, la regulación que impone la LC en el ámbito del AEP es mucho más rígida que la de los acuerdos de refinanciación, ya que el art. 233 LC exige que el extracto de dicha resolución acceda a los registros públicos de bienes correspondientes. Añade el artículo que también deberá remitirse la resolución al Registro Civil. Esta notificación debe limitarse a las personas que estén inscritas en el Registro Civil, esto es, personas físicas, independientemente de su condición de empresarios.

La publicidad exigida respecto a la apertura del procedimiento se completa con lo referido en el apartado cuarto del artículo 233 LC, cuando señala que asimismo se dirigirá comunicación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La exigencia de publicidad para el inicio del procedimiento extrajudicial de pagos contrasta con lo dispuesto para los acuerdos de refinanciación, en los que será posible obtener todos los efectos que la Ley asocia a su adopción, sin necesidad de remitir la comunicación propia del art. 5 bis LC, pudiendo las partes desarrollar su negociación con total discreción<sup>338</sup>.

---

<sup>337</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 97.

<sup>338</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 98.

No es sólo la mediación el elemento que diferencia acuerdos preconcursales de refinanciación y AEP, sino que también se diferencian en su estructura procedimental y ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes.

En efecto, los acuerdos de refinanciación representan el grado máximo de autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC) y en ningún caso y con independencia de su tipología representan o conllevan la apertura de un procedimiento judicial o de otra naturaleza, ni siquiera en su tipología de acuerdos de homologados de refinanciación (DA 4ª LC), pues éstos se aproximan, como se ha analizado, al ámbito de la jurisdicción voluntaria no actuando el juez como tal.

En principio, el contenido del AEP, como el de otros institutos preconcursales, debería poder ser determinado por las partes que participan en el acuerdo, esto es, deudor y acreedores, sobre la base del ejercicio de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), que determinó la elección de las partes por una solución preconcursal y extrajudicial. Inicialmente se podría sostener que en la regulación del contenido del acuerdo se restringía al máximo la autonomía de la voluntad de las partes, limitándose las quitas y esperas en una medida superior respecto de las contempladas en relación al convenio concursal (quitas del 25% y esperas de tres años, frente a la posibilidad de quitas del 50% y esperas de hasta cinco años en el convenio concursal). Ello constituía un claro desincentivo para acudir a un AEP, desde el momento en que el deudor podía beneficiarse de quitas superiores en el marco del convenio concursal que en el AEP<sup>339</sup>.

No obstante, la reforma introducida por la Ley ha "liberalizado" en alguna medida ese contenido, en concreto en lo relativo a quitas y/o esperas, aproximándolo al régimen del acuerdo de refinanciación homologado, que ha ejercido también su "vis atractiva" respecto del convenio concursal (art. 100 LC).

Además, los AEP constituyen un expediente registral o notarial, en función de la condición empresarial del deudor, que los procedimentaliza con el consiguiente

---

<sup>339</sup> SENENT MARTÍNEZ, S., "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal tras la Ley 14/2013", MARTÍN MOLINA/DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ (Coord) en AA.VV., *La Ley Concursal y la mediación concursal*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 504 y ss.

detrimento del margen de autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, ha de resaltarse que, en las sucesivas reformas de que ha sido objeto el régimen de los AEP, han ido progresivamente eliminándose, o al menos atenuándose, las relevantes restricciones a la autonomía de la voluntad de las partes presentes en los primeros textos reguladores de los AEP<sup>340</sup>.

Frente a lo que acontece en la regulación de los acuerdos de refinanciación preconcursales ex art. 71.6 y DA 4.ª LC, en los que no se regulan las condiciones que deben concurrir en el deudor para poder alcanzar acuerdos de estas características, en el art. 231 relativo al AEP se regulan no sólo los deudores que pueden acceder al procedimiento, sino también, en un modo cuestionable, prohibiciones para acceder a este procedimiento<sup>341</sup>.

Así, se regulan las condiciones que deben concurrir en un deudor para solicitar un AEP y quienes no pueden formular solicitud para alcanzar un AEP.

Estamos ante un procedimiento establecido para prevenir la insolvencia del emprendedor con un patrimonio no excesivamente grande. Los proyectos empresariales/profesionales de reducida dimensión no solo tienen una presencia anormalmente alta en la economía española en relación con el peso de los mismos en el Derecho concursal comparado (es abrumadora la presencia de las pymes), sino que se constata que aquéllos son especialmente sensibles a los costes de insolvencia. Es sobradamente conocido que existe en España un índice anormalmente bajo de "concursabilidad" indicativo de una gran aversión de los deudores en crisis a la solución concursal, aversión que se pone de manifiesto tanto más acusada cuanto menor es el tamaño<sup>342</sup>.

Por otro lado, en los acuerdos de refinanciación quedan descartadas aquellas situaciones de "insolvencia irreversible" que hicieren implausible alcanzar con éxito y en el mínimo período temporal habilitado al efecto, un acuerdo de continuidad de la

---

<sup>340</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial*, LA LEY, 2016, p. 765.

<sup>341</sup> PULGAR EZQUERRA, J., "Acuerdos de refinanciación...", op. cit., P. 14.

<sup>342</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., p. 2.

actividad profesional o empresarial "a corto y medio plazo" de los contemplados en el artículo 71.6 LC.

A diferencia de lo que se infiere de la regulación de los acuerdos de refinanciación, nada impide a que pueda entrar en el procedimiento preconcursal del AEP el deudor que se encuentra en situación de insolvencia "definitiva" o "irreversible". Tanto da que la insolvencia sea reversible o irreversible, siempre que el deudor no se encuentre negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera ya sido admitida a trámite (art. 231.4 LC).

Únicamente se requiere que la situación sea tal que no sea manifiestamente implausible poder alcanzar un acuerdo de la continuidad mediante una reorganización de la situación (con quita y espera pactadas con la mayoría de acreedores dentro de los límites legales) y que haga eventualmente posible, revertiendo la situación, que la entidad se viable ex post: que pueda seguir explotando su actividad constitutiva del objeto social.

De este modo, no se prohíbe entrar en el procedimiento y constituirse en estado a quien, por ejemplo, haya suspendido pagos (en el modelo francés) o que se encuentre en insolvencia definitiva (en el modelo alemán), basta con que el acuerdo de continuidad con las quitas o/y esperas legales del art. 236.1 LC parezca ex ante plausible, sin necesidad de demostrar esta circunstancia por ningún experto que haya de pronunciarse sobre esa viabilidad<sup>343</sup>.

De hecho, si la situación inicial está muy comprometida y no cambia ésta durante la tramitación o gracias a las concesiones que se hagan por la mayoría de acreedores en un acuerdo de continuidad de los regulado en el artículo 236.1 LC, siempre cabe un "acuerdo de liquidación" de los del artículo 236.2 LC y que están prohibidos para los acuerdos de refinanciación según se infiere del artículo 71.6 LC<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., p. 8.

<sup>344</sup> A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de Derecho comparado, no queda fuera del procedimiento preconcursal del AEP el deudor en estado de insolvencia definitiva o irreversible. Puede incluso solicitar la apertura del procedimiento un deudor cuya situación esté tan irremediabilmente comprometida que no sea ni siquiera plausible, considerado su patrimonio y sus ingresos previsibles, la

Con todo, el expediente no debería abrirse cuando exista patrimonio inicial insuficiente para la cobertura de los gastos propios del acuerdo: la Ley prohíbe admitir la solicitud de personas jurídicas en esos casos (art.231.2.c) LC y aunque no lo prohíba para las personas físicas, la tramitación del acuerdo extrajudicial en caso de "insuficiencia de masa activa" no tiene ninguna práctica<sup>345</sup>.

Finalmente, mencionar que la Ley establece una regla general de incompatibilidad procedimental entre ambos procedimientos.

La admisión a trámite de la solicitud de procedimiento concursal excluye la posibilidad de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para alcanzar un AEP, mientras se tramita el concurso ex art. 231.4 LC. Aunque hubiera concluido el concurso, no puede iniciarse un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial a menos que hayan pasado tres años desde la declaración (art. 231.3.4º LC). El motivo de esta incompatibilidad es la siguiente: una vez se ha abierto el concurso decae la finalidad preventiva que anima esos otros procedimientos concursales. En puridad, el artículo 231.4 LC solamente se refiere a la incompatibilidad entre concurso y AEP, pero la misma conclusión se impone para los acuerdos de refinanciación: declarado el concurso, el único modo de llegar a un acuerdo con los acreedores es a través del convenio concursal homologado judicialmente<sup>346</sup>.

### **3.2.4. Incompatibilidad entre acuerdos de refinanciación y AEP**

---

posibilidad de alcanzar con éxito un convenio de continuación tal y como se contempla, con condiciones en la quita o/y espera, en el artículo 236.1 LC. Dicho de otro modo: aunque fuere inviable la continuidad empresarial y profesional tras una aprobación de un arreglo con las correspondientes quitas y esperas. Téngase presente que el acuerdo que pone término al procedimiento puede ser de los "liquidatorios" por el sistema de la cesión de sus bienes a los acreedores en pago de deudas (confróntese los artículos 236.2 LC y 1175 CC con lo previsto para el concurso en el artículo 100.3 LC) y que, en el marco del concurso consecutivo, cabe obtener la remisión de deudas insatisfechas ex arts. 242.2. 5a y 178.2 LC. Se regula la posibilidad de que el mediador llegue a constar la insuficiencia de masa activa ex art. 238.3 LC en cuyo caso aquél debe solicitar la conclusión del concurso consecutivo en los términos expuestos en el artículo 176 bis LC.

<sup>345</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., "La naturaleza...", op. cit., pp. 7-8.

<sup>346</sup> Ibidem.

Por otro lado, existe incompatibilidad entre la negociación simultánea de un acuerdo de refinanciación y la de un AEP. Así, el artículo 231.4 LC prohíbe que puedan acceder al AEP quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación. Más aún: aunque el acuerdo de refinanciación homologado anterior se hubiere ya cumplido, no podrá iniciarse un procedimiento para alcanzar un AEP a no ser que hubieren pasado tres años desde la homologación (art. 231.3.4º LC).

Además, y aunque la Ley no lo contemple de forma expresa, cabe defender del espíritu del artículo 231.4 LC la existencia de una incompatibilidad en sentido contrario al anteriormente descrito<sup>347</sup>: se prohíbe accedan al acuerdo de refinanciación quienes se encuentren ya negociando con sus acreedores un AEP. En cambio, la conclusión de un AEP anterior no impide luego iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación y su homologación (no existe aquí una regla de "tres años" similar a la regulada en el art. 231.3.4º LC).

Estas prohibiciones legales son susceptibles de ser controladas por el registrador y el notario en trámite de admisión de la solicitud ex artículo 232.3 LC. A tal efecto, consultarán de oficio los registros públicos correspondientes, empezando por el registro público concursal. El registrador mercantil conocerá de la tramitación pendiente de cualquier expediente referido a la negociación de un acuerdo de refinanciación por el mismo deudor en su registro.

### **3.3. Naturaleza jurídica y caracteres**

El procedimiento para llegar al acuerdo es un procedimiento extrajudicial y voluntario para el deudor, y sólo para él, que tiene como característica específica la de ser varios los órganos involucrados: por un lado, el registrador mercantil o el notario, correspondientes al domicilio del deudor, y de otro, el mediador concursal.

El primero tiene como función el control de admisión de la solicitud y el nombramiento del mediador, mientras que éste, debe controlar la existencia y cuantía de los créditos, la elaboración de la propuesta de acuerdo (plan de pagos, plan de viabilidad

---

<sup>347</sup> Ibidem.

y, en su caso, el establecimiento de la cuantía de los alimentos para el deudor y su familia), y la convocatoria de los acreedores a una reunión para debatir y aceptar o cambiar el acuerdo.

El AEP, junto con los acuerdos de refinanciación, tiene la naturaleza de “instituto preconcursal” puesto que constituye una alternativa al concurso de acreedores<sup>348</sup>. Por este motivo, no es compatible con la admisión a trámite de la solicitud del concurso, tanto el voluntario como el necesario, incluida la comunicación al juzgado de la negociación de una propuesta anticipada de convenio (arts. 231.4 y 5 bis.1 LC).

Es esencial la idea que el AEP es incompatible con un acuerdo de refinanciación ya que son antagónicos en su objeto. En un caso se busca la flexibilización de los pagos por causa de la insolvencia, mientras que en el otro se busca la superación de la insolvencia. La LC circunscribe tal incompatibilidad a los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación judicial.

Esta alternativa al concurso se entiende como un “beneficio” al que facultativamente pueden acceder ciertos deudores insolventes. En otras palabras, la LC no dispone de un procedimiento de aplicación general (procedimiento ordinario) ni tiene carácter preceptivo en relación a la declaración del concurso de aquéllos (condición de procedibilidad). Es un beneficio personal y por eso, los efectos del inicio del procedimiento y del acuerdo no afectan a los garantes del deudor ni a los obligados solidarios (arts. 235.5 y 240.3 LC).

Dicho mecanismo, que responde a una reacción del legislador ante la situación de crisis en la que nos encontramos, es expresión de su voluntad de promover el recurso a los procedimientos colectivos por los acreedores individuales, busca ser un proceso simple y ágil en su tramitación, sujeto a plazos breves, obviamente con la consecuente reducción, a diferencia de la solución concursal, de costes temporales y económicos, y cuyo fin es facilitar el pago por parte del deudor de las cantidades adeudadas a sus acreedores, revelando la situación de insolvencia en que se halla el deudor<sup>349</sup>. Por lo tanto,

---

<sup>348</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., pp. 51-52.

<sup>349</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., p. 12.



ésta es su finalidad, obtener un pacto extrajudicial de pago entre deudor y sus acreedores. Su contenido puede consistir en una amplia diversidad de medidas; así, una quita, una espera, una cesión de bienes, una capitalización de deuda, su conversión en préstamos participativos, obligaciones convertibles, préstamos subordinados, préstamos con intereses capitalizables y/o cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original, que permita la viabilidad y continuidad de la empresa insolvente y, desde luego, el pago de lo por el deudor debido a sus acreedores.

Este AEP, aunque se presente en sociedad como una mediación, realmente no lo es o, cuanto menos, presenta unas características que lo configuran como una figura autónoma y diferenciada de la mediación<sup>350</sup>, tal y como ya se ha dicho previamente. En este sentido, el propio legislador, en el preámbulo de la Ley 14/2013 e, incluso, en los arts. 231 y ss. LC, y al hacer referencia al AEP, en ningún momento identifica la misma como una mediación, ni efectúa referencia alguna a la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles o la expresión “mediación” salvo para referirse al “mediador” concursal y la necesidad que reúna las condiciones de mediador conforme a la citada Ley 5/2012 (art. 233.1 LC).

En este sentido, en lo no contemplado en la LC en cuanto al mediador concursal, se efectúa una remisión, no a la Ley 5/2012, sino a lo dispuesto “en materia de nombramiento de expertos independientes” (art. 233.1 LC). Incluso si se examina el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de fecha 27 de diciembre de 2013), basta para darse cuenta como todo lo relativo a los mediadores concursales aparece, por así decirlo, “incrustado” o “injertado” en dicho texto legal, aislado respecto del todo que constituye el RD 980/2013, que tiene por objeto la mediación de la Ley 5/2012. Ni menciona los AEP como mediación concursal, o como una clase de mediación<sup>351</sup>.

El citado RD 980/2013 tiene por objeto el desarrollo determinados aspectos de la mediación civil y mercantil y, accesoriamente, analiza un aspecto de los mediadores

---

<sup>350</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., p. 13.

<sup>351</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., p. 13.

concursoales. Y ello es así porque, ciertamente, no nos encontramos ante una mediación, aunque se denomine la misma, coloquialmente, como ‘mediación concursal’.

Dicha afirmación se basa en que, en primer lugar, a la vista que en el AEP no hay controversia alguna entre las partes que se pretenda resolver a través de la mediación, sino, simplemente, alcanzar por el deudor y sus acreedores, a iniciativa de aquel, un acuerdo de pago de las deudas contraídas por el primero con los segundos.

En segundo lugar, el referido mecanismo extrajudicial de pago se proyecta por el legislador despegado del principio de autonomía de la voluntad de las partes regulado en el art. 1255 CC, que es consustancial a cualquier proceso refinanciador o negociador del pago de la deuda e incluso a cualquier procedimiento de mediación. No solo las partes intervinientes se ven limitadas por los cauces del procedimiento diseñado por el legislador en los arts. 231 y ss. LC, quebrándose el principio de organización procedimental por las partes contemplado en el art. 10.1 LMACM, sino que, aunque es voluntaria para el deudor su activación, se “invita” y obliga a participar en la negociación a todos sus acreedores, salvo el crédito público, bajo pena de ver subordinados sus créditos en un posterior concurso del deudor. Ello a diferencia de lo que ocurre en la mediación civil y mercantil. En el que la voluntariedad de las partes a la hora de iniciar y continuar la mediación se eleva a principio informador de esta última<sup>352</sup>.

### **3.4. Presupuestos subjetivo y objetivo del AEP**

El AEP es un procedimiento limitado. No puede acogerse al mismo cualquier deudor. Estamos ante un procedimiento preconcursal especial por la personalidad del deudor y también respecto a la cuantía de la deuda acumulada frente a sus acreedores. Se modifican así los principios inspiradores de la LC, al permitirse un procedimiento exclusivamente destinado a los deudores cuya insolvencia viene asociada con su actividad económica<sup>353</sup>.

---

<sup>352</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., p. 14.

<sup>353</sup> GÓMEZ POMAR, F., “Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores”, *InDret*, núm. 4, 2013, p. 3.

### 3.4.1. Presupuesto objetivo

El deudor que quiera acogerse al AEP se ha de encontrar en situación de insolvencia actual<sup>354</sup> o insolvencia inminente y, para comprender el alcance de ambas situaciones se ha de acudir a la reglamentación contenida en el art. 2 LC.

También podrán instar este acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital (por tanto, también sociedades personalistas, sociedades civiles, asociaciones y fundaciones), siempre que cumplan las siguientes condiciones<sup>355</sup>:

- Que se encuentren en estado de insolvencia (por tanto, y a diferencia de las personas físicas, actual y no meramente inminente).
- Que acrediten que, en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no habría de revestir especial complejidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 190 LC.
- Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.
- Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236 LC.

Se da cobertura a cualquier crédito del deudor, salvo los créditos de derecho público que, no podrán en ningún caso verse afectados por el AEP, a pesar de que tengan garantía real; y, los créditos con garantía real que, precisamente, solo se verán afectados por el AEP de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 238 y 238 bis que, prevé supuestos de arrastre análogos a los contemplados para el convenio en la Ley 9/2015, de 25 de mayo de medidas urgentes en materia concursal<sup>356</sup>.

---

<sup>354</sup> Se incluye la insolvencia actual entendida como insolvencia definitiva, así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ DEL POZO. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza...”, op. cit., p. 23.

<sup>355</sup> ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 235.

<sup>356</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos extrajudiciales de pago...”, op. cit., pp. 347-362.

En concreto, con esta última norma se introduce un nuevo art. 134.3 que, también tiene precedente en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, en cuanto a la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. No obstante, para ello se requiere un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, incorporándose de forma novedosa en nuestro derecho concursal esta consideración, y en los acuerdos preconcursales de la disposición adicional cuarta que, afectan a los acreedores de pasivos financieros. Para ello se distinguen cuatro clases de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que, justifican un tratamiento concreto en el seno del concurso: en primer lugar, los acreedores de derechos laborales; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y, finalmente, el resto (entre los que se debe incluir de forma principal a los acreedores comerciales).

#### *3.4.1.1. Insolvencia*

La insolvencia constituye un estado de hecho caracterizado por la imposibilidad de cumplir de modo regular las obligaciones de pago vencidas. Esa situación de hecho puede ser compatible con la existencia de un balance saneado si, al propio tiempo, la sociedad no cuenta con la liquidez suficiente para cumplir aquellas deudas. Es lo que con anterioridad a la LC de 2003 se entendía como “suspensión de pagos” en su sentido más estricto, para distinguirla de aquella otra situación de insolvencia total de la empresa por falta de bienes o derechos suficientes para atender todas las deudas, que se identificaba con el concepto de “quiebra”<sup>357</sup>.

El antecedente más cercano en nuestra historia concursal convulsa, aunque con diferencias sustanciales con el nuevo acuerdo extrajudicial, es el *non nato* procedimiento conocido como ‘suspensión de pagos’ que se regulaba en la proyectada reforma concursal del Anteproyecto de LC de 1995<sup>358</sup>. Aunque pueden mencionarse procedimientos

---

<sup>357</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los ‘acuerdos de refinanciación’ (d. Ad. 4a LC), Propuesta de reforma legislativa, Cuadernos de Derecho Registral*, 2010, pp. 168 y ss.

<sup>358</sup> En sus artículos 270 a 298. Sobre el tema, vid. entre otros: FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen*

preconcursoales análogos existentes en Derecho comparado, la especialidad más notable del nuestro es su fuerte desjudicialización”.

En el marco de la LC es insolvente tanto quien no puede pagar las obligaciones contraídas a la fecha de su vencimiento por carecer de bienes o derechos suficientes con los que hacer frente a las deudas como quien no puede pagarlas, a pesar de tener patrimonio suficiente, por falta de liquidez y, en definitiva, por falta de crédito.

Un deudor en insolvencia actual puede solicitar el AEP, con el fin de recuperar la solvencia, para reorganizar el pasivo y de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes. La función [del AEP] no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que buscaría realmente su remoción<sup>359</sup>.

En torno a la insolvencia, hemos de señalar que la LC en su Exposición de Motivos, punto II párrafo 6º, ya anticipa y manifiesta que se elige un concepto unitario y flexible del presupuesto objetivo del concurso.

Para ver si corresponde la declaración de concurso de la sociedad es necesario acudir a la LC que en el artículo 2 (apartados 1 y 2) se regula el presupuesto objetivo del concurso la situación de insolvencia del deudor común, entendida esta como la imposibilidad por parte del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

El estado de insolvencia viene determinada por tres elementos: en primer lugar,

---

*jurídico preconcursal...*, op. cit., pp. 168 y ss. PULGAR EZQUERRA, J., “La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995”, *RDS*, núm. 6, 1996, pp. 471 y ss.; PULGAR EZQUERRA, J., “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *RDCP*, núm. 5, 2006, p. 50; AGUILERA ANEGÓN, G., *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores, Madrid, 1997, p. 151; ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 106 y ss.; ALCOVER GARAU, G., “Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español”, *RDS*, núm. 6, 1996, pp. 483 y ss.; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los ‘acuerdos de refinanciación’ (d. Ad. 4a LC)*, Propuesta de reforma legislativa, Cuadernos de Derecho Registral, 2010, pp. 168 y ss.

<sup>359</sup> CÁBANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (RDL 1/2015, de 27 de febrero)”, *La Ley*, núm. 8505, 2015, p. 10.

debe entenderse que es insolvente quien no puede cumplir con sus obligaciones como consecuencia de la falta de patrimonio o a la simple iliquidez; en segundo lugar, esta imposibilidad de cumplir sus obligaciones debe darse regularmente, encontrándose en estado de insolvencia el deudor que únicamente puede hacer frente a sus obligaciones ocasionalmente y sin seguir las reglas normales del tráfico; y, en tercer lugar, la LC se refiere a las obligaciones exigibles lo que permite determinar un momento concreto en el que el deudor es insolvente.

Se da un concepto amplio de insolvencia al referirse a la falta de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles<sup>360</sup>. Con este requisito objetivo la Ley tiene entre sus preocupaciones la de adelantar la declaración del concurso<sup>361</sup>. Sigue diciendo el mismo autor que la anchura del presupuesto objetivo se debe a la “preocupación por la satisfacción de los acreedores que se manifiesta en la amplitud del presupuesto objeto de declaración de concurso”.

El art. 2.1 LC determina una relación entre ‘estado de insolvencia’ e impotencia, pues es insolvente sí y sólo aquel deudor que ‘no puede cumplir’<sup>362</sup>. No obstante, no se hace referencia a alguna causa de la impotencia. De esta manera, queda abierto el debate sobre la incardinación fáctica de causas ajenas al sobreendeudamiento como fenómeno determinante del nacimiento del requisito objetivo, y en concreto, el déficit crediticio o la ausencia de crédito *lato sensu*.

#### 3.4.1.2. Regularidad del cumplimiento

Se aprecia que en la construcción del presupuesto objetivo se destaca la regularidad del cumplimiento como criterio determinante, y que califica dicho cumplimiento, de hecho, esta exigencia de regularidad pone de relieve la diferencia existente entre la noción de insolvencia y la de incumplimiento, que no son equiparables.

---

<sup>360</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “Valoración general de la reforma concursal: el nuevo derecho de la insolvencia”, *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2005, p. 647.

<sup>361</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2015, p. 363.

<sup>362</sup> IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., “Presupuesto objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, ICADE, núm. 61, 2004, p. 30.

Debe tenerse en cuenta que puede haber insolvencia a pesar de existir posibilidad de cumplimiento, precisamente cuando esta posibilidad pasa por un cumplimiento irregular.

Considérese, además que la LC precisa en el art. 2.2 que la imposibilidad de cumplimiento que vendría a dibujar la situación de insolvencia ha de referenciarse no a todas las obligaciones que pesan sobre el deudor, sino únicamente a aquellas que ya sean exigibles, esto es, esta exigibilidad se produce cuando el acreedor puede reclamar judicialmente el derecho sobre el que fundamenta su pretensión<sup>363</sup>.

A este respecto, en relación a la exigibilidad de las obligaciones<sup>364</sup>, se debe acudir al marco general de su cumplimiento establecido en el Código civil que determina que la obligación se puede exigir desde su vencimiento, respecto del cual si nada se ha convenido ni resulta de la naturaleza de la prestación, ‘la obligación será exigible desde luego’ (art. 1113.1 del CC); precepto que debe complementarse con el art. 1125 del CC, (...). No solo se requiere que llegue el momento del vencimiento, sino que, además es requisito imprescindible que nos encontremos ante una obligación susceptible de ser reclamada por vía judicial el ‘cumplimiento regular de las obligaciones’, no cualquier incumplimiento del deudor. Quien asuma voluntariamente el incumplimiento de obligaciones específicas a las que cree que no debe hacer frente, debe ser considerado síntoma de la situación de insolvencia requerida por la solución concursal. Y a la inversa, no todo cumplimiento es suficiente para enervar la existencia de insolvencia, sino que ha de tratarse de un cumplimiento ‘regular’.

De esta manera, quien incumple de forma esporádica no se considerará insolvente, *a contrario sensu*, y, quien incumple habitual o reiterativamente, por el contrario, sí lo será, ya que ha procedido al pago de sus deudas con carácter general. Motivo para considerar que resurge con fuerza la cuestión de la falta de separación conceptual entre insolvencia jurídica o impago generalizado, e insolvencia económica o desbalance patrimonial<sup>365</sup>.

---

<sup>363</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 156.

<sup>364</sup> RIVERO FERNÁNDEZ, M., *Reintegración y concurso de acreedores*, Dilex, 2005, pp. 74-76.

<sup>365</sup> IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., “Presupuesto objetivo del concurso...”, op. cit., p. 30.

En la redacción de la LC se eliminó sin embargo el adjetivo “puntualmente” que seguía a “regular”, en sede de enmiendas parlamentarias, con lo que parece lógico deducir la separación del tenor definitivo del texto del elemento temporal referido al incumplimiento, vinculado naturalmente a la falta de liquidez. En el texto definitivo, y racionalmente con la función de política legal prevista se ha optado, por tanto, estimar que, si el deudor puede pagar, aunque sea tarde, debe hacerlo, con el objetivo de satisfacer a sus acreedores.

Por su parte, el legislador se fija a los efectos concursales en la insolvencia, que supone una carencia, más allá de una mera deficiencia o dificultad<sup>366</sup>.

Insolvencia equivale a “imposibilidad de cumplimiento o la incapacidad de pagar (que) constituyen, pues la esencia de esta noción”<sup>367</sup>. Se excluye del concepto de insolvencia que “una pasajera interrupción en los pagos pueda fundamentar la declaración de concurso. Por tanto, un deudor que padezca una transitoria falta de liquidez, pero que pueda recuperar dicha liquidez a corto plazo, sí es capaz de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”<sup>368</sup>. De este modo, el deudor que se encuentre en situación de mera iliquidez transitoria siempre puede solucionarla acudiendo al crédito bancario; pero, si no lo consigue, no puede perjudicar a sus acreedores retrasando la apertura del concurso<sup>369</sup>.

La insolvencia viene integrada por dos puntos, primero, una perspectiva objetiva formada por la imposibilidad de observar las obligaciones de manera regular al momento preciso de su vencimiento, cuando éstas eran requeridas, originándose una insuficiencia patrimonial, aunque esto no implica la equiparación con la fórmula activo más bajo que el pasivo, ya que podemos hallarnos ante una circunstancia de iliquidez en la que el activo sea más alto o superior al pasivo, pero irrealizable<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley/Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

<sup>367</sup> CERDÁ ALBERO, F., “El presupuesto objetivo del concurso”, *Revista Jurídica de Catalunya* (en adelante, RJC), núm. 4, vol. 103, 2004, p. 24.

<sup>368</sup> CERDÁ ALBERO, F., “El presupuesto objetivo del concurso”, *RJC*, núm. 4, vol. 103, 2004, p. 24.

<sup>369</sup> *Ibidem*.

<sup>370</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, *op. cit.*, pp. 155-156.



El segundo punto a apreciar en la noción de insolvencia viene proporcionado desde una óptica temporal, por la exigencia de que tal desequilibrio o iliquidez sean definitivos y, por tanto, no temporáneo o transitorio, tal y como se ha producido bajo el mandato del anterior derecho concursal y así era demandado por los diversos pronunciamientos jurisprudenciales<sup>371</sup>.

En este sentido, podemos afirmar que estamos un concepto extenso, siendo los contornos imprecisos. Según el tenor literal de la norma se requiere, en efecto, que no se pueda, lo que remite a la “imposibilidad” de pago, esto es, parece a una situación permanente, lo que ha provocado la creencia de que la dicción legal ha de ser interpretada restrictivamente, de modo que el concurso sólo podría declararse ante el desbalance o iliquidez definitivas y no temporales que dificultarían, pero no impedirían, a corto plazo el cumplimiento por el deudor de sus obligaciones<sup>372</sup>.

#### *3.4.1.3. Insolvencia no implica desbalance*

La insolvencia establecida en el art. 2 LC se refiere a la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles, siendo el aspecto principal la falta de medios de pago y no el importe del patrimonio neto, aunque éste sea negativo<sup>373</sup>.

Suele ser bastante común confundir la situación de una empresa con patrimonio neto negativo con la situación de insolvencia que obliga a solicitar el concurso de acreedores, aunque muchas veces estas situaciones van unidas, o la una es antesala de la otra, es necesario distinguir entre ambas.

En primer lugar, debemos ahondar en el concepto de patrimonio neto. El artículo 36 del Código de Comercio, en la redacción dada, primero, por la Ley 16/2007 de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su

---

<sup>371</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 156.

<sup>372</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley concursal”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 5, 2004, pp. 24 y 25.

<sup>373</sup> CHULIÁ, F., “Tres años de ley concursal: temas de reforma”, *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 1 y ss.

armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea (Ley 16/2007), y posteriormente, por el RDL 10/2008 de 12 de diciembre, por el que se adoptan medidas financieras para la mejora de la liquidez de las pequeñas y medianas empresas, y otras medidas económicas complementarias (RDL 10/2008), se define el patrimonio neto como la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten.

Este concepto resulta coincidente con el contenido en la primera parte del PGC 2007 y PGC PYMES 2007 relativa al marco conceptual de la Contabilidad sobre el que se fundamenta la elaboración de las cuentas anuales<sup>374</sup>.

El patrimonio neto negativo o las pérdidas cualificadas en relación con la cifra de capital social, constituyen un estado patrimonial cuyo contenido viene determinado y condicionado fundamentalmente por el Código de Comercio y la LSC y demás disposiciones referenciadas anteriormente, que pueden obligar a sus administradores sociales a promover la reducción de capital por pérdidas o la disolución de la sociedad para no incurrir en responsabilidades.

---

<sup>374</sup> Concepto que se corresponde con los pronunciamientos de la NIC 1 y NIC 32 adoptadas por la Comisión Europea. El Plan General de Contabilidad 2007 se elaboró con el objetivo de configurar un marco reglamentario acorde con los nuevos pilares ubicados a nivel legal, de conformidad con lo dispuesto en las Directivas Comunitarias y teniendo en consideración las NIC//NIIF adoptadas por los Reglamentos de la Unión Europea. No obstante, debe señalarse que en el apartado I de la introducción del Plan General de Contabilidad aprobado por el RDL 1515/2007 se señala que: ... “las cuentas anuales individuales se siguiera aplicando la normativa contable española, convenientemente reformada para lograr la adecuada homogeneidad y comparabilidad de la información contable, en el marco de las nuevas exigencias contables europeas...”, asimismo se manifiesta que ... “la correcta interpretación del contenido del nuevo Plan General de Contabilidad, en ningún caso puede derivar en una aplicación directa de las NIC//NIIF incorporadas en los Reglamentos europeos, dado que esta alternativa que de conformidad con el Reglamento 1606/2002 también podría haber sido tomada por el legislador español, no ha sido la que finalmente ha prosperado en el proceso de debate interno que motivó la estrategia europea en materia contable. Y ello, sin perjuicio de que las NIC//NIIF adoptadas deban configurarse como el referente obligado de toda futura disposición que se incorpore al Derecho Contable español...”

Por lo tanto, si bien el patrimonio neto negativo consecuencia generalmente de los fondos propios negativos puede entenderse como resultado de una posible situación de insolvencia actual o inminente, no permiten, por sí solo, entender que refleja la situación de insolvencia que determina el inicio de la obligación de solicitar el concurso.

En otras palabras, la situación de desbalance no supone la obligación de solicitar la declaración del concurso, ni tampoco permite solicitar el AEP, no debiendo mezclar la situación en la que se encuentra la sociedad a causa de las pérdidas que han disminuido el capital social por debajo de la mitad del patrimonio neto con el estado de insolvencia en que debe encontrarse el deudor para declarar el concurso<sup>375</sup>. La insolvencia engloba situaciones de desbalance o déficit patrimonial en las que el pasivo supera al activo, la más frecuente, y situaciones de superávit patrimonial en las que, por el contrario, ese pasivo es inferior al activo<sup>376</sup>.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS de 15 de octubre de 2013<sup>377</sup> al indicar lo siguiente: “No cabe confundir [...] entre estado de insolvencia y la situación de pérdidas que reducen el patrimonio neto de la sociedad por debajo de la mitad del capital social. Aunque es frecuente que ambas situaciones se solapen, puede ocurrir que exista causa de disolución por pérdidas patrimoniales que reduzcan el patrimonio de la sociedad a menos de la mitad del capital social, y no por ello la sociedad esté incurso en causa de concurso. En estos supuestos opera con normalidad el deber de promover la disolución conforme a lo prescrito, antes en los arts. 262 TRLSA y 105 LSRL, y ahora en el art. 365 LSC. Y a la inversa, es posible que el estado de insolvencia acaezca sin que exista causa legal de disolución, lo que impone la obligación de instar el concurso, cuya apertura no supone por sí sola la disolución de la sociedad, sin perjuicio de que pueda ser declarada durante su tramitación por la junta de socios y siempre por

---

<sup>375</sup> COUTO CARAMÉS, N., “-Aspectos concursales y societarios de la crisis económica de una sociedad anónima”-, Tesis doctoral (Universidad de A Coruña), A Coruña, 2015, p. 19. Disponible en: [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16242/CoutoCarames\\_Natalia\\_TFG%20\\_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16242/CoutoCarames_Natalia_TFG%20_2015.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

<sup>376</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *ADCo*, núm. 11, 2007, p. 39.

<sup>377</sup> FJ 7º. Sentencia número 590/2013. Número de Recurso: 1268/2011. Ponente: Ignacio Sancho Gargallo.

efecto legal derivado de la apertura de la fase de liquidación”.

Por todo ello, ha de concluirse que, aunque las cuentas anuales revelen pérdidas que den lugar a un patrimonio neto negativo (sin perjuicio de los ajustes que proceda realizar al mismo), podrá constituir un indicador de que la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución conforme al artículo 363.1.e) LSC<sup>378</sup>, pero no necesariamente que se encuentre en situación de insolvencia conforme a la LC y que por ello se deba promover el concurso.

La jurisprudencia determina que la situación patrimonial, de ser especialmente grave, y valorada con otros indicios, sí podría revelar la insolvencia. Así la STS de 7 de julio de 2015<sup>379</sup> destaca junto a los fondos propios negativos elevados respecto al capital social y las pérdidas continuadas y progresivas, la necesidad de vender activos para atender gastos básicos como los del pago de nóminas, es decir, recurriendo a la venta apresurada o a formas irregulares o extraordinarias de financiación.

En el artículo 327 LSC, se establece que la reducción del capital tendrá carácter obligatorio para la sociedad anónima cuando las pérdidas hayan dejado su patrimonio neto por debajo de las dos terceras partes de la cifra del capital y hubiere transcurrido un ejercicio social sin haberse recuperado el patrimonio neto. Por tanto, conforme a la regulación citada, se hace necesario determinar tres variables esenciales: el capital social, el patrimonio neto y las pérdidas de la sociedad, para ver si procede o no disolver o reducir capital.

Estas tres variables conforman elementos básicos de las cuentas anuales, que con carácter general vienen directamente reflejadas en el balance en lo que se denomina patrimonio neto, y dentro de éste, como se ha indicado anteriormente, en los fondos propios, que incluyen tanto el capital social como las pérdidas; pero puede ocurrir que parte de ese capital social se encuentre reflejado en el pasivo bajo la denominación

---

<sup>378</sup> En el 363.1 e) LSC se incluye como una de las causas obligatorias de disolución de la sociedad anónima y limitadas, las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 29 de julio, Concursal.

<sup>379</sup> Número de Resolución: 275/2015. Número de Recurso: 1563/2013. Ponente: Rafael Saraza Jimena.

“deudas con características especiales” (como pudiera ser el caso de la emisión de las citadas acciones rescatables y determinadas acciones sin voto), lo que enmascara y dificulta contablemente la identificación del total del capital social y por ello del patrimonio neto<sup>380</sup>. En estos casos y a los efectos mercantiles de las situaciones a estudiar, el capital social debe calcularse sumando tanto la cifra de capital social reflejada en los fondos propios como la cifra de capital social reflejada en las deudas con características especiales, debiendo coincidir esta suma con el importe del capital social que figure en los estatutos sociales<sup>381</sup>.

Podría existir incertidumbre “en aquellos casos en que concurriera una causa legal de disolución por pérdidas y una situación de “insolvencia inminente”, donde la solicitud de concurso podría contemplarse como una posibilidad y no como un deber para los administradores”<sup>382</sup>. En tales supuestos, considera, que la solución más lógica ante la responsabilidad que asumen los administradores sociales, sería promover la convocatoria de la junta general de la sociedad para cumplir con el deber establecido en el artículo 365 LSC, y trasladar así a la junta general la decisión de restituir el patrimonio neto, liquidar la compañía o, la solicitud de concurso.

Si la causa de disolución no se subsana, la junta no se puede celebrar, ni adoptar alguno de los acuerdos previstos en el artículo 365.1, los administradores están obligados a solicitar la disolución, o el concurso si finalmente la entidad se encuentra en estado de

---

<sup>380</sup> La determinación del patrimonio neto a los efectos mercantiles estudiados es complicada sobre todo para el analista que no tiene acceso al detalle de la contabilidad y que debe basar sus decisiones en la información contenida en las cuentas anuales. Esto se debe a que el patrimonio neto es un dato que se revela directamente en el balance de las cuentas anuales y en el estado total de cambios en el patrimonio neto que, con carácter general, no es el importe que sirve para decidir si procede o no reducir el capital o disolver una sociedad. Puede resultar necesario realizar ajustes contables a la cifra de patrimonio neto que se refleja en las cuentas anuales. Ajustes que se encuentran regulados en una normativa dispersa que dificulta su análisis y correcto cálculo, requiriendo conocimientos técnicos, tanto de naturaleza contable como jurídica. Además, dichos ajustes requieren disponer de cierta información contable que en ocasiones y en particular para los mencionados analistas externos resulta complejo identificar en las cuentas anuales, incluso en la información contenida en la memoria.

<sup>381</sup> CARRO ARANA, M.M., “Incidencia del patrimonio neto contable...”, op. cit., pp. 1-5.

<sup>382</sup> CARRO ARANA, M.M., “Incidencia del patrimonio neto contable...”, op. cit., p. 4.

insolvencia<sup>383</sup>.

En resumen, se pueden dar tres situaciones:

- 1) No hay insolvencia conforme a la LC, y exclusivamente hay pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. En este caso, los administradores deberán promover la disolución de la sociedad.
- 2) Además de pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, existe situación de insolvencia conforme a la LC. En este caso, se debería proceder a la declaración de concurso, quedando absorbido por éste el deber de promover la disolución conforme se establece en el artículo 363.1.e) y 365 y ss. LSC.
- 3) Cuando haya insolvencia conforme a la LC y no desequilibrio patrimonial, se deberá solicitarse el concurso.

### **3.4.2. Presupuesto subjetivo**

El artículo 231 LC se modifica por el RDL 1/2015 en algunos aspectos, si bien la estructura y contenido de la versión original se mantiene en su esencia. No varían los sujetos que se contemplaban en la redacción original de la Ley 14/2013, sino más bien se viene a añadir, tal y como era demandado por la doctrina, el deudor persona física no empresario, aunque únicamente se quede en esto y la referencia al acuerdo extrajudicial para la persona natural no empresario del art. 242 bis de la LC<sup>384</sup>.

#### *3.4.2.1. Acreedores*

Todos los acreedores del deudor, o mejor dicho, casi todos ellos, son llamados a la negociación del AEP. A tal efecto y con las excepciones que más adelante se mencionarán, es indiferente la persona del acreedor, si es una entidad de crédito,

---

<sup>383</sup> MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 12.

<sup>384</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. "El Mediador...", op. cit., p. 139.

trabajador, proveedor, etc., la clase del crédito que ostenten o si el mismo se halla incorporado a título ejecutivo o documento público. O que esté vencido o sea exigible, la clasificación que, eventualmente en un posterior concurso, correspondería a tal crédito, o si el crédito es dinerario o no dinerario. También es indiferente que el acreedor sea persona natural o jurídica. O que sea persona especialmente relacionada con el deudor. En este último caso, la cuestión es relevante ya que mientras en el concurso de acreedores su crédito tendría la consideración de subordinado y, por lo tanto, privado de derecho de voto en la junta de acreedores a la que el deudor somete su propuesta de convenio (art. 122.1.1ª LC), en sede de negociación del AEP, no existe proceso concursal ni, por lo tanto, clasificación de créditos. De manera que los acreedores vinculados al deudor, normalmente una parte relevante del pasivo, participan en la negociación y podrán votar el acuerdo, computándose su apoyo a efecto de mayorías requeridas para la adopción del mismo. Lo cual puede tener incidencia a efectos que el deudor se decante por una u otra alternativa a su insolvencia<sup>385</sup>.

Incluso los créditos con garantía real se verán afectados por el AEP en los términos de los artículos 238 y 238 bis LC. Antes de la reforma de 2015, los acreedores que titulizaban créditos dotados de garantía real, solo participaban en la negociación y, por lo tanto, su crédito resultaba vinculado al acuerdo que se alcanzase en su seno si, de forma expresa, así lo decidían y comunicaban al mediador concursal dentro del plazo de un mes a contar desde que recibieran la convocatoria a que se refiere el art. 234 LC. El acreedor real únicamente participaba en la negociación si éste así lo quería<sup>386</sup>. Por tal motivo, si el acreedor que disfrutaba de la garantía real permanecía ausente tras recibir la anterior comunicación, no participaba en la negociación y su crédito no podía verse vinculado ni afectado por el acuerdo. Esto es lo que ocurría habitualmente, pues era raro que el acreedor dotado de garantía real decidiese participar en una negociación que, en principio, no tenía sentido e interés para él<sup>387</sup>.

Tras la reforma de 2015, el acreedor real no puede escapar del AEP y se va a ver

---

<sup>385</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 33.

<sup>386</sup> AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, Editorial Reus, Madrid, 2017, p. 254.

<sup>387</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 34.

afectado en los términos del art. 238 y 238 bis LC. A los efectos que nos ocupa, no cabe circunscribir el concepto de garantía real únicamente a las inmobiliarias. Tampoco al privilegio contemplado en el art. 90 LC. O a las garantías contempladas en el art. 56 y 57 del mismo cuerpo legal. Cabe entender incluido cualquier derecho real de garantía tal como la anticresis, la prenda (ordinaria o sin desplazamiento) y la hipoteca (inmobiliaria, mobiliaria o naval). También se incluiría todo negocio que confiera a una persona y sobre un bien o derecho, una facultad de ejecución separada y preferente, a todo tipo de acreedores quirografarios y frente a acreedores titulares de garantías reales posteriores. Y los negocios fiduciarios que cumplen función de garantía real (por ejemplo, la enajenación de inmuebles con fin de garantía).

Por el contrario, no cabe considerar como “garantía real” a los efectos del AEP, aquellos supuestos que conforme a lo dispuesto en el art. 56 y 90 LC y conectado, en primer caso, al régimen de ejecución de garantías reales, y en el segundo, con el disfrute de un privilegio especial, se les otorga la consideración de garantía real, aunque no lo sean.

Por otro lado, la referencia que efectúa el art. 231.5 LC a “créditos con garantía real” permite que, si un mismo acreedor es titular de un crédito que goza de garantía real y de otro que no, cada crédito tendrá su régimen distinto conforme a lo establecido en los arts. 231 y ss. LC a efectos del AEP. Realmente la redacción de la norma no es clara al respecto, ya que quien participa en el AEP son los acreedores y no los créditos, sin perjuicio que estos últimos se vean afectados por lo pactado entre el deudor y los acreedores titulares de aquellos<sup>388</sup>.

Por otro lado, la Ley no dice nada al respecto sobre la posibilidad de instar un AEP conjunto o de grupo. No existe inconveniente en admitir la tramitación “coordinada” o conjunta, en un único expediente, de varios AEP relativos a deudores que formen parte de un mismo grupo de sociedades, designándose un mediador concursal único. En apoyo de esta interpretación es de traer a colación el contenido del art. 73 LRJPAC, sobre acumulación de expedientes que guarden identidad sustancial o íntima conexión, el art. 71 bis 4 LC, que contempla el acuerdo de refinanciación de grupo, y que es aplicable en

---

<sup>388</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 36.



cuanto al mediador concursal (art. 234.1 LC). Pero ello no implicará consolidación de masas y será preciso que cada una de las sociedades deudoras cumplan, individualmente y no como grupo, todos y cada uno de los requisitos precisos para acceder al mecanismo extrajudicial de pago. A la hora de designar ese mediador concursal de grupo, parece competente el registrador mercantil de la sociedad dominante y, en su defecto, el de cualquiera de las sociedades del grupo (art. 71 bis 4 y 234.1 LC)<sup>389</sup>.

Todos ellos, o casi todos los acreedores del deudor, están invitados a la negociación del acuerdo con las negativas consecuencias para su crédito caso de ausentarse de la misma, que más adelante se mencionarán y, por lo tanto, se podrán votar y se verán afectados por el contenido del acuerdo, esto es, la quita y/o espera que se pacte entre el deudor y el acreedor.

No afecta, sin embargo, a los créditos de derecho público (como ya previera la Ley 14/2013), ni siquiera cuando tengan garantía real. El art. 231.5 LC, de manera desafortunada, excluye del procedimiento negociador a los acreedores públicos, los “créditos de derecho público”, no pudiendo verse vinculado, “en ningún caso” tal crédito por el eventual acuerdo de pago que se concluya entre el deudor y sus acreedores<sup>390</sup>. Incluso aunque gocen de garantía real.

A tal fin, se entiende por créditos de derecho público, aquellos titularidad de una Administración Pública, con independencia que sea estatal, autonómica o local, que sean de derecho público. Encontramos los siguientes supuestos de “créditos de derecho público”: deudas por tasas, contribuciones e impuestos de cualquier clase y origen (art. 2 LGT), recargos, intereses de demora y sanciones; cuotas y demás recursos de titularidad de la Seguridad Social, esto es, cuotas de Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta (cuotas al Fondo de Garantía Salarial y para formación profesional y aportaciones por desempleo), recargos, intereses de demora y sanciones (art. 18 y DA 21 TRLGSS) y tributos y demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponda a la Administración que deriven del ejercicio de potestades administrativas (art. 5 LGP), pues esta exigencia buen número de créditos de titularidad pública no lo

---

<sup>389</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza...”, p. 128.

<sup>390</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 37.

satisfacen<sup>391</sup>.

En este apartado se debe hacer referencia a si otro presupuesto subjetivo del AEP es la pluralidad de acreedores. A pesar que la LC o diga nada al respecto, se entiende que éste es un requisito. Tal requisito no aparece explícitamente en la LC, pero resulta no sólo de la exposición de motivos de la citada norma, que establece como finalidad del concurso alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, sino de otros artículos de dicha norma tales como, seguimos el auto de la Audiencia Provincial de Baleares, sección 5ª, de 27 de enero de 2010 "el art. 2.1 , al exigir un “deudor común” a varios acreedores; art. 3 que menciona a los acreedores en plural; el art. 4 que habla de “pluralidad de acreedores”; el art. 6.2º que exige en el concurso voluntario la obligación de presentar una “relación de acreedores, por orden alfabético...”; el art. 15 al prevenir la sucesiva petición de concursos por acreedores del mismo deudor; el art. 19.3 que ordena el llamamiento a otros acreedores interesados cuando el inicial no comparezca en la vista de oposición o no se ratifique en la solicitud; el art. 21.1.5º en el llamamiento a los “acreedores”; los arts. 49 y 76 que ordena la formación de la masa pasiva con una pluralidad de los mismos, o el art. 75.2.2º que hace otro tanto para la elaboración de una “lista de acreedores” por la administración concursal...". De esta forma, si no se da tal requisito, la citada pluralidad de acreedores, el concurso no debe de admitirse<sup>392</sup>.

Respecto a la mencionada pluralidad de acreedores, no se requiere que recaiga en ellos ninguna cualidad o condición, siendo independiente el tipo de crédito, su carácter, la eventual calificación que le correspondería en el concurso o la vinculación deudor-acreedor. Por ello, se da el presupuesto de pluralidad de acreedores en el supuesto de que todos ellos pertenezcan a un mismo grupo de empresas o a una misma familia.

#### 3.4.2.2. Deudores

Por lo que respecta al deudor, no toda persona física o jurídica que se encuentre en situación de insolvencia va a poder hacer uso de este procedimiento extrajudicial<sup>393</sup>. El presupuesto subjetivo del AEP se limita al “empresario persona natural” (incluidos los

---

<sup>391</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 68.

<sup>392</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 39.

<sup>393</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El acuerdo extrajudicial de pagos...*, op. cit., p. 35.

profesionales) y a las personas jurídicas insolventes cuyo concurso no sea complejo, su activo alcance los gastos del acuerdo y su patrimonio permita lograrlo en términos que no superen los tres años de espera y el veinticinco por ciento de quita<sup>394</sup>, como a continuación veremos.

A diferencia de lo que sucede con los acuerdos de refinanciación, que resultan en principio accesibles a cualquier deudor, los acuerdos extrajudiciales de pago solo pueden ser concertados por determinados deudores; es decir, cuentan, al igual que el propio concurso, con un presupuesto subjetivo legalmente establecido<sup>395</sup>, que incluye un listado legal de una serie de exclusiones. Por lo tanto, la mayoría de las circunstancias se asocian al deudor y ratifican que el procedimiento extrajudicial es concebido por la ley como un beneficio para determinados deudores.

La Ley de emprendedores, en sede de acuerdo extrajudicial, se separa del criterio de universalidad del presupuesto subjetivo de los procedimientos de insolvencia y que seguía siendo la regla tanto para el concurso como para el acuerdo de refinanciación: concurso y acuerdos de refinanciación son utilizables para el remedio de la crisis de cualquier deudor. Por el contrario, el AEP está diseñado en nuestra ley como un verdadero beneficio legal del deudor insolvente, o amenazado de insolvencia, persona natural o jurídica, pero siempre con la condición de “emprendedor” y cuyo patrimonio es de reducida dimensión<sup>396</sup>.

De una primera lectura del mandato (art. 231 LC) referido al presupuesto subjetivo, el que pueda colegirse una ruptura del principio de universalidad<sup>397</sup> que

---

<sup>394</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., “Concurso y precurso”, *RDCP*, núm. 22, 2015, p. 6.

<sup>395</sup> En la determinación de dicho presupuesto subjetivo se ha empleado una regulación “profusa y desafortunada” en opinión de RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal. Derecho Mercantil*, Marcial Pons, vol. 10, Madrid, 2014, p. 743.

<sup>396</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal...”, *op. cit.*, p. 5.

<sup>397</sup> De acuerdo con SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “se alteran así los principios inspiradores de la Ley Concursal, al abrirse la puerta a un procedimiento exclusivamente destinado a los deudores cuya insolvencia enlaza con su actividad económica” (en “El acuerdo extrajudicial de pagos...”, *op. cit.*, p. 7). En este mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO afirma lo siguiente: “la Ley de Emprendedores, en sede de acuerdo extrajudicial, rompe con el criterio de universalidad del presupuesto subjetivo (...) el acuerdo extrajudicial está diseñado en nuestra Ley como un verdadero beneficio legal del deudor insolvente, o

informa al Derecho concursal al incorporarse otras categorías y otras disciplinas normativas, que inciden en la figura del empresario susceptible de aplicársele el expediente del AEP.

Entre las condiciones que deben cumplirse no se exige la consideración de emprendedor conforme a lo contemplado en la Ley 14/2013, concepto este más propio de lenguaje coloquial o de estudios sociológicos que de un texto jurídico<sup>398</sup>.

Actualmente, están legitimados legalmente para recurrir a este procedimiento extrajudicial: el deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 LC, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones; y las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital que cumplan ciertos requisitos. A continuación, se analizarán ambos pormenorizadamente.

#### *3.4.2.2.1. El deudor persona natural*

El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 LC, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un AEP con sus acreedores, siempre que, acredite que su pasivo no exceda los cinco millones de euros con el correspondiente balance. En el cómputo del pasivo se incluyen todos los créditos del deudor, incluso aquellos que, en principio, no se verían afectados de llegarse a alcanzar un acuerdo, créditos con garantía real y créditos de derecho público.

A los efectos de este Título se considerarán “deudores personas naturales” no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o que tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos (art. 231.1 de la LC).

---

amenazado de insolvencia, persona natural o jurídica, pero siempre con la condición de ‘emprendedor’ y cuyo patrimonio es de reducida dimensión”. Agrega en p. 28: “el legislador rompe con la unidad de disciplina sin que exista para ello una justificación suficiente”. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico...”, op. cit., pp. 384 y ss.

<sup>398</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación...”, op. cit., pp. 38 a 40.

“La Ley opta por una concepción amplia, flexible y omnicomprendensiva, que engloba no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino quienes ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”<sup>399</sup>.

Esta laxitud a la hora de configurar la noción de empresario, englobando no solo al empresario, comerciante y profesional, sino incluso, al trabajador autónomo, ciertamente puede originar conductas fraudulentas por personas naturales no empresarios, tendentes a obtener el acceso al mecanismo extrajudicial de pago del empresario persona natural, huyendo del régimen específico de los no comerciantes, creando una apariencia empresarial basada en la mera alta en el régimen de autónomos, censo fiscal, IAE, etc. Más cuando el art. 231.1 LC no requiere que el deudor ostente la condición de empresario durante un determinado espacio temporal previo al inicio de la mediación concursal<sup>400</sup>. Obviamente los receptores de la solicitud mediadora estarán atentos y vetarán tales fraudulentas actuaciones, tramitando la solicitud del consumidor bajo disfraz de empresario conforme a lo previsto en la Ley.

A diferencia de lo regulado por la Ley 14/2013, el sujeto destinatario del AEP en el RDL 1/2015 es el “deudor persona natural” y no “el empresario persona natural”, categoría jurídica que desaparece. No obstante, el legislador sigue diferenciando el trato del mismo dependiendo de su condición o no de empresa, para lo que incluye un nuevo art. 242 bis LC titulado “especialidades del AEP de personas naturales no empresarios”.

Este sujeto puede ser empresario y como tal puede inscribirse en el Registro Mercantil, de acuerdo con los arts. 16 y 19 del Código de Comercio, respectivamente. Aun cuando la Ley 14/2013, permite que bajo la noción de empresario se incluyan otras categorías fuera del ámbito legislativo propio del Derecho Mercantil (art. 3 Ley 14/2013, respecto a la figura del emprendedor), al remitirse, a su vez, tanto a la legislación de la Seguridad Social de conformidad con lo disciplinado por el art. 10 del RD 84/1996, de

---

<sup>399</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 21.

<sup>400</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 22.

26 de enero, así como a la noción del trabajador autónomo de acuerdo con la legislación laboral, en virtud del art. 1 Ley 20/2007 del Estatuto del trabajador autónomo<sup>401</sup>.

En resumen, el empresario, persona física, en sentido mercantil, puede beneficiarse del expediente del AEP, lo que implica estar a lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo primero, que demanda que la actividad de comercio se ejerza de forma habitual y con capacidad suficiente, a la par, que ha de actuar en nombre propio, aunque no lo solicite el mandato aludido. De esta manera, el deudor persona física ha de atender, en primer lugar, como indicábamos, a lo dispuesto en la legislación mercantil.

No obstante, también se ha de atender al hecho que la normativa reguladora del AEP amplía de forma considerable los sujetos en torno a la persona física susceptible de aplicársele dicho expediente. En especial, aquellos que están bajo el sometimiento de la legislación laboral y de la Seguridad Social<sup>402</sup>.

Luego se ha de estar a otras regulaciones que conciben la figura del empresario, en concreto, la legislación de la Seguridad Social. En este sentido, véase el art. 10 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que proporciona el concepto de empresario en la Seguridad Social. Se establece en este artículo lo siguiente: “A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que integran el sistema de la Seguridad Social”.

Igualmente, se debe atender a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador autónomo en sus artículos 1 y 2, que fijan los casos incluidos y excluidos. Así,

---

<sup>401</sup> Se abre así una brecha entre el tratamiento del deudor que tenga la condición de emprendedor y el resto de deudores (jubilados, desempleados, consumidores en general), frente a lo que existen autores que defiendan la necesidad de admitir esta fórmula con carácter general. PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación...”, op. cit.

<sup>402</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 136.

su artículo 1 establece lo siguiente: “La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”<sup>403</sup>.

Este artículo también establece su aplicación a “los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.

También se ha de estimar dentro del ámbito subjetivo de aplicación a los profesionales según lo establecido en el art. 1 Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales<sup>404</sup>. Sumado a todo ello, se ha de tener en cuenta el art. 3, relativo al emprendedor de la Ley 14/2013, que incorpora al emprendedor de responsabilidad limitada.

---

<sup>403</sup> Párrafo primero del número 1 del artículo 1 redactado por el apartado 1 de la disposición final décima del Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (“B.O.E.” 2 agosto). Vigencia: 1 enero 2017. Véase el apartado uno de la disposición final décima séptima de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 (“B.O.E.” 28 junio).

<sup>404</sup> “1. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley.

A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquélla para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional.

A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

2. Las sociedades profesionales podrán constituirse con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes, cumplimentando los requisitos establecidos en esta Ley.

3. Las sociedades profesionales se registrarán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada”.

#### 3.4.2.2.2. *Los consumidores*

Nos podemos preguntar, en relación con el presupuesto subjetivo, por qué no se incluían a los consumidores, cuando son ellos los mayores beneficiados de una salida de la situación de insolvencia a medio plazo, sin necesidad de acudir al procedimiento concursal<sup>405</sup>. En el mismo sentido, también es llamativo, a modo de ejemplo, que se dejara fuera a las familias<sup>406</sup>.

Inicialmente se configuró el AEP como un mecanismo accesible a pequeños empresarios insolventes, fueran persona natural o jurídica, aunque de manera discutible<sup>407</sup>, se apartaba a la persona natural no comerciante (consumidor) que, definitivamente, quedaba expulsada de los mecanismos preconcursales previstos en la LC para el tratamiento y la prevención de la insolvencia<sup>408</sup>. Asimismo, la doctrina rechaza la expulsión de los consumidores del AEP. En su opinión, “cabe cuestionar la decisión de vetar el acceso al consumidor al procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial que evitaría un temido colapso judicial, yendo nuestro legislador en contra de lo que acontece en la mayoría de los países que desjudicializan el tratamiento de la insolvencia del consumidor”<sup>409</sup>. Además, no se motivaba la limitación a la salida convencional de la crisis al margen del concurso.

De hecho, no sólo tenían vetado el acceso al pacto extrajudicial de pago, sino que el eventual acuerdo de refinanciación que pudiesen suscribir con sus acreedores no era susceptible del amparo anti rescisorio que confiere el art. 71 bis LC, ni, por ende, de

---

<sup>405</sup> CUENA CASAS, M., “No hay segunda oportunidad para el que menos tiene”, el notario del siglo XXI, núm. 50, 2013. Disponible en: [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Legislar a ‘Contra Coeur’. La incidencia de la ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2013, pp. 175-189. DÍAZ ECHEGARAY, J.L., El acuerdo extrajudicial..., op. cit., p. 43.

<sup>406</sup> MAGDALENO, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas”, *ADCo*, núm. 30, 2013, pp. 269-282.

<sup>407</sup> Criticado por GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación...”, pp. 41-41.

<sup>408</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 19.

<sup>409</sup> CUENA CASAS, M., “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física. La persona física insolvente, de nueva olvidada”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, p. 181.



homologación judicial *ex DA 4ª LC*, ni la eventual inyección de liquidez que se contemplaba en el mismo gozaba del privilegio del *fresh money* establecido en los arts. 84.2.11º y 91.6º LC.

Esta regulación destacaba en la medida en que sólo puede acogerse al procedimiento alternativo al concurso un pequeño o mediano empresario persona natural, o profesional o trabajador autónomo, pero no un particular, como siempre, no se sabe el por qué y una vez más no se vislumbra el mismo porque parecería que el AEP pudiera ser especialmente útil al particular, el cual, a la vez, viene con frecuencia a ser excluido del ámbito del concurso sobre la base del art. 176 bis. 4 LC, por insuficiencia de su masa activa. De manera que anteriormente, las insolvencias de los particulares quedaban sin tratamiento concursal las más de las veces, opción de política jurídica sencillamente incomprensible<sup>410</sup>.

La determinación del presupuesto subjetivo del AEP es una de las partes más criticables de la nueva regulación<sup>411</sup>.

En este contexto, la situación varía para los consumidores, tras la promulgación del RDL 1/2015, puesto que se incardinaría dentro del ámbito subjetivo de aplicación el consumidor, toda vez que se da entrada a beneficiarse de este instituto pre-concursal al deudor persona natural no empresario, tal y como se insiste como novedad de esta última reforma. El legislador rectifica en la reforma 2015 y ya incluye al no comerciante o consumidor entre las personas que pueden acceder al pacto extrajudicial de pago. La nueva redacción del art. 231.1 permuta la inicial referencia al “empresario persona natural” por la amplia y omnicomprendensiva “deudor persona natural”, que engloba tanto al empresario como aquel que no reúne tal cualidad<sup>412</sup>.

Por ello, se hace distinción en cuanto a los documentos a aportar y se expresa en el párrafo primero del art. 231 LC, que ha sido modificado “en el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance”. Se entiende, en caso

---

<sup>410</sup> ALCOVER GARAU, G., “Crítica al régimen jurídico del AEP”, *Diario La Ley*, 2014, p. 6.

<sup>411</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal...”, op. cit., pp. 28 y 29.

<sup>412</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 20.

contrario, que el deudor persona natural no empresario no es necesario que aporte dicha documentación.

Ahora bien, esta novedad va acompañada de un régimen especial, según el cual el notario del domicilio de deudor ante el que se presente la solicitud “impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores”. Y únicamente para el caso de que el notario requerido lo estime conveniente, será él mismo el que proceda al nombramiento de mediador concursal en lugar de asumir este nuevo papel en el que la labor del notario no aparece bien definida<sup>413</sup>.

El legislador se ha decantado por la figura del notario atendiendo a su cualificación profesional, para que sea éste el que dirija las negociaciones entre el deudor y sus acreedores con el objetivo de alcanzar un AEP que evite la declaración de concurso. Ello obedece a razones de economía procesal<sup>414</sup>, habida cuenta de que, por regla general, la insolvencia de la persona natural no empresaria reviste una mayor sencillez, al menos desde un punto de vista procedimental, no solo por existir un número reducido de deudores, sino también por no entrar en juego el mantenimiento de la actividad empresarial<sup>415</sup>.

Se ha tener en cuenta lo dispuesto en el art. 242 bis LC, relativo a las especialidades del AEP de pagos de personas naturales no empresarios. De este modo, se da cabida al consumidor. La cuestión ahora está en determinar si, con lo regulado, resulta o no suficiente dicha ordenación.

Respecto a la persona natural, aclara qué se entiende como tal y se explicita que “(...) empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”. En otros términos, nos estamos refiriendo a empresario individual tanto desde la perspectiva mercantil como el sumatorio de las nuevas figuras empresariales que reconoce esta Ley 14/2013, añadiéndose la figura

---

<sup>413</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario...”, op. cit., p. 169-179.

<sup>414</sup> Véase el Preámbulo del RDL 1/2015.

<sup>415</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario...”, op. cit., p. 169-179

particular del autónomo<sup>416</sup>, tal y como se ha mencionado anteriormente.

Además, la persona natural empresario ha de cumplir una serie de requisitos materiales u objetivos para poder acudir al AEP basados en que se encuentre en:

- 1) Estado de insolvencia de acuerdo con el art. 2 LC o que contemple que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, en otros términos, se encuentre en insolvencia inminente.
- 2) Dicha situación de dificultades económicas ha de justificarse según balance contable
- 3) El pasivo inicial no podría superar los 5 millones de euros.

De manera que el beneficio del expediente extrajudicial está pensado para deudores de media y pequeña dimensión, aunque aquí también cabría preguntarse el porqué de 5 millones y no otra cifra superior para dar mayor cabida y acceso al AEP<sup>417</sup>.

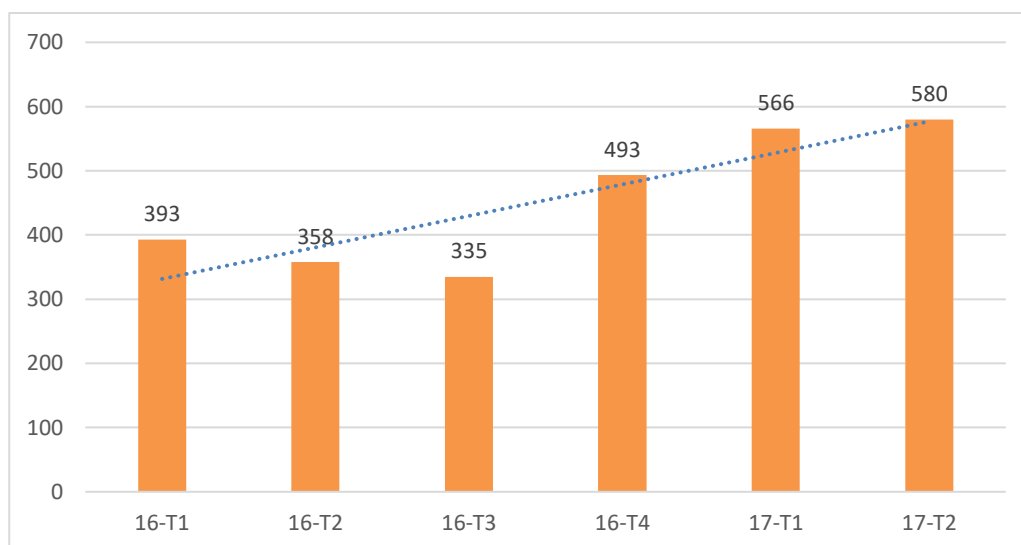
Pues bien, en nuestro país existe una evolución creciente del número de concursos de personas naturales no empresarios en los juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción, lo que refleja que el AEP para este colectivo no está funcionando (debemos tener en cuenta que su función es básicamente evitar el concurso y conseguir que la empresa siga su actividad).

***Gráfico 2. Juzgados de primera instancia y primera instancia e instrucción. Concursos de personas naturales no empresarios presentados por provincias.***

---

<sup>416</sup> ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>., “El concepto de trabajador autónomo en los acuerdos extrajudiciales de pago”, *RDGP*, núm. 21, 2014, pp. 249 a 264.

<sup>417</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 143.



Fuente: elaboración propia a partir de datos facilitados por el Poder Judicial<sup>418</sup>

El legislador todavía hoy parece lejos de haber encontrado la técnica correcta para la persona física que disponga de herramientas suficientes para cumplir su finalidad, incentivando así su uso<sup>419</sup>. En este sentido, la doctrina lo fundamenta en la participación de los concursos declarados de persona física, aunque “obviamente hay más volumen demográfico que empresarial”, lo que a su juicio refleja la desconfianza hacia la efectividad de una figura que es de obligado uso de acuerdo con el art. 5.1 LC.

En este sentido, en el último trimestre de 2016, el concurso de la persona física sin actividad empresarial supone únicamente el 15,27% del total (ver tabla 2).

**Tabla 3. Deudores concursados según forma jurídica y características del concurso. 4º trimestre de 2016**

<b>Deudores concursados</b>	1.309	31,6	-10,6	-17,3
<b>Persona física sin actividad empresarial</b>	200	53,8	-2	3,9
<b>Empresas concursadas</b>	1.109	28,2	-12	-20

<sup>418</sup> PODER JUDICIAL, “Efecto de la crisis en los órganos judiciales”, 2017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/>. Datos pormenorizados en el anexo I.

<sup>419</sup> MAGDALENO, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas”, *ADCo*, núm. 30, 2013, p. 269.

Persona física con actividad empresarial Sociedad Anónima (S.A.)	59	55,3	22,9	14,3
Sociedad Anónima (SA)	126	26	-1,6	-31,3
Sociedad Limitada (SRL)	871	23,9	-17,4	-20,9
Otras	53	120,8	76,7	20,6
<b>Tipo de concurso</b>				
Voluntario	1.217	29,9	-10,2	17,2
Necesario	92	58,6	-15,6	-17,8
<b>Clase de procedimiento</b>				
Ordinario	185	18,6	-5,1	-25,7
Abreviado	1.124	34	-11,4	-15,7

Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE<sup>420</sup>

De los 1.309 deudores concursados en el trimestre, 1.109 son empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas) y 200 son personas físicas sin actividad empresarial, lo que supone el 84,7% y el 15,3%, respectivamente, del total de deudores. Ello nos induce a pensar que, si los concursos de las personas físicas sin actividad empresarial representan poco más del 15%, también pocos de estos sujetos se decantarán por acudir al AEP aunque estén facultados para ello.

La persona física que decida cumplir con la obligación legal del deber de solicitar el concurso por insolvencia, debe tener en cuenta las consecuencias que la declaración de concurso pueda suponer. Entre estas consecuencias u obligaciones encontramos el forzoso sometimiento a la intervención o suspensión de sus facultades patrimoniales. Así, por ejemplo, en régimen de mera intervención, el concursado ya necesita de una firma bancaria mancomunada con la Administración Concursal para poder cometer cualquier disminución patrimonial monetaria<sup>421</sup>.

#### 3.4.2.2.3. Las personas jurídicas

Las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital que cumplan ciertos requisitos. A estos efectos, será indiferente, incluso, el carácter mercantil de su fin

<sup>420</sup> INE, “El número de deudores concursados disminuye un 10,6% en tasa anual en el cuarto trimestre, 2017. Disponible en: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0416.pdf>

<sup>421</sup> MAGDALENO, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores...”, op. cit., p. 270.

social<sup>422</sup>. El régimen de aplicación del AEP es más exigente en cuanto a los condicionantes materiales a cumplir, ya que al igual que sucede con el deudor que propone el convenio anticipado (art. 105 LC) ha de encontrarse en una situación meritoria para beneficiarse del mismo, además, de requerir más garantías de solvencia o de liquidez económica.

De esta forma, podrán acogerse al mecanismo negociador las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, y la sociedad comanditaria por acciones. También la sociedad civil externa, la sociedad colectiva, la comanditaria simple, la agrupación de interés económico, cooperativas, y las fundaciones o asociaciones dotadas de personalidad jurídica, aunque no tengan una finalidad económica o no desempeñen una actividad empresarial. Por el contrario, y a título de ejemplo, el mecanismo negociador queda vedado a una Comunidad de Bienes, una Unión Temporal de Empresas, o a un Fondo de Inversión o de Pensiones, al carecer tales entes de personalidad jurídica<sup>423</sup>.

Los requisitos que deben cumplir son los siguientes:

- i. Se encuentren en estado de insolvencia. Comprende tanto el estado actual de insolvencia como el que es inminente conforme al presupuesto objetivo que para el concurso determina el art. 2 LC.

En la redacción inicial del artículo se consideraba que, a la vista de lo que se recogía en el supuesto de empresario persona natural y de manera discutible, la insolvencia de la persona jurídica se limitaba a la actual, excluyéndose la inminente. Esta conclusión se debe a la ausencia en el viejo art. 231.2 LC, de la referencia que se efectúa en el apartado 1 del citado precepto al deudor que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación...”, op. cit., p. 57.

<sup>423</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal. Derecho...*, op. cit., p. 63.

<sup>424</sup> NIETO DELGADO, C., “Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación”, en *MEMENTO PRÁCTICO CONCURSAL 2014*, AAVV, Madrid, 2013, p. 36. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal. Derecho...*, op. cit., p. 65. Por el contrario, PULGAR EZQUERRA

Tras la nueva redacción del art. 231 LC, tras la reforma 2015 y la referencia a “la situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el art. 2 de esta Ley”, parece evidente que la misma englobará tanto la insolvencia actual como la inminente<sup>425</sup>.

ii. En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el art. 190 LC. Se ha de tener presente que la norma dispone expresamente que, en caso de concurso, éste no hubiere de comportar especial complejidad en los términos expuestos en el art. 190 LC, que establece el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, incidiendo sobre una serie de requisitos:

- La lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores.
- Ni la estimación inicial del pasivo y ni la valoración de los bienes y derechos, alcance los 5 millones de euros, sobre este último, se adecúa a lo reclamado para el pasivo máximo que posibilita el acudir al AEP por parte de las personas físicas.

Parece que el legislador, al acudir a los parámetros del concurso no complejo, vuelve a señalar de nuevo a las pequeñas empresas o pymes como destinatarios del mecanismo negociador del art. 231 y ss. LC, que constituye e instaura como una suerte de herramienta preconcursal de tratamiento de la insolvencia, específica y propia del pequeño empresariado. Más cuando la experiencia nos demuestra que las grandes empresas y corporaciones son las únicas que acceden al mecanismo protectorio de acuerdos de refinanciación recogido en el art. 71 bis (antes 71.6 LC y DA 4ª LC).

Cabe preguntarse si los requisitos demandados por el art. 190 LC han de concurrir conjuntamente o cabría la posibilidad con que se diera uno de ellos. En este punto, se ha de estar a una interpretación de carácter restrictivo si queremos poder acceder al beneficio del expediente: luego, cabría asegurar que bastaría que se diera una sola de las razones

---

admitía la concurrencia tanto de la insolvencia actual como la inminente en el supuesto de persona jurídica. PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación...”, p. 55.

<sup>425</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 24.

del art. 190, además, teniendo ya el condicionante que el pasivo no puede superar los 5 millones de euros demandado por el art. 231 LC<sup>426</sup>.

- iii. Que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo. De esta forma, se mantiene la exigencia para la persona jurídica, no para la natural, de la disposición de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del AEP. Con este requisito el legislador impone al deudor el pago del coste del expediente negociador y expulsa del referido mecanismo preconcursal a aquellos deudores agotados y escuálidos respecto a su patrimonio, incapaces de soportar tan siquiera los gastos derivados del inicio y desarrollo del AEP<sup>427</sup>.

La referencia que se efectúa en la norma a los “gastos propios” del AEP incluye los vinculados y estrictamente precisados para el inicio y desarrollo del proceso de negociación y la formalización del acuerdo, esto es, los gastos de notario, registro y cámara oficial de comercio; honorarios del mediador, reuniones de acreedores, las comunicaciones, publicaciones e inscripciones registrales ordenadas por la Ley. También los impuestos que se puedan devengar para el deudor como consecuencia del acuerdo. No parece que incluya los gastos del eventual y posterior concurso consecutivo<sup>428</sup>.

No obstante, se ha eliminado la exigencia de que el patrimonio del empresario persona natural y sus ingresos previsibles permitiesen lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos recogidos en el apartado 1 del art. 236<sup>429</sup> (antiguo art. 231.2 d) LC). Esto es, un pacto en el que la espera o moratoria no superase los tres años y en el que la quita o condonación no excediese del 25% del importe de los créditos.

Más que una condición, el artículo establecía una suerte de predicción, efectuada por el deudor al inicio del expediente, que quien suscribe entendía que solo cabía justificar con el correspondiente plan de negocio o, cuanto menos, un inventario cuya aportación,

---

<sup>426</sup> CANDELARIO MACÍAS, M. I., “El Mediador...”, op. cit., p. 145. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 66.

<sup>427</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 25.

<sup>428</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 26.

<sup>429</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos extrajudiciales de pago...”, op. cit., pp. 347-362.



no se requería en el art. 232.2 LC, pero que era necesaria a los efectos probatorios, salvo que el deudor aportase junto a su solicitud una pericia acreditativa de tales circunstancias que realice profesional del ámbito económico-financiero (economista, auditor, etc)<sup>430</sup>. Sin embargo, era complicado “adivinar” no solo los ingresos futuros de un insolvente, sino también si serían suficientes para alcanzar el pacto de pago. Máxime en las actuales circunstancias de crisis económica en que nos encontrábamos. Por ello, la citada exigencia podría convertirse en el requerimiento de una mera declaración de intenciones al efecto por parte del deudor.

De forma acertada, el legislador, tras la reforma de 2015, ha eliminado tal exigencia que parecía de difícil aplicación práctica y que nada aportaba al mejor funcionamiento del mecanismo negociador que aquí se estudia<sup>431</sup>.

Además, bajo la anterior redacción se requería que dicho patrimonio suficiente para atender tales gastos, además, fuera líquido (esto es, tesorería, efectivo, cuentas bancarias, etc) o susceptibles de devenir inmediatamente líquido (acciones sometidas a participación, participaciones en SICAV, letras del tesoro, productos financieros inmediatamente recuperables, aunque sea con pérdidas, etc). Sin embargo, tras el RDL 1/2015 ya no se exige tal carácter líquido del patrimonio destinado a pagar los referidos gastos, bastando con su existencia y con independencia de su liquidez<sup>432</sup>.

Por lo tanto, en función de los anteriores requisitos, deducimos que el deudor tiene que tener solvencia, si se busca el éxito de este instituto, de lo contrario, se verá abocado al concurso de manera irremediable<sup>433</sup>. En la práctica esto supone que no puede encontrarse en un total endeudamiento, ya que no cabría, o, mejor dicho, no podría beneficiarse de esta ventaja aun cuando este planteamiento no esté en consonancia con el presupuesto objetivo demandado.

Hay que remarcar que cuando hablamos de la persona jurídica, a la hora de

---

<sup>430</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 16.

<sup>431</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 27.

<sup>432</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 26.

<sup>433</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 143.

solicitar el acuerdo extrajudicial, éste se llevará efecto a través de los sujetos competentes para tal fin, es decir, el órgano de administración u órgano equivalente, e inclusive, si el deudor se encontrase en liquidación, el encargado sería el liquidador correspondiente.

Además, tal y como se ha dicho previamente, no es posible proponer un acuerdo extrajudicial simultáneamente a un acuerdo de refinanciación, ni tampoco en tanto no resuelva el juez dentro de la sección primera, si declara o no el concurso (art. 16 LC). De forma que se debería, en todo caso, esperar el desistimiento de la solicitud, o simplemente, producida la declaración de concurso, el acuerdo con los acreedores operaría en tal caso a través del convenio.

### **3.4.3. Exclusiones**

El art. 231.3 LC, en su redacción inicial, establecía un requisito de mérito, y prohibía el acceso al mecanismo negociador a:

- i. Quienes hubieran sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores.
- ii. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con atención; y
- iii. Las personas que, en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a su solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

Parece evidente la voluntad del legislador, al introducir tal prohibición, de penalizar determinadas conductas reprobables, tanto desde un punto de vista moral, como de un diligente y correcto funcionamiento de la actividad o tráfico mercantil, impidiendo el acceso al mecanismo negociador a quienes incurrieran en dichas situaciones, es otorgar

un beneficio para el deudor<sup>434</sup>.

Pues bien, en la regulación actual, junto a las anteriores exigencias, la Ley prohíbe, en su art. 231.3 LC, formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial a través de un listado legal:

1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico (arts. 234 a 304 del CP), de falsedad documental contra la Hacienda Pública (arts. 305 a 310 bis del CP), la Seguridad Social o contra los deberes de los trabajadores en los 10 años previos anteriores a la declaración de concurso (arts. 311 a 318 del CP)<sup>435</sup>. Este lapso de tiempo es el incorporado por el RDL 1/2015 y la Ley 25/2015.

La fecha a partir de la cual se deben computar los mencionados diez años no debe ser la declaración de concurso, sino la de solicitud del inicio del AEP. Se habrá de aportar un certificado de penales si se trata la persona natural física. Este plazo temporal de 10 años supone una novedad respecto de la anterior regulación<sup>436</sup>.

Respecto a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socio-económico, pueden ser variados, entre estos hay que citar los arts. 234 a 304 del CP, a los que hay que sumar otro tipo de delitos, tales como la falsedad documental (arts. 390 a 399 bis del CP), contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305 a 310 bis del CP) o contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 318 del CP), entre otros.

Se excluye de la expresada prohibición el supuesto de rehabilitación del deudor, con cancelación de antecedentes, o incluso, aun cuando no conste practicada la misma

---

<sup>434</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 28.

<sup>435</sup> De este modo, tras la reforma de 2015, la prohibición queda circunscrita exclusivamente al supuesto a) anteriormente reseñado, eliminando como exclusiones la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil y las personas que no hubieren llevado contabilidad o hubieren incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a su solicitud.

<sup>436</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos extrajudiciales de pago...”, op. cit., pp. 347-362.

pese a darse los presupuestos para la cancelación<sup>437</sup>.

Esta prohibición debe entenderse como un *numerus clausus* sujetos a criterios de interpretación restrictivos, por lo que el deudor que incurriese en cualquier otra conducta reprobable distinta de las reseñadas en el mencionado precepto, aunque sea más grave, no quedará impedido de instar el procedimiento extrajudicial si cumple el resto de requisitos y presupuestos previstos en la norma<sup>438</sup>.

De este modo, el notario, ahora Cámaras Oficiales, o registrador encargado de recepcionar la solicitud de negociar un AEP deberá petitionar un certificado de antecedentes penales del sujeto en cuestión. Sea como fuere, esta norma disciplinada en el art. 231 LC, habrá de ser interpretada con carácter restringido para no menoscabar el sentido de la Ley de querencia de que los sujetos se beneficien de dicho expediente<sup>439</sup>.

2.º Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieren alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial del acuerdo de refinanciación, o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores (art. 231.3, apartado segundo, LC). La LC no admite acuerdos sucesivos, puesto que el incumplimiento de uno supone la iniciación del concurso del deudor. Dicho de otra manera, el procedimiento extrajudicial únicamente procede frente a la insolvencia inicial, no persistente<sup>440</sup>.

Ahora, tras la redacción proporcionada por el RDL 1/2015, se sigue manteniendo esta causa, pero se amplía el plazo, en lugar de los tres últimos años, la referencia va a ser a los 5 últimos años. Además, el numeral no es el 4º, sino el 2º, al desaparecer las otras dos causas.

En la versión original del art. 231, apartado 3, 2º se requería que “los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con

---

<sup>437</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 29.

<sup>438</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 29.

<sup>439</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 146.

<sup>440</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 53

antelación”. Se partía de la inobservancia de los deberes mercantiles básicos relacionados con la publicidad registral y la información contable. Se trata de la inscripción obligatoria que imponen las leyes a determinados sujetos (artículos 16 a 19 del Código de Comercio y art. 81 del RRM). Es posible por el momento temporal al que hace referencia la norma que el deudor subsane el incumplimiento del deber de inscripción previamente a la presentación de la solicitud. Este párrafo desapareció con la redacción del RDL 1/2015<sup>441</sup>.

Igualmente, en la versión inicial del art. 231, apartado 3, 3º: “las personas que, en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieren incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales”. Este planteamiento también desaparece de la versión proporcionada por el RDL 1/2015.

De manera que no será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubieran sido declarado en concurso. El motivo de esta prohibición es impedir que el acuerdo suponga una reducción de la masa activa del concurso del acreedor, aunque qué duda cabe que acota la aplicación práctica del procedimiento extrajudicial, dado que en la situación económica actual no es difícil considerar que algún acreedor del deudor pudiera estar en situación de concurso. Ante la rigidez de la norma, se ha considerado que solo actúe si el acreedor ha sido declarado en concurso al momento de la admisión a trámite de la solicitud, y no si tal declaración sobreviene cuando el procedimiento extrajudicial ya se ha iniciado, en cuyo caso la voluntad del acreedor se formulará conforme a lo dispuesto en la LC (arts. 40 y 54 y siguientes LC).

Destacar del art. 231, apartado 2º el hecho que el legislador mediante el RDL 1/2015, haya establecido el *dies a quo* del cómputo de los años, teniendo como referencia

---

<sup>441</sup> No se entendía que no pudiese solicitarse el AEP aquel sujeto no inscrito en el Registro con anterioridad a la petición, ya que estaba obligado a que se instase al registrador mercantil a la apertura de hoja siempre que no apareciese inscrito en el mismo. Estos razonamientos de carácter negativo habían de ser interpretados de manera restrictiva a favor deudor. Sin embargo, esta cuestión ha sido solventada al hacerla desaparecer por parte del RDL 1/2015.

la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del AEP<sup>442</sup>, en el primer supuesto (se hubiera alcanzado un AEP con sus acreedores). En el caso de que se hubiera obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, se cuenta a partir de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación. En el caso de que hubieran sido declaradas dentro de tal plazo en concurso de acreedores, el plazo se contará desde el auto que declare la conclusión del concurso<sup>443</sup>.

En líneas generales, si se observan hasta ahora las causas enumeradas coinciden con los referidos en el art. 105 LC para los convenios anticipados, aunque aquí se suma el hecho de que con carácter previo ya se haya alcanzado un acuerdo extrajudicial, la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, o bien se haya declarado en concurso con carácter precedente, teniendo como referente de juicio los cinco últimos años en lugar de los tres anteriores. De esta manera, se dan con ello más posibilidades de poder beneficiarse de este expediente a estos sujetos (personas jurídicas).

La doctrina no entiende la *ratio legis* de esta prohibición, “que quizás resida en la voluntad del legislador de evitar un uso abusivo y reiterado de institutos preconcursales en perjuicio de los acreedores y de la solución concursal a la insolvencia del deudor”<sup>444</sup>. En este sentido, la mediación concursal tiene por objeto la insolvencia inicial y no la persistente<sup>445</sup>. Sin embargo, se puede llegar a contemplar como una cautela excesiva ya que “no resulta lógico que quien en su día alcanzó un AEP, un acuerdo de refinanciación con sus acreedores homologado judicialmente según la DA 4ª, basados en el previo pacto entre las partes y en su correspondiente plan de viabilidad, despierte suspicacias o sospechas de actuar fraudulentamente al acudir nuevamente a un mecanismo preconcursal de tratamiento de la insolvencia como el AEP”<sup>446</sup>.

Continúa diciendo que no tiene sentido que no acuda al AEP quien homologó un

---

<sup>442</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., CALLEJO RODRÍGUEZ, C., FLORES DOÑA, M.S., RAGA GIL, J.T., *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 120.

<sup>443</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 30.

<sup>444</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 30.

<sup>445</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 53.

<sup>446</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 31.

acuerdo de refinanciación y no al deudor que refinanció su deuda y no sometió el acuerdo, o no consiguió, la expresada homologación judicial. Menos sentido aún tiene la exclusión de quien fue declarado en concurso, superó tal trance a través del oportuno convenio y, más tarde tras la finalización del concurso y dentro de esos 5 años, pretende negociar un AEP<sup>447</sup>.

Este último autor también considera que el período de 5 años es muy amplio, resultando excesivo si se compara con el plazo de espera de un año contemplado en la DA 4ª LC, para solicitar una nueva homologación de acuerdo de refinanciación o en el art. 5. Bis LC a efectos de formular una nueva comunicación prevista en dicho precepto, otro botón de muestra de la asimetría y falta de homogeneidad de la regulación de los institutos preconcursales en nuestro ordenamiento jurídico<sup>448</sup>.

3.º Asimismo, no podrán acceder al AEP quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 231.4 LC).

Ahora, tras el RDL 1/2015, se concentran los antiguos apartados 4º y 5º en un solo apartado 4º en cuanto que no se podrá instar acuerdo extrajudicial si se está negociando un acuerdo de refinanciación o la solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite<sup>449</sup>.

Se prohíbe el acceso al AEP a quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación independientemente de si se hubiese formulado o no la comunicación del art. 5 bis LC, o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite<sup>450</sup>. Además, se exige la constancia de la negociación mediante la comunicación del art. 5 bis LC<sup>451</sup>.

El precepto no alude a la negociación de una propuesta anticipada de convenio.

---

<sup>447</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 31.

<sup>448</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 31.

<sup>449</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 148.

<sup>450</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 31.

<sup>451</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 65.

Ello no implica que en todo caso sea compatible o, mejor dicho, que tenga lógica la negociación simultánea de un AEP y una propuesta anticipada de convenio. Realmente la norma no impide simultanear los mecanismos citados, sino que prohíbe acceder al mecanismo extrajudicial de pago a quien, al tiempo de optar por esta vía, está ya negociando un acuerdo de refinanciación o su concurso ha sido admitido a trámite. Pero no al deudor persona jurídica o natural comerciante que está pactando con sus acreedores una propuesta anticipada de convenio, quien podrá abandonar tal negociación y sumergirse en el mecanismo extrajudicial de pagos. O simultanearla, ya que, aunque el abandono o fracaso del AEP supone el inicio del concurso consecutivo, tras la reforma de 2015, el deudor ya no queda abocado a la liquidación concursal, sino que puede optar a la aprobación de una propuesta anticipada de convenio (art. 242.2.1ª LC).

Por lo que respecta a la extensión de los efectos del acuerdo, se determina expresamente en el punto 5: “los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto en los artículos 238 y 238 bis”.

Apuntar que no podrán acudir los organismos administrativos y públicos pertenecientes a la organización territorial del Estado, que no se beneficiarán del expediente del AEP. Antes bien de la lectura del art. 231 LC no se hace ningún tipo de distinción si el deudor beneficiario puede ser de Derecho público o privado, pero consideramos que al igual que sucede con lo reglamentado en el art. 1 LC, los entes y organismos de Derecho público quedarán excluidos, aunque el precepto no establezca nada al respecto<sup>452</sup>.

En el mismo sentido, aunque la LC no diga nada al respecto, “tampoco es accesible el mecanismo negociador para las Administraciones Públicas ni las entidades públicas con personalidad, pues conforme al art. 1.3 LC, éstas no pueden ser declaradas en concurso de acreedores”<sup>453</sup>.

En la formulación de dicho listado, la doctrina ha apreciado algún supuesto de

---

<sup>452</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 135.

<sup>453</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 20.



contradicción o antinomia. Así, por ejemplo, la doctrina señala que el art. 231.3 apartado 5º párrafo 3º LC<sup>454</sup> declara que no podrán acudir al procedimiento de AEP las entidades aseguradoras y reaseguradoras, pero el 235.5, añadido por la disposición final quinta de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (BOE n.º 168, de 15 de julio), establece que en el caso de entidades aseguradoras el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros<sup>455</sup>.

También nos podríamos preguntar por qué las entidades aseguradoras y reaseguradoras se excluyen expresamente, mientras que tanto las de crédito como las de servicio de inversión pueden beneficiarse de tal instituto.

No acaba de entenderse por ello la previsión del artículo 233 LC, que prevé que, en caso de entidad aseguradora, el mediador concursal designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros, pues las mismas tienen vedado el acceso a este procedimiento<sup>456</sup>.

La cuestión clave que se suscita en este ámbito es cómo conciliar la prohibición recogida en el art. 231.5 in fine LC, en tanto en cuanto no se derogue su vigencia, con la expresa admisión de mediación contenida en el art. 233.5 LC.

En este sentido, el art. 189 Ley 20/2015 admite la posibilidad de mediación, indicando que, de no estar la entidad aseguradora sujeta al referido procedimiento de medidas de control especial en caso de solicitud de mediador concursal, conforme a lo

---

<sup>454</sup> “No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras”. Título X introducido por el apartado siete del artículo 21 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (“B.O.E.” 28 septiembre). Vigencia: 18 octubre 2013. Artículo 231 redactado por el número uno del número segundo del artículo 1 Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (“B.O.E.” 29 julio). Vigencia: 30 julio 2015.

<sup>455</sup> BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Reformas concursales desconcurtalizadoras: valoración y perspectivas”, *RDCP*, núm. 24, 2016, p. 3.

<sup>456</sup> RIVAS RUIZ, A., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 68, 2016, p. 70.

previsto en el art. 5 bis LC, el nombramiento recaerá en el Consorcio de Compensación de Seguros y, por tanto, en una entidad de supervisión y control.

De este modo, la única mediación posible en el marco de entidades aseguradoras y reaseguradoras lo sería respecto de aquellas que no estuvieran sometidas a medidas de control especial, asumiendo dicha mediación por imperativo legal ex art. 233.5 LC el Consorcio de Compensación de seguros y exceptuándose, por tanto, la normativa contenida en el Título X de la LC en lo relativo a nombramiento de mediador. Asimismo, la posibilidad de acudir a la mediación parece admitirse en tanto en cuanto se canalice dicha solicitud a través de una comunicación ex art. 5 bis LC. Ello acontecerá en todo caso, dado que una vez que el Consorcio acepte el cargo de mediador, el registrador mercantil o el notario al que se hubiera solicitado la designación de mediador deberá comunicar de oficio la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso, sin que se prevea en el art. 5 bis LC, frente a lo que acontece en sede de concurso ex art. 27.6 LC, la necesidad de comunicar a los diferentes órganos supervisores la presentación de comunicación de inicio de negociaciones<sup>457</sup>.

Parece, por lo tanto, que la utilidad de acudir voluntariamente la entidad aseguradora o reaseguradora a una mediación, previamente a la adopción de medidas de control especial, residiría en poder beneficiarse de los escudos protectores conectados a la comunicación de inicio de negociaciones de un AEP ex art. 5 bis LC, que en todo caso se conecta al nombramiento y aceptación del mediador por la vía de la obligatoria comunicación del notario o registrador al juez que eventualmente sería competente para declarar el concurso<sup>458</sup>.

Igualmente se aprecia alguna innecesaria reiteración que no hubiera hecho falta que se incluyera en el tenor literal de la normativa sin complicaciones. Como la afirmación de que pueden instar el acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que hubiera podido sobreentenderse sin esfuerzo de la expresión “cualquiera”<sup>459</sup>.

---

<sup>457</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 788.

<sup>458</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 789.

<sup>459</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES y DE TORRES, A., *Derecho Concurzal...*, op. cit., p. 747.

Aunque parte de la doctrina considera, dada la literalidad de los artículos 231 y ss. LC, que el expediente del AEP sólo puede referirse a un único deudor, consideramos que sí es posible tramitar un solo expediente para dos deudores siempre y cuando sean cónyuges, la vivienda familiar les pertenezca en propiedad y pueda verse afectada por el AEP, pues así lo regula de forma expresa el artículo 232.2, último párrafo LC. Además, la propia LC contempla la tramitación conjunta del concurso de cónyuges en su artículo 25 LC, y si es posible tramitar el concurso de un matrimonio conjuntamente es razonable que un expediente previo que puede desembocar en concurso y está íntimamente relacionado con el mismo, se tramite igualmente de manera conjunta, pues de otra manera además podría llegarse a soluciones descoordinadas.

En este caso puede discutirse si hay que nombrar un solo mediador concursal, o deben nombrarse dos mediadores concursales, uno para cada cónyuge. El nombrar dos permitirá el tratamiento individualizado de las deudas de cada uno, pero lo normal, sobre todo si el régimen es el de gananciales, es que las deudas sean conjuntas, con lo que parece que se logrará un resultado más eficiente nombrando un solo mediador concursal, lo cual facilitará la negociación coordinada con los acreedores.

La duda razonable aparece cuando uno de los cónyuges deudores tenga la consideración de "empresario concursal" y el otro cónyuge no. La Dirección General afirma la competencia registral para la designación de mediador concursal para el caso de una solicitud conjunta formulada por un matrimonio en el que ella es autónoma y su cónyuge un señor jubilado, sin efectuar ninguna precisión ni aclaración. Puede resultar cuando menos discutible que prevalezca la cualidad de uno de los deudores sobre la del otro, al menos a priori y sin valorar el origen de las deudas, pero por otro lado es razonable que en la disyuntiva se opte por aplicar el procedimiento general y no especial, pues uno de los dos deudores no encajaría en el ámbito subjetivo de su aplicación<sup>460</sup>.

Finalmente, se plantea una duda respecto a los deudores extranjeros con deudas en España que pretendan acudir a este expediente y si tienen acceso al mismo. La

---

<sup>460</sup> RIVAS RUIZ, A., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 71.

respuesta, en nuestra opinión, debe ser afirmativa<sup>461</sup>, sobre todo si tienen su domicilio o centro principal de sus intereses en España, tanto porque la propia LC contempla la posibilidad de tramitar en España el concurso de personas físicas y jurídicas extranjeras, con domicilio en España o con domicilio en el extranjero, con las particularidades en materia de competencia de los artículos 10 y 11 LC, como porque el propio formulario indica como información a facilitar la nacionalidad del deudor, si es extranjero, tanto si el deudor es persona física como si es persona jurídica.

### **3.5. Procedimiento del AEP**

#### **3.5.1. Inicio del procedimiento**

A continuación, nos centraremos en el desarrollo del procedimiento para poder alcanzar el AEP.

##### *3.5.1.1. Solicitud del deudor y nombramiento del mediador concursal*

El único legitimado para iniciar el procedimiento del AEP es el propio deudor, que puede ser persona física como jurídica, que se realizará mediante la solicitud de nombramiento del mediador concursal (art. 232.1 LC). Únicamente podrá instar el AEP el deudor y nadie más. No asiste legitimación a los acreedores o cualquier otro tercero, aunque estuviera legitimado para solicitar el concurso necesario del deudor<sup>462</sup>.

De este modo, como se ha dicho previamente, el deudor podrá solicitar el inicio del expediente de mediación concursal, independientemente de si se trata de una persona física o jurídica, cuando éste se encuentre en situación de insolvencia o cuando prevea dicho estado<sup>463</sup>.

Por lo tanto, el deudor que pretenda acogerse e iniciar el procedimiento para alcanzar un AEP con sus acreedores, deberá formular, por sí o a través de representante

---

<sup>461</sup> *Ibidem*.

<sup>462</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., p. 43.

<sup>463</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 89.

debidamente facultado al efecto, la oportuna solicitud por escrito, solicitando el nombramiento de un mediador concursal<sup>464</sup>.

En consecuencia, parece que el legislador no establece ningún plazo para iniciar el procedimiento, exigiendo únicamente la situación de insolvencia actual o inminente. Sin embargo, como posteriormente veremos, de acuerdo con el art. 5 bis LC, en su apartado segundo, la comunicación que realice el notario o registrador deberá realizarse en el plazo establecido en el artículo 5 LC<sup>465</sup>.

Realizando una lectura conjunta de ambos artículos, podemos considerar que tanto la comunicación al juzgado, hecha por el notario, registrador o cámara, como la previa solicitud del acuerdo deberán realizarse en cualquier momento previo al cumplimiento del plazo de dos meses contados desde el momento en el que el deudor devino insolvente<sup>466</sup>. Por lo tanto, el deudor podrá solicitar la iniciación del procedimiento cuando contemple su propia insolvencia y en los dos meses posteriores a la aparición de la insolvencia. Una vez haya traspasado este límite su única opción debería ser la solicitud de concurso, pues el cumplimiento del plazo no implica la desaparición de la obligación<sup>467</sup>.

Sin embargo, dado que el procedimiento está previsto para los deudores de reducidas dimensiones, que en multitud de ocasiones no están obligados a la llevanza de la contabilidad y sobre los cuales los pronunciamientos de la sentencia de calificación culpable del concurso pueden no tener incidencia alguna<sup>468</sup>, es posible argumentar que el deudor podrá solicitar la apertura del procedimiento extrajudicial de pagos incluso en el caso de que hayan transcurrido los dos meses desde el momento en el que devino

---

<sup>464</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., p. 43.

<sup>465</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 89.

<sup>466</sup> *Ibidem*.

<sup>467</sup> FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., "Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso", en GARNICA MARTÍN, J.F. (Dir). *La nueva Ley concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XVIII, Madrid, 2003, pp. 77-79. Este autor indica que el deber persiste y que además el cumplimiento extemporáneo produce la exoneración del deudor en el ámbito de la calificación.

<sup>468</sup> Esto ocurre en el caso del concurso culpable de la persona física no empresario, en que carece de sentido tanto el pronunciamiento relativo a la responsabilidad concursal como el concerniente a la inhabilitación.

insolvente<sup>469</sup>. Esta posición viene confirmada de forma tácita por la regulación contenida en la Disposición Transitoria Primera de la Ley 25/2015, al señalar que también podrán optar al beneficio de liberación de deudas aquellos deudores cuyo concurso de acreedores ya hubiera finalizado mediante liquidación o por insuficiencia de bienes para su tramitación.

Señala la referida disposición que en estos casos el deudor deberá solicitar el concurso de acreedores de nuevo para así poder optar al referido beneficio. Pues bien, para que el deudor cuyo concurso ha finalizado pueda beneficiarse del expediente de liberación de deudas asociado a la existencia d un plan de pagos no sólo debe tramitar un nuevo concurso, sino que además deberá haber intentado alcanzar un AEP. En este caso, la Ley permite que el deudor solicite la tramitación de dicho acuerdo con posterioridad al cumplimiento del plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento del estado de insolvencia (se ha tramitado de forma completa un procedimiento concursal). Por consiguiente, se puede concluir que el deudor podrá solicitar la tramitación del AEP incluso cuando haya transcurrido el plazo de dos meses contenido en el art. 5 LC. No obstante, la solicitud extemporánea deberá ser tomada en consideración en el ámbito de la calificación de un hipotético concurso consecutivo<sup>470</sup>.

La solicitud puede ser presentada por dos vías. La primera de ellas, es ante el registrador mercantil. La segunda de ellas, es ante el notario. Estas dos vías, se regulan en el precepto 232 apartado 3º LC, que establece la competencia, es decir, a quién se deberá de dirigir el deudor para iniciar el procedimiento para alcanzar un AEP. La competencia varía en función si el deudor es persona jurídica o física, o si los funcionarios competentes son notarios o registradores.

El inicio del mecanismo del AEP se aleja de lo contemplado para la mediación en el art. 16.1 Ley 5/2012 en asuntos civiles y mercantiles que requiere el común acuerdo entre las partes salvo que concurra pacto de sometimiento a mediación. Además, también se diferencia de ésta última en cuanto a la designación del mediador interviniente en el proceso, tal y como hemos visto, puesto que, en el primer caso, será nominado por las

---

<sup>469</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 90.

<sup>470</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 91.

partes *ab initio* (art. 16 Ley 5/2012), mientras que en el AEP el nombramiento se remite, según el caso, al notario o al registrador, o a las Cámaras Oficiales de Comercio, previa excitación al efecto por el deudor (art. 232.3 LC)<sup>471</sup>.

En el caso de que el deudor sea persona jurídica, el órgano competente para decidir sobre instar la solicitud para iniciar el AEP será el órgano de administración o liquidador así lo establece el art. 232.1 párrafo 2º. LC.

En el caso de que los deudores sean empresarios o entidades “inscribibles”<sup>472</sup>, se realizará mediante instancia la solicitud de designación del mediador concursal al registro mercantil correspondiente al domicilio del deudor (art. 232.3 LC). Cuando el artículo habla de “empresarios o entidades inscribibles”, ha de entenderse que son los inscribibles en el registro mercantil, y no en otros registros, y por eso el artículo indica que se abrirá hoja ese registro, si no estuviera inscrito.

Esta instancia que se podrá cursar telemáticamente y se procederá a la apertura de la hoja correspondiente en el caso de no figurar inscrito Si los deudores fueran personas jurídicas la solicitud también podrá realizarse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido dichas funciones de conformidad con la normativa específica (art. 232.3. párrafo 2º).

Como el concepto inscribible supone la potencialidad para ser inscrito y no la inscripción efectiva, cabría preguntarse hasta qué punto la aplicación de esta norma recoge a casi todos los sujetos que pueden acogerse al procedimiento extrajudicial, y si su aplicación no menoscaba considerablemente la competencia atribuida "en los demás casos" al notario; más cuando en este supuesto no parece existir un error material de transcripción, dado que la norma contempla el caso en que el solicitante no figurase inscrito, disponiendo que el registrador proceda "a la apertura de la hoja correspondiente" (232.3 LC)<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., p. 43.

<sup>472</sup> En relación a las entidades inscribibles, véase el art. 81 del RRM.

<sup>473</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 55.

En el caso de que los deudores no sean empresarios o entidades inscribibles, la designación del mediador concursal se dirigirá al notario del domicilio del deudor (art. 232. Apdo. 3º LC).

La solicitud deberá presentarse por escrito, concretamente, mediante formulario normalizado suscrito por el deudor (art. 232.2 LC) o su representante. Dado que nos encontramos ante un procedimiento extrajudicial no es preciso la intervención de abogado y procurador. Esa referencia a "formulario normalizado suscrito" puede llevarnos a pensar que la norma contempla solo el supuesto de designación del mediador por el registro mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, obviando la designación notarial en la que no parece que quepa la presentación de "formularios"<sup>474</sup>. Por ello, la doctrina considera que en este último supuesto deberá dirigirse el formulario al notario o, lo más lógico, simplemente instar un acta, acompañando el formulario y la documentación exigida en la norma, requiriendo del fedatario público la designación del mediador concursal a los efectos previstos en los arts. 231 y siguientes LC. El notario recogerá en dicha acta todas las peripecias que suscite la solicitud formulada por el deudor a través de la práctica de las oportunas diligencias.

Tal formulario normalizado ha sido aprobado por el Ministerio de Justicia mediante la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un AEP.

Posteriormente tendrá lugar el control de admisión, ya sea a cargo del registrador mercantil o del notario. Este control es el propio del control de legalidad sobre la vigencia de los presupuestos que definen el ámbito de aplicación del procedimiento<sup>475</sup>. Para que la presentación de la solicitud sea rigurosa, la Ley sanciona con la inadmisión el incumplimiento de los presupuestos legales o su no justificación, así como la no aportación de los documentos obligatorios o su aportación incompleta. Esta referencia a la presentación de documentos "incompletos" elimina la interpretación proclive a la concesión de un período de subsanación, en contraposición a la mayor flexibilidad del solicitante del concurso (art. 13.2 LC).

---

<sup>474</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., p. 44.

<sup>475</sup> SENÉS C., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 56.



La Ley establece también la inadmisión de la solicitud "cuando el deudor se encuentre en alguna situación de las previstas en los apartados 3 ó 4 del artículo 231", aunque en multitud de situaciones, escapará al control del registrador o del notario la posible apreciación de su concurrencia<sup>476</sup> (en concreto, de la contemplada en el número 1º del apartado 3), tal y como establece el art. 232.3 LC. En el caso de que sea admitida la solicitud, el notario o registrador mercantil designarán al mediador concursal<sup>477</sup>.

La lista oficial de mediadores habrá de garantizar que los inscritos reúnen los requisitos de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles a las que se refiere la Ley 14/2013, y en particular, que tienen "formación específica para ejercer la mediación" y que han suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación (art. 11 LM). A la condición de mediador se añade también "alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27", respecto a la cualificación profesional que la LC requiere al abogado o al economista. En este sentido, se pronuncia el art. 233.1 LC.

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

El mediador deberá de reunir las condiciones exigidas por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>478</sup>, además de las condiciones

---

<sup>476</sup> SENÉS C., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 56.

<sup>477</sup> Fase ya mencionada en el capítulo II.

<sup>478</sup> Al respecto el art. 11 Ley 5/2012, establece que las condiciones para ejercer de mediador son las siguientes. Pueden ejercer de mediador las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles y siempre que no tengan ningún tipo de impedimento por la legislación o por su profesión. También podrán ser mediadores las personas jurídicas que se dediquen a la mediación siempre que designen

establecidas en el art. 27 LC<sup>479</sup>.

Las personas en las que concurra la doble condición de mediador civil y mercantil y administrador concursal podrán solicitar su inscripción en la lista oficial que confeccionará el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que será publicada en el portal del Boletín Oficial del Estado.

Una vez el mediador se ha incorporado a la referida lista su nombramiento se producirá siguiendo el criterio secuencial, de tal forma que la designación se realiza por turno conforme al orden en el que los mediadores aparecen en la lista, que debe gestionar el Ministerio de Justicia.

El nombramiento del mediador concursal sigue el nuevo sistema de designación previsto en el artículo 27 LC para el administrador concursal, que rompe con el sistema de libre designación todavía vigente a cargo del juez. Esta forma de designación colisiona con los principios de la mediación ya que ni las partes ni el órgano que realiza el nombramiento gozan de libertad para escoger a la persona que consideren que se ajusta mejor a las circunstancias de cada negociación.

Este modo de selección por turno correlativo no gratifica a los buenos profesionales, que independientemente del buen nombre que puedan adquirir en el ejercicio de sus funciones serán escogidos para desarrollar las funciones de mediador concursal en el mismo número de asuntos que sus colegas con peor reputación. El sistema de designación elimina casi por completo la competencia, lo que razonablemente no ayudará a mejorar la calidad del servicio<sup>480</sup>.

En este marco, debe advertirse que, si bien por expresa previsión legal la

---

a una persona natural para poder ejercer la mediación. Además, el mediador tiene que poseer título universitario o de formación profesional y formación específica en mediación adquirida en cursos oficiales. Para poder ejercer de mediador se deberá de tener un seguro o garantía que cubra la responsabilidad civil que puedan derivar de su actuación en los conflictos que intervenga. BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>479</sup> En relación a las condiciones establecidas en el artículo 27 LC, véase el punto 3º, del capítulo II, relativo a “Requisitos del mediador concursal”.

<sup>480</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 122.

designación de mediador concursal se producirá dentro de la lista de mediadores concursales, según un orden secuencial, sin embargo, no se contiene esa exigencia en el marco del art. 27 LC, si bien sí se contempla en un futuro desarrollo reglamentario del modelo de administración concursal especializada en insolvencia<sup>481</sup>.

Respecto al nombramiento de mediador concursal, en el caso de deudor persona física no empresario la solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor y el art. 242 bis LC establece una serie de especialidades:

**1.º** El notario, una vez demostrada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del AEP, deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

**2.º** El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, salvo que designase, si lo considera oportuno, un mediador concursal.

**3.º** Si nombra finalmente mediador concursal, su nombramiento deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días.

**4.º** Las actuaciones notariales o registrales descritas en el art. 233 no devengarán retribución arancelaria alguna, pero el notario tiene derecho a percibir el honorario equivalente al mediador concursal, si finalmente no se designa mediador.

En el caso de deudores empresarios o entidades inscribibles se solicitará la designación del mediador al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito; o, asimismo, a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. Lo que

---

<sup>481</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 798.

representa una novedad esta intervención de las Cámaras de Comercio como mediadores concursales.

Ahora bien, mientras que, el registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal, la propia Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, asumirá las funciones de mediación atendiendo a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

La LC en su título X, al contrario de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, crea un sistema que opta abiertamente por dar la mayor difusión posible a la existencia de las negociaciones. De este modo, el sistema ideado por nuestro legislador en 2013, y que en este ámbito sigue vigente, se aparta del concepto clásico de mediación en el que la confidencialidad constituye uno de los pilares sobre los que se asienta el éxito de la negociación<sup>482</sup>.

Hasta el momento hemos prestado atención al supuesto que se admita la solicitud, pero prevé la Ley también la posibilidad de que la misma sea inadmitida. Esta inadmisión no será realizada de manera directa, ya que si la documentación adjunta o los datos aportados por el deudor en la solicitud tienen algún defecto o son insuficientes se dictamina un único plazo de cinco días para que se puedan subsanar dichos defectos. La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente requeridos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos.

Y la inadmisión directa se produce cuando el deudor no justifique ninguno de los requisitos exigidos legalmente para poder solicitar el AEP entonces se le da la posibilidad de que en el momento que pueda acreditar dichos requisitos pueda volver a solicitar el

---

<sup>482</sup> BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191 y ss.

AEP (art. 232. Apdo. 3º párr. 3 LC).

### *3.5.1.2. Contenido de la solicitud y efectos de su presentación*

El procedimiento se inicia con el nombramiento de un mediador concursal (art. 232 LC) mediante un formulario normalizado suscrito por el deudor, existiendo la posibilidad de realizarse telemáticamente. La forma con la que se deberá de realizar la solicitud es mediante una instancia suscrita por el deudor en la que se debe hacer constar el efectivo y los activos líquidos que disponen, los bienes y derechos de los que sea titular y de los ingresos previstos.

En la citada instancia, el deudor deberá solicitar la designación de un mediador concursal a los efectos del procedimiento extrajudicial negociador de pagos del art. 231 y ss. LC, acompañando a la misma la siguiente información y documentación (art. 232.2 LC):

- a) Inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone.
- b) Los bienes y derechos de que sea titular.
- c) Los ingresos regulares previstos.

d) una lista de acreedores en la que se hará constar su identidad, domicilio y dirección electrónica, indicando la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos. En la lista de acreedores se incluirán también a los titulares de créditos con garantía real o de derecho público independientemente de si se ven afectados por el acuerdo. Tal y como ocurre en sede concursal, los créditos dotados de garantía real deberán valorarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 94.5 LC.

- e) Una relación de los contratos vigentes.
- f) Y una relación de gastos mensuales contemplados.

La exigencia de la mencionada documentación pretende facilitar el examen por el notario o el registrador o Cámara de Comercio del cumplimiento de los presupuestos y requisitos exigidos en el art. 231 LC para el acceso al AEP. También tiene por finalidad que el mediador concursal cumpla su cometido de impulsar y controlar el proceso negociador y mediar entre las partes buscando la avenencia entre el deudor y acreedores a efectos de alcanzar un acuerdo de pago de las deudas contraídas por aquel con estos

últimos. Éste es el único destino de la información y documentación mencionada previamente, de tal forma que una vez acompañada a la solicitud y remitida al notario, Cámara Oficial de Comercio o registrador, los acreedores y/o terceros nunca podrán acceder a su contenido con la única salvedad del mediador concursal<sup>483</sup>.

En este sentido, se pronuncia el artículo 232.2 LC: “La solicitud se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos”.

Asimismo, se acompañará de una lista de acreedores, en la que se debe especificar su identidad, domicilio, dirección electrónica, expresando la cuantía y el vencimiento de los créditos (art. 232.2 LC).

En la lista de acreedores se debe de añadir los titulares de los préstamos o créditos con garantía real o de derecho público, aunque no se vean afectados por el AEP. Para la valoración de los préstamos o créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el art. 94.5 LC, que se refieren al criterio del valor razonable de la garantía para establecer la parte de crédito garantizada<sup>484</sup>.

Así, se entiende por valor razonable<sup>485</sup>, a la hora de valorar los préstamos o créditos con garantía real:

a) Si estamos ante valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario no oficial o en otro mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado de negociación en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración del concurso, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate;

---

<sup>483</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., 2016, p. 45.

<sup>484</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, núm. 8.500, 2015, p. 4.

<sup>485</sup>Se encuentra en la legislación, concretamente en la Disposición Adicional 4ª del RDL 4/2014. En este sentido se pronuncia SANSALVADOR SELLÉS, M.E., *Contabilidad del Concurso de Acreedores*, Editorial Universidad Miguel Hernández, Elche, 2017, pp. 55-72.

b) En caso de bienes inmuebles, el que sea resultado del informe emitido por una sociedad de tasación homologada y que haya sido inscrita previamente en el Registro Especial del Banco de España;

c) en caso de bienes o derechos diferentes de los indicados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidas para esos bienes.

En otras palabras, la Ley no acepta criterio de selección, por parte del deudor, para que se convoquen algunos de sus acreedores ordinarios, dejando a un lado al resto, debiendo ser convocados todos ellos a la reunión para acordar la propuesta de pagos<sup>486</sup>. Así se deduce de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 y de la legitimación para impugnar el acuerdo otorgado al “acreedor que no hubiera sido convocado” (Exposición de Motivos II; art. 239.1 LC).

Si el deudor fuere persona casada, salvo que esté en régimen de separación de bienes, señalará la identidad del cónyuge, mencionando el régimen económico del matrimonio. En el caso de que esté obligado por la ley a llevar la contabilidad, tendrá que acompañarlo con las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios<sup>487</sup>. Parece que el legislador, con una visión solamente estatal del ordenamiento jurídico, no ha tenido en cuenta la existencia de otros regímenes económicos matrimoniales distintos de la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes, que existen en derecho foral, alguno muy cercano al régimen de separación de bienes<sup>488</sup>. Sin embargo, la referencia a la identidad del cónyuge solo la anuda la norma a este último. Además, tras la Reforma 2015 y como no podía ser de otra forma, el último párrafo del apartado 2 del art. 232 LC exige que, si los cónyuges son propietarios de la vivienda familiar y ésta puede verse afectada por el AEP, la solicitud de mediación concursal habrá de formularse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

Si los cónyuges son propietarios de la vivienda familiar y ésta pueda verse

---

<sup>486</sup> SANJUÁN MUÑOZ, E., “Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)”, *Diario La Ley*, núm. 8196, 2013, p. 2.

<sup>487</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., CALLEJO RODRÍGUEZ, C., FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.d.I.S, RAGA GIL, J.T., *El préstamo hipotecario...*, op. cit., p. 122.

<sup>488</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., 2016, p. 45.

afectada por el AEP, la solicitud de tal acuerdo debe realizarse obligatoriamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. No debemos olvidar que la solicitud del AEP es individual, con esta salvedad, y no están contemplados los acuerdos conexos o la acumulación de acuerdos tal y como ocurre en el concurso<sup>489</sup>.

Tal y como establece el artículo 232 apartado 2º párrafo 2º, el contenido del formulario de solicitud del AEP, el inventario y la lista de acreedores se determinará mediante orden en el Ministerio de Justicia<sup>490</sup>. En el anexo de la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre se establece el formulario de solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial.

Se debe incluir, la relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos<sup>491</sup>. A la solicitud se acompañarán las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios, así como los documentos exigidos legalmente, en función de si el deudor fuera persona física o jurídica (art. 232.2 LC).

Tras haberse presentado la solicitud, el deudor no podrá requerir la concesión de préstamos o créditos ni utilizar "medio electrónico de pago alguno", y deberá reintegrar las tarjetas de crédito a la entidad (art. 235.1). Conectar estos efectos al AEP parece excesivo, ya que ello provocará que el deudor no tenga interés en acudir a este procedimiento<sup>492</sup> (no olvidemos la voluntariedad del mismo). La solicitud del nombramiento de un mediador concursal no impide que el deudor continúe desarrollando su actividad laboral, empresarial o profesional, aunque con la limitación de no poder obtener nueva financiación (art. 235.1 LC).

---

<sup>489</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., CALLEJO RODRÍGUEZ, C., FLORES DOÑA, M<sup>a</sup>.d.l.S, RAGA GIL, J.T., *El préstamo hipotecario...*, op. cit., p. 122.

<sup>490</sup> Por lo que la exigencia de presentación de la solicitud mediante formulario normalizado suscrito por el deudor, en el que se incluirá inventario con el efectivo y activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos no será exigible hasta que se apruebe el modelo por el Ministerio de Justicia mediante la orden correspondiente. A tal efecto vid., la Disposición Transitoria primera de la Ley.

<sup>491</sup> Véase el artículo 232.2 LC.

<sup>492</sup> PULGAR EZQUERRA, J., "Implicaciones concursales...", op. cit., p. 1.



En el caso de concurso consecutivo, será aplicable a la solicitud de acuerdo lo regulado en el artículo 164.2.2 LC estableciéndose la calificación como culpable el concurso cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o mostrados durante la tramitación del procedimiento o hubiesen acompañado o presentado documentos falsos. De manera que no cumplir con la obligación de aportar la documentación necesaria para que el AEP actúa como presunción de culpabilidad en la posible sección de calificación que puede abrirse en el concurso consecutivo.

Aunque nada diga la norma sobre el eventual desistimiento por el deudor de su solicitud de designación de mediador concursal, por ejemplo, por haber devenido solvente. En tanto en cuanto el mediador concursal no haya sido designado o, incluso, no haya aceptado el cargo, no parece que haya inconveniente en que el deudor desista de su solicitud. Más complejo sería una vez se ha dado la aceptación<sup>493</sup>.

### **3.5.2. Efectos de la iniciación del expediente “acuerdo extrajudicial”**

El art. 235 LC especifica los efectos de la apertura de la solicitud del AEP. Este precepto, diferencia entre los efectos que se producen sobre el deudor y los que se producen sobre los acreedores.

Este artículo ha sido objeto de alteración por parte del RDL 1/2015, siendo su nueva redacción un compendio de elementos que habían sido destacados y demandados por parte de la doctrina científica que, faltaban en la redacción *ex origine* y, ha estudiado este instituto, así como su coherencia con lo establecido en el art. 5 bis LC para el acuerdo de refinanciación<sup>494</sup>.

En cuanto a los efectos sobre el deudor, el art. 235 apartado 1º LC, establece que “el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de

---

<sup>493</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., 2016, p. 46.

<sup>494</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 177.

administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”. Consecuentemente, el deudor tiene terminantemente prohibido la solicitud y concesión de préstamos o créditos, además deberá devolver las tarjetas de crédito de las que sea titular y se deberá de abstener de utilizar cualquier medio electrónico para realizar pago alguno<sup>495</sup>.

Referente a los efectos sobre los acreedores, el art. 235 apartado 2º LC, establece que una vez se haya comunicado la apertura de las negociaciones al juzgado competente para que se declare el concurso, los acreedores, que se puedan ver afectados por el AEP:

a) no podrán iniciar ni seguir la ejecución judicial o extrajudicial sobre el patrimonio del deudor al mismo tiempo que se negocia el AEP hasta un período de tiempo máximo de tres meses. No obstante, se exceptúa de dicho artículo los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que sean necesarios para continuar con la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. La prohibición se extiende al tiempo de negociación del acuerdo y pretende facilitar su adopción evitando el deterioro del patrimonio del deudor<sup>496</sup>.

Sí pueden iniciar o continuar ejecuciones los acreedores con garantía real, la garantía no recaer sobre bienes necesarios para continuar la actividad empresarial o profesional, o sobre la vivienda habitual. Si recae sobre esos bienes, pueden ejercitar la acción real que corresponda, pero, iniciado el procedimiento, quedará paralizado hasta que transcurran los plazos previstos. Por lo tanto, en el caso de aquellos bienes de garantía real que afecten a bienes necesarios para la continuidad de la empresa o la vivienda habitual del deudor, no se podrá ni comenzar ni continuar las ejecuciones dentro del período de tres meses establecidos. Una vez iniciada la apertura del procedimiento, tampoco se podrán realizar anotaciones de embargos o de secuestros, en los Registros públicos de bienes del deudor, exceptuando los procedimientos en curso de los acreedores con créditos de derecho público<sup>497</sup>.

---

<sup>495</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 177.

<sup>496</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M., "El acuerdo extrajudicial de pagos: una opción a disposición de pymes y consumidores", *RDCP*, , núm. 25, 2016, pp. 125-138.

<sup>497</sup> Véase el artículo 235 apartado 2º letra A LC.

De esta manera, estamos ante una importante novedad aplicable al AEP que no aparecía en su redacción inicial y que está en consonancia, con lo estipulado en el art. 5 bis LC. Dicha formulación se encuentra en la misma línea de actuación que la contemplada para el acuerdo de refinanciación, reduciéndose de este modo desigualdades entre ambos institutos. En definitiva, el acreedor hipotecario queda limitado y afectado al desarrollo del AEP<sup>498</sup>.

Las letras b y c del art. 235 apartado 2º establecen que los acreedores deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común y podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que este les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

Se dice en el apartado 3º del art. 234 LC que, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59, durante el plazo de negociación del AEP y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo.

El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante. Con lo cual, los acreedores con garantía personal podrán continuar las ejecuciones contra el deudor siempre y cuando el crédito esté vencido.

El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.

Esto comporta, que una vez comunicado al juzgado la solicitud de inicio de un AEP con sus acreedores, durante el plazo de tres meses el deudor no está obligado a instar concurso (art.5 bis apdo. 1º LC) ni tampoco sus acreedores podrán solicitar la declaración de concurso (art. 15 apdo.3º LC).

---

<sup>498</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 177.

Otro precepto de interés a los efectos del AEP es el art. 240 LC que relaciona los efectos del contenido del mismo:

- i. 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. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado.

Implica, que el deudor tenga paralizadas las ejecuciones sobre sus bienes, incluso aquellos que puedan afectar al funcionamiento de su empresa, a más a más se paraliza el devengo de intereses.

- ii. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.
- iii. Los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el AEP y resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos.
- iv. Respecto de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

En la hipótesis que el AEP fuera aprobado, se tendrá que mantener lo estipulado en cuanto a los aplazamientos, quitas o cesiones de bienes en pago ya que así queda regulado en el art. 240 apdo. 2º C. Significa también, que los acreedores mantendrán las acciones oportunas respecto de la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y garantes personales del deudor (art. 240 apdo. 3º y 4º LC)<sup>499</sup>.

### 3.5.3. Desarrollo del procedimiento del AEP

---

<sup>499</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 188 y ss.

Una vez se realiza la aceptación de la solicitud por parte del notario o del Registrador Mercantil, se procederá entonces a la primera de las fases del procedimiento que es la convocatoria a los acreedores.

### *3.5.3.1. Convocatoria de los acreedores*

En la Exposición de Motivos de la Ley de Emprendedores<sup>500</sup>, en su apartado 2º, concretamente en el capítulo V, que versa del AEP, se menciona que “es de responsabilidad del negociador (mediador concursal) el impulsar los trámites del procedimiento y de convocar a los acreedores del deudor común, a quienes se les incentiva por la asistencia a la reunión”.

El plazo para realizar la convocatoria de los acreedores, se inicia a los diez días a contar desde la aceptación del cargo del mediador concursal, comprobará los datos y la documentación aportada por el deudor, además podrá requerir que la complemente o la subsane. En el caso que el mediador concursal apreciase alguna omisión, error o defecto, “pedirá al deudor su complemento, corrección o subsanación. Si el deudor no evacua el citado trámite correctorio, entiendo que procede el cierre del expediente y la apertura del concurso consecutivo”<sup>501</sup>.

El referido examen no es meramente formal, a la vista de la documentación aportada junto a la solicitud, aceptando su contenido sin crítica, sino de fondo. Ello con el objetivo de evitar conductas fraudulentas dirigidas a la configuración de mayorías ficticias que permitan la obtención del acuerdo, ya sea incluyendo créditos inexistentes, ya sea excluyendo otros, “inamistosos”<sup>502</sup>. No se puede olvidar que la lista de acreedores la formula unilateralmente el deudor y se considera lógico que su contenido sea objeto de saneamiento o purga. Así, el mediador debe determinar expresamente y previa la oportuna actuación revisora e inspectora, si los créditos declarados por el deudor son realmente ciertos y todos los por él contraídos, añadiendo o eliminando los que procedan y señalando

---

<sup>500</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>501</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op.cit., 2016, p. 75.

<sup>502</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 76.

cuál es su respectiva cuantía.

Ciertamente, el art. 234.1 LC, en su redacción inicial y con una deficiente redacción, se limitaba a aludir a los acreedores que figurasen en la lista presentada por el deudor. Sin embargo, no tiene mucho sentido, encomendar al mediador concursal la comprobación de la existencia y *quantum* de los créditos declarados por el deudor, esto es, el saneamiento de la señalada relación, expulsando los créditos inexistentes, y decreciendo o incrementando la cuantía de los existentes, y, por el contrario, si detectaba un crédito no declarado obviarlo, tenerlo por inexistente. No tenía sentido y más a la vista de la afección del referido crédito al acuerdo de pago que se alcanzase en el procedimiento de negociación y sus efectos, aunque no haya sido convocado al mismo<sup>503</sup>.

Esta cuestión se ha clarificado tras la reforma de 2015<sup>504</sup> y, de manera expresa, el art. 234.1 LC ordena expresamente incluir en tal tarea revisora a los créditos no reseñados en la lista de acreedores del deudor, de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio distinto de la citada lista.

Para acometer tal comprobación crediticia, el mediador concursal partirá de la información y documentación proporcionada por el deudor al principiar el procedimiento extrajudicial de pago. También podrá (y deberá) acceder a la contabilidad del mismo, así como cualquier información que entienda precisa al efecto y que, obviamente, el deudor viene obligado a suministrarle. Incluso, interpelando a los propios acreedores, no sólo los que resulten de la lista del deudor, sino también aquellos cuya existencia se infiere de la contabilidad y documentación de éste y que no fueron incluidos en la relación adjuntada a la solicitud. Esta labor inspectora no debería plantear dificultad alguna al mediador concursal, dado que el mismo también cumple las condiciones que le habilitan para desempeñar la labor de administrador concursal ex art. 27 LC y la comprobación y saneamiento de la lista de acreedores concursal es tarea propia de la administración

---

<sup>503</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 76.

<sup>504</sup> En este sentido, se ha suprimido el número 4 del artículo 234 por el número cuatro del apartado segundo del artículo 1 del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Se reitera la supresión por el número cuatro del apartado segundo del artículo 1 del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Vigencia: 1 marzo 2015.

concurzal<sup>505</sup>.

Por lo tanto, dentro del plazo de los diez días, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos de los acreedores y convocará tanto al deudor como a sus acreedores (que puedan verse afectados por el acuerdo) a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses desde la aceptación al cargo de mediador concursal<sup>506</sup>.

La convocatoria se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual o escrita, siempre que se pueda asegurar la recepción. En el caso, que constará la dirección electrónica de los acreedores habiéndose aportado según lo establecido en el art. 235.2.C LC, la comunicación se deberá realizar a dicha dirección electrónica<sup>507</sup>.

Según el art. 234 apdo. 3º LC, la convocatoria que remite el mediador concursal a los acreedores que figuran en la lista presentada por el propio deudor, deberá de contener:

- i. Lugar, día y hora de la reunión.
- ii. Expresará la finalidad de llegar a un acuerdo de pago.
- iii. La identidad de cada uno de los acreedores convocados.
- iv. Se expresará la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento.
- v. Las garantías personales o reales constituidas.

Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de AEP de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, la cual podrá contener esperas (que no podrán superar los diez años), quitas, o la cesión de los bienes o derechos del deudor a los acreedores en pago o para el pago de sus créditos siempre que no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional y su valor

---

<sup>505</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, pp. 76-77.

<sup>506</sup> Véase el artículo 234 apdo.1º LC.

<sup>507</sup> Véase el artículo 234 apdo. 2º LC.

razonable según el art. 94,2 LC sea igual o inferior al crédito que se extingue (art. 236.1 LC)<sup>508</sup>.

Tal remisión, en el supuesto de persona natural no empresaria, se ordena con una antelación de 15 días naturales a la fecha de la reunión (art. 242 bis 1. 6º LC).

Esa exigencia de celeridad en la remisión de la propuesta del AEP, cabe situarla en la necesidad que los acreedores tengan el tiempo suficiente antes de la reunión para estudiar el mismo y deliberar y decidir en su momento si es de su interés su aprobación<sup>509</sup>. O simplemente a efectos de proponer modificaciones al mismo, o planes alternativos que sean asumibles tanto por el acreedor como por el deudor, o descolgarse del procedimiento negociador de acuerdo con el art. 236.4 LC<sup>510</sup>.

El envío del AEP lo realiza el mediador concursal “con el consentimiento del deudor” (art. 236.1 LC). Dicha exigencia no debe conducir a confusión: quien diseña, redacta y decide el contenido de la citada propuesta es el deudor, no el mediador concursal, que ni puede ni debe intervenir en tal área. Tampoco puede sugerir, negociar o imponer a las partes de la negociación su contenido bajo pena de saltar por los aires la neutralidad e imparcialidad que rige su actuación.

Por el contrario, hay autores que consideran que la redacción de la propuesta de AEP corresponde al mediador concursal y no al deudor<sup>511</sup>. En esta última corriente encontramos a parte de la doctrina<sup>512</sup> que considera que el mediador concursal se encarga de la redacción absoluta de la propuesta de acuerdo, sin intervención de las partes acreedoras que solo podrán aceptar o rechazar y esperar a la decisión de la mayoría; y con la conformidad del deudor (lo que tampoco implica su participación activa en la configuración de la propuesta de acuerdo).

Al respecto, bajo nuestra opinión, la primera postura es la que mejor defiende el

---

<sup>508</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 89.

<sup>509</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 89.

<sup>510</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 89.

<sup>511</sup> RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal...*, op. cit., p. 77.

<sup>512</sup> AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal...”, op. cit., pp. 8-10.



principio de neutralidad. Sin embargo, consideramos que es competencia y responsabilidad del mediador realizar la segunda propuesta, ante las eventuales propuestas de modificaciones, siendo el mediador libre de recoger las propuestas de los acreedores que en su opinión puedan favorecer las posibilidades de la aceptación del acuerdo. En este último caso, como veremos, el deudor debe prestar su conformidad.

Más allá de la mejorable redacción del art. 236 LC y del análisis de a quién le corresponde la obligación de su elaboración -si al mediador concursal o al propio deudor-, no cabe duda de que dicho plan debe ser efectivamente elaborado (bajo la responsabilidad última del mediador concursal, al menos en cuanto a su envío) y remitido "tan pronto como sea posible" y al menos veinte días naturales antes de la celebración de la reunión de los acreedores. Debe apreciarse que en el caso del art. 236.1 LC, la norma hace referencia expresa al concepto "días naturales" aunque como señala la doctrina<sup>513</sup>, tal calificación corresponde o deber corresponder al conjunto de plazos extraprocerales del cuerpo legal de constante referencia.

El deudor presta su consentimiento a la remisión a los acreedores del acuerdo, por las consecuencias procedimentales y obligaciones que desata la citada remisión, limitándose la actuación del mediador a ser canal de transmisión del referido acuerdo, que no es suyo y, por tanto, no le vincula personalmente. Dicho envío, pues, debe incardinarse dentro de las tareas que asume el mediador concursal tendentes al control de la debida marcha del procedimiento negociador e impulso del mismo, sustanciándose por los trámites y en los plazos previstos en la LC<sup>514</sup>.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá modificar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados lo permitan expresamente<sup>515</sup>.

---

<sup>513</sup> PARDO IBÁÑEZ, B., "La mediación concursal...", op. cit., p. 3.

<sup>514</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 89.

<sup>515</sup> PINO ABAD, M., "El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio", *RDCP*, núm. 24, 2016, p. 285.

La propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará<sup>516</sup>.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

En este sentido, una vez formulada la propuesta de acuerdo, plan de pagos y plan de viabilidad en el art. 236.1 LC se exige que el mediador concursal remita a los acreedores la propuesta de acuerdo veinte días antes de la celebración de la reunión, aceptándose, como se ha dicho, que el acreedor pueda proponer modificaciones o alternativas a la propuesta de acuerdo.

En relación a las propuestas de modificación que podrían presentar los acreedores, se pueden distinguir dos ámbitos: de un lado, la previsión regulada en el art. 236.3 LC, relativa a modificaciones a la propuesta de acuerdo y que, por tanto, podrían afectar a las quitas y/o esperas, con anterioridad a la celebración de los acreedores<sup>517</sup>.

De otro lado, la previsión contenida en el art. 237.2 LC, que ya dentro de la reunión de los acreedores y no previamente a ésta, regula la opción de modificación del plan de pagos y plan de viabilidad, aunque no de la propuesta de convenio. No podrían afectar las modificaciones que eventualmente pudieran proponerse en la reunión de acreedores en las quitas y/o esperas, aun cuando sí en su periodificación de acuerdo al plan de pagos<sup>518</sup>.

---

<sup>516</sup> PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico de los acuerdos...”, op. cit., 2016, p. 286.

<sup>517</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 823.

<sup>518</sup> *Ibidem*.

De esta forma, los acreedores pueden reaccionar ante la propuesta con una importante autonomía. No solo están obligados a expresar su aceptación o rechazo de la misma, sino que están capacitados para proponer cambios en la propuesta del mediador. Las propuestas de los acreedores pueden ser modificaciones del alcance, es decir, se mantiene el núcleo de las medidas presentadas por el deudor, o bien propuestas alternativas que supongan sustituir ciertas medidas por otras diferentes. Estas medidas podrán presentarse individual o colectivamente, y su destinatario será el mediador concursal que deberá valorar las distintas respuestas de los acreedores a su propuesta inicial del plan de pagos, así como las posibles propuestas modificativas o alternativas que haya<sup>519</sup>.

Sin embargo, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del plazo mencionado de diez días, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente.

Una vez pasado el plazo indicado para que los acreedores formulen las proposiciones modificativas o alternativas, el mediador concursal remitirá a los acreedores una propuesta final del plan de pagos y de viabilidad del deudor. En este caso, es competencia y responsabilidad del mediador realizar esta segunda propuesta, en la que tiene total libertad para incluir las propuestas de los acreedores que en su opinión puedan favorecer las posibilidades de que el acuerdo salga adelante<sup>520</sup>.

Debe tenerse en cuenta que, pese a que por la LC se califica como propuesta final, ello no supone que estamos ante un documento definitivo o inmutable. De hecho, uno de los objetivos de la reunión de acreedores posterior es la de debatir posibles cambios en ese documento remitido por el deudor, tal y como se ha dicho previamente. Deberá darse la aceptación del deudor respecto la propuesta final, consistiendo en una condición obligatoria y previa a la remisión del mismo a los acreedores. El mediador, cuando el

---

<sup>519</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., pp. 26-27.

<sup>520</sup> *Ibidem*.

deudor se niegue a prestar el consentimiento deberá comunicar tal hecho a los acreedores y solicitar la declaración del concurso<sup>521</sup>.

### 3.5.3.2. *La reunión de los acreedores*

Es muy escasa y parca la regulación legal sobre las normas de celebración de la reunión de acreedores convocada por el mediador<sup>522</sup>.

La reunión de los acreedores queda regulada en el art. 237 LC. En dicho artículo se contiene tan solo una referencia al deber de asistencia de los acreedores convocados a la reunión y sobre las consecuencias sancionatorias en sede concursal del eventual incumplimiento de dicho deber<sup>523</sup>. Nada dice la norma sobre la constitución y desarrollo de la reunión, por lo que parece que el legislador ha optado por conceder libertad a los intervinientes para articular y desarrollar la misma<sup>524</sup>. Así, nada se dice sobre la documentación de la reunión, quórum de asistencia, derecho de información de los asistentes o posibilidad de acudir el acreedor a la representación.

En este marco, no son equiparables la "reunión de acreedores" celebrada en los AEP y la "junta de acreedores" en el marco del convenio concursal, comenzando por la denominación que varía, intencionadamente, el redactor de la norma. Asimismo, la junta reviste un carácter de órgano eventual del concurso del que, lógicamente, carece la reunión de acreedores. No obstante, la doctrina considera admisible en el ámbito del AEP invocar algunas de las normas contempladas en materia de junta de acreedores en sede de convenio concursal<sup>525</sup>.

#### 3.5.3.2.1. *Deber de asistencia*

En el art. 237 párr. 1º LC, se impone a los acreedores el deber de asistencia a la reunión ya que previamente han sido convocados por el mediador concursal. La única

---

<sup>521</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 28.

<sup>522</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 830.

<sup>523</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 830.

<sup>524</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 107.

<sup>525</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., pp. 830-831.

excepción existente para contrarrestar el deber de asistencia a la reunión es que los propios acreedores hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores al señalado para la celebración de la reunión<sup>526</sup>. El art. 237.1 LC establece que dicho incumplimiento conlleva, en un eventual concurso consecutivo, si fracasan las negociaciones, la calificación subordinada del crédito, lo que no acontece ni en relación a acuerdos de refinanciación ni al convenio concursal.

Sin embargo, debe exceptuarse de dicha subordinación según el artículo 237.1 LC a los acreedores con garantía real, sin distinción de la parte del crédito que resultaría cubierto por el valor razonable de la garantía, sin que su ausencia se sancione con la eventual subordinación concursal de su crédito, no habiéndose incorporado sin embargo esta nueva causa de subordinación al art. 92 LC.

El desarrollo de la reunión con los acreedores es una prueba más de que la función del mediador concursal y su relación con los acreedores no se asemeja a la relación entre el mediador civil y mercantil y las partes del conflicto, puesto que, como se ha dicho, con respecto a los acreedores que no atiendan a la reunión se les sanciona en la graduación de sus créditos<sup>527</sup>.

En el propio precepto 237.1 LC, se determina la única infracción por no cumplir el deber de asistencia a la reunión, a la que ha sido convocado el acreedor por el mediador concursal, y habiendo recibido la convocatoria, decide no asistir ni manifestar su aprobación ni oposición a la misma dentro del plazo de los diez días anteriores a la fecha de la reunión, con la salvedad de lo que se hayan constituido a su favor garantía real, sancionándosele con la calificación de su crédito a subordinado en el caso que fracase la negociación del AEP y al deudor se le declare en concurso de acreedores.

Con esta sanción a los acreedores que no acudan a la reunión se convierte la asistencia en obligatoria, muy lejos del voluntarismo que caracteriza la figura de la

---

<sup>526</sup> Véase el artículo 237 LC.

<sup>527</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador - ‘posible administrador’ - concursal. ¿Mediador o ‘negociador’ mercantil?, *Práctica de tribunales*, núm. 109, 2014, p. 13.

mediación<sup>528</sup>. La doctrina se posiciona generalmente a favor puesto que lo que importa es que los acreedores participen en la negociación, sobre todo de cara a evitar que su absentismo provoque que un acuerdo no alcance el suficiente respaldo<sup>529</sup>.

Al mismo tiempo, debe destacarse la admisibilidad de que algunos acreedores no asistan<sup>530</sup>, pero para ello deben comunicar al mediador concursal por el medio fehaciente posible, entendiéndose que lo correcto sería por el correo electrónico que previamente le habrán facilitado en la primera comunicación, que o están de acuerdo con el acuerdo extrajudicial o se oponen a él sin necesidad de expresar su motivación. En estos dos casos no es preciso que acudan y sin que se perjudique la naturaleza de su crédito<sup>531</sup>.

Por lo tanto, sólo operará la penalización si tiene lugar la reunión y el acreedor afectado no asiste a la misma ni manifiesta su oposición o aceptación al acuerdo de pago previamente *ex art. 237.1 LC*. Si no se celebra la reunión de acreedores como consecuencia de la presentación del concurso consecutivo *ex art. 236.4 LC*, por el notario-mediador en el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 242 bis 1.º *LC* o por el propio deudor, obviamente no opera subordinación alguna<sup>532</sup>.

La doctrina ha señalado que no tiene sentido que venga obligado a participar o, cuanto menos, asistir a la reunión un acreedor que, ejercitando una facultad legalmente conferida, decide descolgarse del procedimiento negociador y no tiene voluntad ni intención de apoyar al deudor<sup>533</sup>. Ahora bien, el mero hecho de decidir no continuar con la negociación no supone que el acreedor en cuestión quede exonerado de concurrir a la reunión del deudor y sus acreedores puesto que el contenido del art. 236.4 *LC* cumple la función de anticipar el cierre de la negociación en el caso de que una parte relevante de los acreedores invitados a la misma expongan su falta de interés en alcanzar el acuerdo y así no dilatar la aplicación de la solución concursal a la insolvencia del deudor.

---

<sup>528</sup> PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico...”, *op. cit.*, p. 286.

<sup>529</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADCo*, núm. 32, 2014, pp. 11-64.

<sup>530</sup> MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>531</sup> *Ibidem*.

<sup>532</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, *op. cit.*, 2016, p. 104.

<sup>533</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, *op. cit.*, 2016, p. 103.

La introducción de esta penalización crediticia, aunque ciertamente parece tendente a incentivar la participación de los acreedores en la negociación y la asistencia a la reunión, promoviendo y potenciando la conclusión de AEP como alternativa a la solución concursal, coarta, en nuestra opinión, la libertad de los acreedores a la hora de decidir si asisten o no a la reunión y se vuelve absolutamente desproporcionada. Máxime cuando tal consecuencia dimana de un procedimiento extrajudicial y no guarda correlación con la falta de asistencia a la junta de acreedores en el proceso concursal, que no suponga ni la subordinación de su crédito ni ninguna otra sanción<sup>534</sup>.

El efecto de la medida va a ser el contrario al querido ya que ante la amenaza subordinatoria y a los efectos de evitar la postergación del pago de su crédito y demás tachas derivadas de la subordinación concursal, principalmente, la pérdida del derecho de voto en la junta, el acreedor tenderá directamente a rechazar el acuerdo o a manifestar su voluntad de descolgarse de la negociación ex art. 236.4 LC, forzando el concurso del deudor<sup>535</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, es cuestionable el establecimiento del deber de asistencia de los acreedores a la junta, si se considera que nos encontramos en el marco de un AEP, de naturaleza preconcursal y en el que debe regir la autonomía de la voluntad de las partes<sup>536</sup>. En efecto, deudor y acreedores, ante las dificultades económicas de aquél y en la disyuntiva entre concurso de acreedores o AEP, prefieren esta segunda opción, sin que se configure, un deber de iniciar un expediente de acuerdo extrajudicial. En este marco, sería recomendable establecer el carácter voluntario y no obligatorio de la asistencia de los acreedores a la junta<sup>537</sup>.

En este sentido, puede llegar a considerarse desproporcionada la sanción que se

---

<sup>534</sup> PULGAR EZQUERRA, J., "Acuerdos", op. cit., p. 62.

<sup>535</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 104.

<sup>536</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 833.

<sup>537</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 833.

contempla al incumplimiento del deber de asistencia. Por ello, debería interpretarse restrictivamente el precepto<sup>538</sup>, dado que nos encontramos ante un artículo limitativo de derechos. Así, se debe considerar que el acreedor que no hubiera asistido a la reunión sólo y exclusivamente resultaría sancionado con la subordinación en un eventual concurso consecutivo, fracasadas las negociaciones, si dicho fracaso fuera imputable a la inasistencia a la reunión del acreedor.

Como posteriormente veremos, la Ley vuelve a penalizar a aquel acreedor que hubiera decidido no participar de la negociación al no otorgarle legitimación activa para la impugnación<sup>539</sup>.

La asistencia de los acreedores puede producirse también por medio de representación. Esta puede conferirse en términos similares a lo dispuesto en el art. 118 LC, con la especialidad de que basta con que conste en documento público. La representación comprende la facultad de asistir e intervenir en la reunión y, por supuesto, la de proponer modificaciones al plan de pagos y votar a favor o en contra del mismo<sup>540</sup>.

Ahora bien, los acreedores pueden forzar el concurso consecutivo sin necesidad de celebrar la reunión, lo que supone una importante novedad. A tal fin, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo, y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (art. 236.4 LC).

Aunque se ha hecho especial referencia a los acreedores, atenderemos a continuación la figura del deudor. De acuerdo con lo anterior, el citado precepto no menciona nada sobre la asistencia del deudor a la reunión, por lo que, de una lectura apresurada del mismo, podría pensarse que éste no tiene el deber de asistir a la misma.

---

<sup>538</sup> *Ibidem*.

<sup>539</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 210.

<sup>540</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial de pagos", *ADCo*, núm. 32, 2014, p. 11-64.



Sin embargo, ello no es aceptable y la confusión creada es muestra de la deficiente redacción de la norma<sup>541</sup>. De este modo, el deudor, personalmente o por apoderado, tiene el deber de asistir a la reunión<sup>542</sup>.

Ello se debe, primeramente, por el contenido del art. 234.1 LC, que ordena al mediador concursal la convocatoria a la reunión, tanto del deudor como de los acreedores, convocatoria que se realiza, obviamente, para que todos ellos asistan a la misma y, en su caso y en su seno, adopten un acuerdo de pago. En segundo lugar, porque no debemos olvidar que el mecanismo se inicia a requerimiento del deudor y para alcanzar un AEP con sus acreedores (art. 231 LC), a quien forzosamente se les "invita" a negociar. No tendría sentido dispensar de presencia a la reunión al deudor que ha forzado la misma. En tercer lugar, atendiendo a lo previsto en el art. 117.2 LC respecto del deber de asistencia a la junta de acreedores del concurso a cargo del deudor, artículo aplicable analógicamente a la reunión que aquí se hace referencia. Finalmente, a la vista de lo contemplado en el art. 237.2 LC que permite la modificación en la propia reunión del plan de pagos y viabilidad finales, lo que requiere aceptación y conformidad por parte del deudor y, previamente, su asistencia a la reunión. Por ello, si el deudor comparece representado por tercero, este deberá ostentar poder suficiente para suscribir el AEP, cuyo control parece que corresponde al mediador concursal.

No obstante, no toda la doctrina concuerda con la obligación de asistencia del deudor. Así, se puede considerar que no sería necesaria la asistencia del mismo al haber manifestado con anterioridad su aceptación a la propuesta de acuerdo presentada por el mediador y, en su caso, poder haber introducido en ésta las modificaciones que hubiera podido considerar necesario<sup>543</sup>.

Por otro lado, no será necesaria la presencia en la reunión de los acreedores del notario, registrador mercantil o miembro de la cámara de comercio ante quienes se hubiera presentado la solicitud de inicio del expediente. No obstante, nada impide que a

---

<sup>541</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 105.

<sup>542</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 50.

<sup>543</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 835.

dicha reunión pueda acudir el notario en su condición de fedatario público<sup>544</sup>.

### 3.5.3.2.2. Desarrollo de la reunión

Respecto de la celebración de la reunión, el art. 237 apdo. 2º LC, da la posibilidad de que el plan de pagos y el plan de viabilidad puedan ser modificados durante la reunión, con la condición de que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que no hayan asistido a la reunión. Ello es debido a su aprobación dentro del plazo de los diez días naturales anteriores a la celebración de la misma.

La reunión de los acreedores no implica que nos encontremos ante un órgano o una entidad autónoma. Se trata de un mero trámite u ocasión de confluencia de los acreedores, que no emite un acuerdo como expresión de una determinada competencia, sino que se limita a ordenar el consentimiento individual de cada uno de los acreedores con relación a la posible aprobación del plan de pagos<sup>545</sup>.

En principio, parece conveniente la designación de un presidente y un secretario, el primero, con la misión de dirigir y moderar la reunión, impulsando el desarrollo de la misma, cargo que debería desempeñar el mediador concursal<sup>546</sup>. El segundo asumiría la función de redactar el acta o documento que reseñe el desarrollo de la reunión y que deberá ser aprobada por los asistentes. En dicho documento se recogerá, al menos, los asistentes, la propuesta sometida a la aceptación de los acreedores y el resultado de la misma, y, en caso de su aceptación, el acuerdo de pagos que vincula al deudor y sus acreedores, debiendo ser elevado a escritura pública "inmediatamente" (art. 238.2 LC).

Nada impide que ambas funciones, presidente y secretario, recaigan en el mediador concursal. Si se alcanza el pacto de pago, el mismo deberá constar en el acta y ser redactado, ante las múltiples partes, por el mediador concursal, de manera clara y comprensible (art. 22.3 LMACM).

---

<sup>544</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., pp. 835-836.

<sup>545</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 11-64.

<sup>546</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 107.

En este sentido, será el mediador concursal el que se ocupe de la documentación de la junta, siendo él quien deberá redactar el acta de la junta, con indicación de los acreedores asistentes<sup>547</sup>. Ello será relevante en orden a la sanción de subordinación crediticia en el ámbito de un eventual concurso consecutivo, así como de los acreedores con garantía real.

Además, la reunión deberá estar presidida por el mediador<sup>548</sup>, pudiendo los acreedores solicitar información sobre elementos del activo y/o pasivo del deudor, así como sobre el plan de pagos y el plan de viabilidad y los efectos que se derivarían de la aceptación o no del acuerdo.

En nuestra opinión, la reunión se debe celebrar bajo la dirección del mediador concursal. Es él quien tiene la tarea de defender y explicar el contenido del plan de pagos y de viabilidad del deudor. Nada dice la norma sobre la asistencia del mediador concursal a la reunión. Sin embargo, la labor mediadora y de avenencia a su cargo, incluso de dirección de la reunión, así como el control e impulso del procedimiento por todos sus trámites, conlleva igualmente que recaiga sobre el referido profesional, sin lugar a dudas, el deber de asistencia a la reunión<sup>549</sup>.

El silencio del art. 237.1 LC sobre la asistencia del deudor y el mediador concursal a la reunión no es consecuencia de un error u olvido del legislador. No se hace referencia por cuanto el art. 237.1 LC establece una regla específica, aplicable e insertada, exclusivamente, respecto de los acreedores y nadie más<sup>550</sup>.

Distinto es el hecho de que la Ley y a diferencia de lo que sucede con los acreedores, no anuda consecuencia alguna a la inasistencia a la reunión por parte del deudor y/o el mediador concursal, lo que plantea alguna incógnita. Sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir, no parece que la ausencia a la reunión por parte

---

<sup>547</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 831.

<sup>548</sup> *Ibidem*.

<sup>549</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 105.

<sup>550</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 106.

del mediador concursal suspenda la misma u obligue a concluirla sin acuerdo, y, por tanto, abra al concurso consecutivo<sup>551</sup>.

#### 3.5.3.2.3. *Quórum de asistencia*

El mediador debe elaborar al inicio de la reunión una lista de asistentes con el objetivo de determinar quiénes son los presentes y los créditos de los que resultan titulares para, en función de esos datos, cuantificar si concurre un pasivo suficiente para que se produzca la reunión. La LC no establece una determinada consecuencia para el supuesto de que el pasivo presente sea insuficiente para alcanzar la mayoría que exige el artículo 238 LC para entender aceptado el convenio. Parece lógico que, si tal pasivo mínimo no concurre, la reunión no tenga la posibilidad de alcanzar la aprobación del acuerdo y de ahí que el mediador concursal deba proceder a darla por terminada sin más y a la solicitud posterior del concurso de acreedores.

En el mencionado precepto nada se dice sobre el quórum de asistencia, con lo cual se debe de hacer una remisión al art. 238 LC dónde a lo largo del precepto se establece los diferentes quóruns para dar por aprobado el AEP. Ya que, en caso de, celebrarse la reunión de los acreedores con un quórum insuficiente, la celebración de la misma habría sido ineficaz ya que no se podría aprobar el plan de pagos ni el plan de viabilidad o incluso no se podrían realizar las modificaciones que pudieran ayudar a poder cumplir el AEP<sup>552</sup>. Parece necesaria la concurrencia de acreedores que representen, al menos, la mitad del pasivo ordinario del deudor y que podrán acudir personalmente o por medio de mandatario, apoderado o representante con facultades suficientes<sup>553</sup>.

Cuando el pasivo concurrente sea suficiente para plantearse la posible aprobación del acuerdo, el administrador concursal deberá someter a los asistentes el plan de pagos cuya propuesta final les habría remitido previamente. La reunión de acreedores tiene en el expediente de negociación un contenido preciso y limitado a la revisión y eventual

---

<sup>551</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 106.

<sup>552</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADCo*, núm. 32, 2014, p. 38-42.

<sup>553</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas...*, op. cit., p. 120.

modificación de dicho plan y la posterior votación sobre el mismo. La posibilidad de modificar el plan no está abierta a cualquier sugerencia que pueda producirse en el marco de la reunión, sino que los cambios nunca podrán alterar las condiciones de pago de aquellos acreedores que no estén presentes por haber manifestado en el plazo señalado por el artículo 237.1 LC su conformidad a la propuesta remitida por el mediador. Siempre que se respete esta limitación, tal y como establece el art. 237.2 LC, los acreedores, el deudor y, por supuesto, el mediador concursal podrá proponer modificaciones al plan de pagos.

Una de las funciones esenciales por las que se celebra la reunión de los acreedores con el propio deudor y dirigidos por el mediador concursal es que se llegue a un acuerdo sobre el AEP, que cómo se ha mencionado con anterioridad se desglosa en un plan de pagos del deudor con sus acreedores y en un plan de viabilidad empresarial<sup>554</sup>.

Dicho esto, el AEP será entregado por el mediador concursal, como mínimo 20 días antes de la celebración de la reunión, a los acreedores siempre con el consentimiento del deudor. Esta última idea “con el consentimiento del deudor” tiene lógica ya que será el deudor en el caso de que sea aprobado por sus acreedores quien deberá de cumplirlo.

Si se diera el caso de que el deudor se negará a prestar su consentimiento a la propuesta del plan de pagos realizado por el mediador concursal, éste está legitimado para instar concurso de acreedores, siempre y cuando no se haya producido un cambio en el estado de insolvencia del deudor<sup>555</sup>.

La propuesta del plan de pagos, regulada en el art. 236 LC, se podría afirmar que consiste en dos posibilidades que pueden ser simultáneas o alternativas dependiendo del acuerdo que lleguen los acreedores con el propio deudor. Estas dos posibilidades se determinan en la Exposición de Motivos de la Ley de Emprendedores<sup>556</sup>, en su apartado 2º, concretamente en el capítulo V, que versa del AEP. La primera posibilidad, es el plan

---

<sup>554</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 61.

<sup>555</sup> DÍAZ ECHEREGAY, J. L. *El Acuerdo extrajudicial de pagos*, 1ª. Ed. Pamplona: Civitas, 2014, p. 98.

<sup>556</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, y que podrá contener:

- i. Esperas por un plazo que no supere los diez años.
- ii. Quitas.
- iii. La cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para el pago de la totalidad o parte de sus créditos.
- iv. La conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.
- v. La conversión de la deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables.

La segunda posibilidad, se trata de la cesión de bienes, pudiendo sólo ser de bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional del deudor, ni tampoco que la cesión equivalga igual o inferior al valor del crédito que se extingue<sup>557</sup>.

El art. 236 .1.2º LC permite que la propuesta de AEP consista también en la cesión de bienes a los acreedores para el pago de las deudas. Así, la LC hace una remisión a lo que establece el art. 1175 del CC que permite a cualquier deudor ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas.

En cuanto al plan de viabilidad<sup>558</sup>, queda regulado en el precepto 236 apdo. 2º LC,

---

<sup>557</sup> Véase el artículo 236 apdo. 1º párr. 2º LC.

<sup>558</sup> Tal y como expresa ALONSO-MUÑUMER, M.E. “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos de refinanciación” en ARIAS VARONA, F. J. (Dir.), *Conservación de las empresas en crisis*. Madrid, 2013, pp. 117 y ss. El plan de viabilidad es el instrumento de planificación de la empresa, que contribuye a solucionar los problemas financieros en una situación de dificultad económica para el empresario. Se caracteriza por ser un elemento esencial en el proceso de negociación de los acuerdos de refinanciación y extrajudiciales de los deudores con sus propios acreedores, ya que refleja la situación económica actual del empresario y de las perspectivas de negocio que tiene a corto o medio plazo.

y se establece que contendrá una propuesta de cumplimiento dónde el deudor regule sus obligaciones y se fijará una cuantía en concepto de alimentos para el deudor y su propia familia. Además de un plan de continuidad empresarial.

#### 3.5.3.3. *Votación*

A efectos de la votación es indiferente la persona del acreedor afectado, si es una entidad de crédito, trabajador, proveedor, etc., la clase del crédito que ostenten o si el mismo se halla incorporado a título ejecutivo o documento público. También es indiferente que esté vencido o sea exigible, la clasificación que, eventualmente en un posterior concurso, correspondería a tal crédito, o si el crédito es dinerario o no dinerario. Igualmente, no tiene efectos el hecho de que el acreedor sea persona natural o jurídica, o si es persona especialmente relacionada con el deudor. En este último caso, la cuestión es importante ya que mientras en el concurso de acreedores su crédito tendría la consideración de subordinado y, por lo tanto, privado de derecho de voto en la Junta de Acreedores a la que el deudor somete su propuesta de convenio (art. 122.1.1ª LC), en sede de negociación del AEP, no existe proceso concursal ni clasificación de créditos.

De este modo, los acreedores vinculados al deudor, habitualmente una parte importante del pasivo, participan en la negociación y pueden votar el acuerdo, computándose su apoyo a efecto de mayorías requeridas para la adopción del mismo. Lo cual puede tener incidencia a efectos que el deudor elija una u otra alternativa a su insolvencia<sup>559</sup>.

#### 3.5.3.4. *Aceptación del plan de pagos*

El cómputo de las mayorías de aprobación indicadas debe hacerse tomando en

---

El plan de viabilidad es un concepto puramente empresarial, que se realiza cuando la empresa entra en crisis económica y peligra su continuidad, con lo cual proporciona los datos que reflejan la capacidad de recuperación económica-financiera que tiene la sociedad y el pronóstico de la evolución empresarial. Constituye una función informativa, ya que concreta los recursos presentes y futuros del deudor, así se realiza la gestión y control del plan y se pueda prever que el deudor pueda cumplir con el mismo y dar continuidad a su empresa. El plan de viabilidad está realizado por entidades especializadas.

<sup>559</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 109.

cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores titulares de ese pasivo. Lo que se quiere decir con este método que enuncia el artículo 238.1 LC es que, en principio, no se incluirán los créditos de derecho público y los que cuenten con garantía real. El pasivo computable será el restante, por ser el que está en poder de acreedores que, de aceptarse el acuerdo, se verán afectados por su cumplimiento. Ahora bien, si un acreedor con garantía real acepta implicarse en el acuerdo y someterse a sus efectos, su crédito se tendrá en cuenta dentro del pasivo relevante para la formación de la mayoría, independientemente que del bien objeto de la garantía pueda proponerse su cesión.

La aceptación del acuerdo supone el cierre satisfactorio del expediente bajo unas condiciones formales que detalla el artículo 238.2 LC y que, en alguna medida, reproducen las que se contemplan para la iniciación del expediente (art. 233 LC). El mediador concursal recupera su protagonismo, de forma que deberá comunicar la aceptación a quien le designó.

En el caso de que su nombramiento lo hubiera realizado un notario, el acuerdo deberá elevarse a escritura pública. Esta escritura servirá para proceder al cierre del correspondiente expediente. En el caso de que el nombramiento lo hubiere realizado el registrador mercantil, una vez elevado a escritura pública el acuerdo, éste deberá presentarse ante el Registro Mercantil al objeto de que se produzca también el cierre del expediente. El notario o el registrador, respectivamente, vienen obligados a comunicar el cierre del expediente al Juzgado competente a fin de poder tramitar el eventual concurso del deudor. Al mismo tiempo corresponderá la correspondiente dación de cuenta ante aquellos registros públicos en que aparecieran bienes del deudor y en los que se hubieren practicado determinadas anotaciones relativas a la apertura del expediente que ahora deberán quedar canceladas.

La aceptación del acuerdo supone una determinada publicidad que ya no corre a cargo del mediador concursal, sino del notario o registrador, a los que se impone el deber de publicar un anuncio en el BOE y en Registro Público Concursal, informando de la existencia del acuerdo. El anuncio tendrá el contenido que determina el artículo 238.2 LC, del que destaca la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la notaría o en el Registro Mercantil que han procedido a su tramitación.



### 3.5.4. El contenido y la aprobación del AEP

A lo largo de este trabajo nos hemos referido en distintos momentos al contenido del AEP, pero es partir de estas líneas dónde haremos una relación sistemática de todo aquello que específicamente se refiere al contenido del AEP (art. 236 LC).

En el art. 236 apdo. 1º LC, se especifica que puede contener la propuesta del AEP. Tras la reforma de 2015, se amplía el catálogo de medidas objeto del AEP, que podrá contener cualquiera de las siguientes que, según las mayorías con que se adopten, se podrá extender con mayor o menor intensidad y a determinados acreedores.

#### 3.5.4.1. Objeto del AEP

En cuanto al objeto del AEP, se puede hacer referencia a las siguientes medidas y límites:

- i. Esperas por un plazo no superior a diez años.

La doctrina considera positivo que, tras las reformas de 2013 y 2015 ya citadas, el límite máximo de las esperas pase de 3 a 10 años, aunque se exijan mayorías reforzadas<sup>560</sup>. No obstante, como veremos en el siguiente apartado, las esperas variarán según la mayoría del acuerdo.

Si se consigue la mayoría ordinaria, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas de plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

Si se logra la mayoría cualificada, esos mismos acreedores quedarán sometidos a esperas de cinco a diez años, a quitas superiores al 25 por ciento y a las demás medidas

---

<sup>560</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 163.

contempladas en el art. 236 LC. Los acuerdos extrajudiciales que se adopten con las mayorías legales establecidas, no pueden ser rescindidos en un concurso posterior. Estas mayorías son superiores a las exigidas para el convenio concursal, lo que hace perder atractivo al acuerdo extrajudicial. Si no se alcanzan las mayorías necesarias, el mediador tendrá que solicitar la declaración del concurso dando por terminada la reunión<sup>561</sup>.

ii. Quitas.

Debe tenerse en cuenta como el legislador no establece tope alguno a la quita pactada, lo que no debe llegar a la conclusión de que puede extenderse e imponer a los acreedores discrepantes cualquier quita, incluso de elevadísima cuantía. En este caso, entrará en juego el concepto de desproporción de la quita acordada vía impugnación del acuerdo. Esa ausencia de techo en la quita no conduce a entender que es factible una quita del 100% de la deuda, ya que no es una quita sino una condonación<sup>562</sup>.

De este modo, tras la reforma operada por el RDL 1/2015 convalidado por la Ley 25/2015, el posible contenido del AEP se amplía notablemente dejando atrás algunas de sus exigencias más rígidas. En este sentido cabe recordar que, hasta la mencionada reforma, el artículo 236 LC señalaba que el AEP no podía contener quitas superiores a un 25% del pasivo en ningún caso<sup>563</sup>. Con la nueva regulación, el legislador renuncia a imponer límites a las posibles quitas, lo que contribuye a incentivar los AEP.

iii. Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para el pago de la totalidad o en parte de sus créditos.

Siempre y cuando, los bienes o derechos cedidos no sean necesarios para la continuidad empresarial, sí, por tanto, la vivienda habitual, y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94.2 de la Ley, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese mayor, la diferencia se integrará en el patrimonio del deudor.

---

<sup>561</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., pp. 125-138.

<sup>562</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, pp. 92-93.

<sup>563</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 163. CUENA CASAS, M., "No hay segunda oportunidad para el que menos tiene", *El notario del siglo XXI*, núm. 50, 2013, p. 136.

En el caso de que sean bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el art. 155.4 LC

- iv. La conversión de la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

En este caso, se estará a lo dispuesto en el apartado 3.ii) 3º DA 4ª LC, a la vista del cual y a efectos de facilitar la conversión de deuda en acciones/participaciones sociales, reduce el quórum preciso para la adopción del acuerdo de aumento de capital por la Junta General del deudor y lo fija en la mayoría ordinaria prevista en los arts. 198 TRLSC (sociedad de responsabilidad limitada) y 201.1 TRLSC (sociedad anónima), en lugar de las previstas en los arts. 199 y 201.2 TRLSC respectivamente. Tal opción legislativa nos lleva a concluir igualmente que tampoco se aplicará cualquier otro quórum reforzado que figure en los Estatutos Sociales o convenio entre los socios en virtud de pacto parasocial.

Nótese como el art. 236.1.d LC únicamente efectúa una remisión al epígrafe ii) del apartado 3 b) 3º DA 4ª LC, sin mencionar el epígrafe i) de tal apartado. Ello implica que en sede AEP y a diferencia de lo que sucede en la homologación de un acuerdo de refinanciación, el acreedor disidente o discrepante no podrá evitar la conversión citada optando por una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que le correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. Recordar que conforme al citado apartado i), a falta de indicación expresa del acreedor, se entiende en la homologación de acuerdo de refinanciación que los acreedores disidentes optan por dicha quita. Tal presunción, tampoco es aplicable en sede AEP<sup>564</sup>.

- v. La conversión de la deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles en subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en un instrumento financiero de rango.

En el supuesto de deudor persona natural no empresaria, el contenido del AEP se limita a las medidas mencionadas en los apartados i) a iii) precedentes, ambas

---

<sup>564</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 93.

inclusive<sup>565</sup>.

El art. 155.4 LC posibilita para el pago de los créditos con privilegio especial, la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial o, en su caso, quede completamente satisfecho el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Parece que, la remisión a la aplicación del citado precepto puede alcanzar a la persona que designe el acreedor.

Queda totalmente prohibido que la propuesta consista en la liquidación global del patrimonio del deudor para poder satisfacer sus deudas. Además, tampoco se podrá realizar una alteración del orden de prelación de créditos, salvo que los acreedores lo manifiesten expresamente<sup>566</sup>.

En cualquier caso, las mencionadas magnitudes no pueden ser flexibilizadas o corregidas por el juez pues el acuerdo de pago se articula de forma extrajudicial, ajena y previa al, en su caso, posterior concurso. Ni, obviamente, por el mediador concursal. Pero no impide, para que, si concurre unanimidad de todos los acreedores afectados por el AEP, se admitan porcentajes superiores a los reseñados<sup>567</sup>. Pero no porque así lo autorice el mediador concursal o un juez, sino por el acuerdo unánime de los acreedores que supone la imposibilidad de una posterior impugnación del acuerdo (art. 239.1 LC), reservada únicamente a quien no fue convocado a la reunión o se opuso a un pacto, que, por lo tanto y si es apoyado por todos los acreedores, deviene inatacable y esa superación de los parámetros establecidos en el art. 236.1 LC absolutamente sanada, sin tacha y no impugnabile.

El AEP podrá contener, junto a alguna o algunas de las anteriores, otras medidas no contempladas en el anterior catálogo. Pero no cabe extender e imponer a los acreedores disidentes medidas distintas de las reseñadas anteriormente, aunque se hayan alcanzado en el AEP. Incluso aunque previsto en el citado acuerdo, conformen un negocio jurídico

---

<sup>565</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 93.

<sup>566</sup> Véase el artículo 236 apdo. 1º párr. 3º LC.

<sup>567</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 94.

único e inescindible con el resto de pactos si amparados en el art. 236.1 LC<sup>568</sup>.

Por otro lado, el hecho que el AEP regule algunas de las medidas anteriormente mencionadas tampoco es absoluto y definitivo, ya que las mismas no serán admitidas si resultan desproporcionadas. Así se desprende del art. 239.2 LC que permite la impugnación del AEP acordado por tal razón. A la hora de determinar la eventual desproporción de la medida en cuestión, cabe atender al supuesto concreto, por un lado, a lo preciso y necesario de la misma para el deudor y la continuidad y viabilidad de su actividad económica y el cumplimiento y buen fin del AEP. En otras palabras, aunque la medida pactada respete las magnitudes precisas en el art. 236.1 LC, no sea innecesaria porque baste a los fines del acuerdo otra distinta.

#### 3.5.4.2. Límites del AEP

El sistema que incorpora el título X impone distintos límites dependiendo de las mayorías que el acuerdo sea capaz de atraer, tal y como ocurre en el caso del convenio, ya sea anticipado u ordinario, o en el supuesto de los acuerdos de refinanciación. Así, la Ley distingue entre los acuerdos que conciten el voto favorable de al menos el 60% de pasivo del deudor, de aquellos otros acuerdos en los que el voto favorable alcance el 75% del pasivo. En ambos casos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el paso que pueda ser afectado por el acuerdo (art. 238.1 LC).

La reforma de 2015 cambia las mayorías exigidas para la adopción del AEP<sup>569</sup>. Podemos diferenciar entre una mayoría ordinaria, que se obtiene cuando voten a favor el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el AEP, y una mayoría cualificada que exige el voto del 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado.

La reforma introducida por el RDL 1/2015 y la Ley 25/2015 flexibiliza los límites máximos que el AEP puede contener para su aprobación, lo cual debe ser valorado de forma muy positiva ya que contribuirá a un uso generalizado del instrumento

---

<sup>568</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 94.

<sup>569</sup> ESTEBAN RAMOS, L.M., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., pp. 125-138.

negociador<sup>570</sup>.

En el primer caso, el porcentaje máximo de las quitas que podrá incorporar el AEP no superará el 25% de pasivo total. Por otro lado, en este supuesto, las esperas que pacten las partes tampoco podrán superar los 5 años. El legislador opta por la imposición de criterios más exigentes que en el caso del convenio, ya sea anticipado u ordinario, pues en ese caso con un porcentaje menor, el 50% del pasivo ordinario, el porcentaje máximo de quitas que las partes pueden pactar pasa del 25% del pasivo en el caso del AEP al 50% en el caso del convenio.

En el segundo caso, es decir, cuando concurre el voto favorable de, al menos, el 75% del pasivo, las partes podrán pactar las quitas que consideren oportunas sin que exista un límite máximo impuesto por el legislador. Por el contrario, el legislador impone un límite máximo en relación con las esperas, que no podrá exceder de los 10 años. Nuevamente, los criterios que impone el legislador en este caso resultan más exigentes que los que impone en el convenio, ya que con una exigencia inferior, un 65 del pasivo ordinario, el legislador da libertad a las partes para que pacten las esperas que consideren oportuno, sin imponer límite alguno<sup>571</sup>.

Tras la reforma operada por el RDL 1/2015 convalidado por la Ley 25/2015, el posible contenido del AEP se amplía notablemente dejando atrás algunas de sus exigencias más estrictas. En este sentido, cabe recordar que, hasta la mencionada reforma, el art. 236 LC indicaba que el acuerdo extrajudicial no podía contener quitas superiores a un 25% del pasivo en ningún caso, ni las esperas pactadas podrán ser superiores a tres años<sup>572</sup>. Esta regulación que fue ampliamente criticada<sup>573</sup> explica en parte el fracaso de la normativa anterior. Tampoco se conocen los motivos que impulsaron al legislador a exigir unos criterios tan rígidos en un acuerdo al que se someten libremente las partes. Quizás, se puede hablar de desconfianza hacia la capacidad de las partes y el proteccionismo con que se regula la posición de los acreedores.

---

<sup>570</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 162.

<sup>571</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 163.

<sup>572</sup> Estos parámetros han sido ampliamente criticados por la doctrina. En este sentido, CUENA CASAS, M., "Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start", *ADCo*, núm. 31, 2014, p. 136.

<sup>573</sup> *Ibidem*.

Con la nueva regulación, el legislador renuncia a imponer límites a las posibles quitas, lo que indudablemente debe fomentar el recurso a este tipo de procedimiento. Por otro lado, también debe valorarse de forma positiva que el límite máximo de las esperas pase de 3 a 10 años (recuérdese que los 10 años sólo será posible cuando concurra el voto favorable de, al menos, el 75% del pasivo). Todo ello a cambio de exigir importantes mayorías reformadas<sup>574</sup>.

Sin embargo, aunque la reforma introducida por RDL 1/2015 y la Ley 25/2015 es por lo general positiva, la regulación no se entiende en comparación con las otras soluciones reguladas en la LC. Así, por ejemplo, no se entiende por qué se imponen límites más estrictos en el ámbito de la negociación preconcursal que en el propio procedimiento concursal<sup>575</sup>. Parece que la razón que fundamenta la imposición de criterios tan severos no es otra que la protección de los acreedores en un procedimiento extrajudicial<sup>576</sup>.

A falta de la tutela jurisdiccional el legislador impone límites para que la pérdida que puedan sufrir los acreedores no sea excesiva. Esta cuestión tiene especial relevancia en el ámbito de los acreedores disidentes, a los cuales se podrá imponer el contenido del acuerdo, pese a que no formen parte del mismo<sup>577</sup>. De este modo, aunque el acreedor disidente sufra pérdidas a las que no ha accedido, por lo menos las mismas quedarán limitadas por la ley. Sin embargo, se pueden generar consecuencias indeseables.

En primer lugar, la regulación actual, con sus requisitos estrictos, actuará como un incentivo negativo a la adopción de acuerdos. La imposición de este tipo de límites, más severos que en el convenio, tendrá como efecto restringir el número de acuerdos posibles, lo que necesariamente determinará la tramitación del correspondiente concurso.

---

<sup>574</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 163.

<sup>575</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., "Los acuerdos extrajudiciales...", op. cit., 2016.

<sup>576</sup> GALLEGO SÁNCHEZ indica que la imposición de límites al establecimiento de quitas y esperas no persigue otro objetivo que el de "moralizar el contenido del convenio en defensa de la minoría de los acreedores". GALLEGO SÁNCHEZ, E., "La mediación concursal", *ADCo*, núm. 31, 2014, p. 49.

<sup>577</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 164.

La imposición de criterios tan estrictos resulta un mecanismo ineficaz de protección de los acreedores disidentes, ya que dicha imposición dificulta la adopción del correspondiente acuerdo, lo que no beneficia a ninguno de los acreedores. La falta de acuerdo, además, perpetua la insolvencia del deudor que determina la tramitación del correspondiente concurso de acreedores, lo que sería perjudicial para toda la masa pasiva<sup>578</sup>.

Además, la solución utilizada por el legislador puede llegar a perjudicar los intereses de los acreedores que trata de proteger. El deudor puede plantearse utilizar el procedimiento extrajudicial de pagos únicamente como un medio a través del cual acceder al expediente de liberación de deudas. La imposición de unos criterios de cumplimiento elevados puede permitir al deudor no llegar a ningún tipo de acuerdo, puesto que la Ley impide las condiciones para el pago que podrían ser asumibles para el deudor. Así los acreedores del deudor de buena fe que la Ley trataba de proteger pueden ser los más damnificados, pues al no poder satisfacer los elevados estándares legales, se tramitará el correspondiente concurso consecutivo, tras el cual el acreedor podrá optar a la liberación completa de sus deudas.

Al plan de pagos se le unirá un plan de viabilidad que contendrá la proposición de cumplimiento de las nuevas obligaciones, dónde se contendrá una cantidad en razón de alimentos para el deudor y su familia. Además de un plan de continuidad empresarial. Se deben de negociar los créditos o préstamos de derecho público, para poder realizar una negociación para conseguir un aplazamiento, fijando las fechas de pagos y su vencimiento (art. 236.2 LC).

La propuesta del AEP, la hará llegar el mediador concursal a los acreedores con el consentimiento del propio deudor. Ésta puede ser alterada por los acreedores en el plazo de diez días desde que recibieron la propuesta. Los acreedores pueden plantear propuestas alternativas o modificaciones. A partir de este momento, se establece de nuevo el plazo de diez días, en el cual el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de viabilidad y el plan de pagos definitivo aceptado por el deudor (art. 236.3 LC).

---

<sup>578</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 164.



En el caso, que en el plazo establecido de diez días los acreedores decidieran no continuar con las negociaciones (cabe mencionar, que los acreedores a los que nos referimos deben de representar al menos la mayoría del pasivo) o si el deudor se encontrará en situación de insolvencia actual o inminente, el mediador concursal procederá de inmediata a solicitar la declaración de concurso (art. 236.4 LC).

El AEP adoptado con las mayorías antes referidas, vinculará al deudor y a los acreedores, incluidos los que gocen de garantía real por la parte de su crédito que exceda del valor de la garantía, e incluso por la parte que no exceda del valor de la garantía si votaron a favor del acuerdo. No obstante, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán también vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) anteriormente referidas, siempre que las mismas hayan sido acordadas por el 65% o por el 80%, respectivamente, del pasivo que pudiera verse afectado por el AEP<sup>579</sup>.

### **3.5.5. Efectos de la aprobación del AEP**

El contenido del AEP vinculará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que excedan del valor de la garantía.

En todo caso, en lo referente a la extensión subjetiva y la vinculación del contenido del convenio, cuando estamos ante acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no supere el valor de la garantía, solo estarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo.

En el caso de que estemos ante acreedores no hubieren votado a favor del acuerdo con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 238, siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se pacte, por las siguientes mayorías, calculadas dependiendo de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

---

<sup>579</sup> PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico...”, op. cit., p. 288.

- a) Del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del artículo anterior.
- b) Del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 b) del artículo anterior (art. 238 bis LC)

Se equipara con relación a esta “capacidad de arrastre”, incluso con respecto de los acreedores dotados de garantía real por la parte de sus créditos que, no excedan del valor de la garantía real respecto de los contenidos legalmente previstos en función de las mayorías con las que se alcance el acuerdo (arts. 231.5, 238, y 238 bis LC), precisamente los AEP a los acuerdos de refinanciación. No obstante, los acuerdos de refinanciación<sup>580</sup>, conviene aclarar que, son objeto de homologación por el juez que realizará un control de legalidad de los requisitos a los que se condiciona el arrastre<sup>581</sup>. Por otro lado, los AEP no son objeto de homologación judicial y dicho control de legalidad lo realizará el notario o el registrador mercantil a salvo de su posible impugnación de acuerdo con el art. 239 LC.

El principal efecto que para los acreedores tiene la aprobación del AEP es el de impedir a cualquiera de los afectados por la eficacia del acuerdo la iniciación o continuación de ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Es claro que ni los acreedores que cuenten con garantía real constituida sobre algún bien del deudor, ni los acreedores de derecho público se ven afectados por esa prohibición, pudiendo actuar en la forma que corresponda a la defensa de su respectivo crédito. El artículo 240.1 LC completa ese primer efecto de paralización de ejecuciones derivadas de deudas anteriores con el reconocimiento de la facultad del deudor para solicitar ante el juez correspondiente la cancelación de los embargos dictados en su momento. Facultad que requerirá la aportación del acuerdo junto con la acreditación de que la deuda que en su día motivó el embargo figura entre los créditos sometidos a sus

---

<sup>580</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad”, op. cit., p. 5.

<sup>581</sup> Disposición Adicional cuarta núm. 1 LC modificada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Se amplía el ámbito subjetivo extendiendo la posibilidad de suscribir un acuerdo de refinanciación a todo tipo de acreedores, excluidos los acreedores de créditos laborales, los acreedores de operaciones comerciales y los acreedores de derecho público.

efectos.

Nada impide a esos mismos acreedores instar nuevas ejecuciones basadas en deudas contraídas por el deudor con posterioridad a la publicación de la apertura del expediente.

La aprobación del acuerdo no afecta las acciones que pudieran corresponder a los acreedores contra los obligados solidarios o los garantes del deudor en los créditos incluidos en el acuerdo.

En cuanto a los efectos sobre los créditos, el contenido del acuerdo se proyecta sobre los mismos en función de la espera y quita convenidas. El artículo 240.2 LC dice que los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. Esta eficacia novatoria se sobreentiende opera en tanto en cuanto el acuerdo se cumpla, desactivándose esa eficacia novatoria en supuestos de incumplimiento del AEP en los que los créditos "revivan" en las condiciones inicialmente pactadas<sup>582</sup>.

Debe tenerse en cuenta que en el art. 240.2 LC la eficacia novatoria del AEP se contempla respecto de quitas, esperas y pagos, sin que se establezca nada respecto de las otras medidas contempladas en el art. 236.1 LC (como la dación en pago para pago, capitalizaciones, etc.). No parece operar respecto de estos otros contenidos una novación "ex lege", que, no obstante, podría ser aceptada y establecida por las partes, siguiendo la autonomía de las partes, contraponiéndose así una novación "ex lege" a una novación convencionalmente acordada<sup>583</sup>.

Para el supuesto especial de que el acuerdo incluyera la cesión de bienes en pago de deudas, los créditos se considerarán extinguidos total o parcialmente, en función de lo establecido en el acuerdo.

---

<sup>582</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso...*, op. cit., p. 844.

<sup>583</sup> *Ibidem*.

La aprobación del acuerdo de pagos por los acreedores y la consiguiente terminación del expediente señalan al deudor como principal obligado a su cumplimiento. Pero más allá de la conducta orientada a respetar el compromiso plasmado en ese acuerdo extrajudicial, éste no tiene otros efectos sobre el deudor. La terminación del expediente y la consiguiente eliminación de la insolvencia por medio del plan de pagos aprobado devuelven al deudor una plena capacidad de actuación en su actividad profesional o empresarial.

### 3.5.6. Requisitos formales

Junto con los requisitos materiales de adopción del acuerdo tales como las mayorías exigidas en cada caso, el art. 238 LC exige que el acuerdo adoptado en el seno del procedimiento extrajudicial de pagos sea elevado a escritura pública<sup>584</sup>. Se trata de un requisito de forma que debe tener la consideración de constitutivo ya que los efectos que se anudan a la adopción de este tipo de acuerdos tan sólo nacerán cuando el acuerdo quede reflejado en la correspondiente escritura<sup>585</sup>.

Para el supuesto de que la solicitud se hubiese presentado ante notario, a pesar de que no lo diga la norma expresamente, parece que dicha elevación se autorizará por el notario ante el que se hubiese iniciado el expediente<sup>586</sup>. En otro caso, la escritura de elevación a público habrá de presentarse ante el registrador mercantil o Cámara de Comercio, en su caso, para que procedan a cerrar el expediente. Y en todo caso, tanto el notario, como el registrador mercantil como la Cámara de Comercio ante el que se hubiese iniciado el expediente, están obligados a efectuar toda una serie de comunicaciones según lo contemplado en el art. 238.2 LC.

El documento de escritura pública permitirá cerrar el expediente abierto en su día por el notario. Se realizará una copia del documento de escritura pública que será remitido al Registro Mercantil para cerrar el expediente que tuviera lugar en éste Registro. Además, uno de éstos dos, notario o registrador mercantil, deberá poner en conocimiento

---

<sup>584</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial...”, op. cit., pp. 161-179

<sup>585</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 169.

<sup>586</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. cit., pp. 176-178.

al juez competente para declarar el concurso que se ha aprobado efectivamente el acuerdo extrajudicial.

Con este requisito el legislador busca dotar al acuerdo de la debida seguridad, pues en la escritura pública se fija definitivamente el contenido del acuerdo en su versión definitiva. Asimismo, la participación del notario deberá contribuir necesariamente a la comprensión por parte de las partes de la redacción final del acuerdo, evitando así los posibles equívocos que la negociación puramente privada pudiera generar. Señala el precepto que será el propio notario que hubiera abierto el procedimiento el encargado de elevar el acuerdo a escritura pública.

Cabe también preguntarse qué es lo que habrá de controlar el notario autorizante de la escritura de elevación a público del AEP. Aunque la norma no dice nada al respecto, será aplicable la regla general<sup>587</sup>, es decir, que el notario autorizante habrá de llevar a cabo un control de legalidad (art. 17 bis Ley del Notariado), en concreto, el contenido que necesariamente ha de tener todo acuerdo de esta naturaleza, ya que el art. 236.1 LC limita las medidas que pueden adoptarse en este marco, y en cuanto a la concurrencia de las mayorías legalmente exigibles por aplicación del art. 238.1 LC.

Por el contrario, de no aprobarse el acuerdo o para el caso de que los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo decidan no continuar con las negociaciones, se establece el deber del mediador concursal de solicitar la declaración de concurso. Sin embargo, no se establece del deber de efectuar notificación alguna al notario, registrador mercantil o Cámara de Comercio ante el que se hubiese iniciado el expediente, si bien entiendo que esta comunicación habrá de efectuarse en todo caso con el fin de cerrar el expediente.

### **3.5.7. La publicidad del acuerdo**

Al margen de la publicidad de inicio mencionada anteriormente, el art. 238 LC añade que el acuerdo deberá ser comunicado por la persona que hubiera abierto el procedimiento al juzgado competente para conocer de un hipotético concurso de

---

<sup>587</sup> MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. cit., pp. 176-178.

acreedores. Al igual que ocurre con el inicio de las negociaciones, el acuerdo deberá ser comunicado a los registros de bienes correspondientes y al Registro Público Concursal, indicando que el acuerdo se encuentra “a disposición de los acreedores interesados” en el correspondiente registro, notaría o cámara de comercio.

Dado el escaso plazo que la Ley otorga para el ejercicio de la acción de impugnación, la publicación necesariamente deberá hacer referencia a las mayorías con las que fue aprobado y los acreedores que votaron a favor de dicho acuerdo. Lógicamente, esta solución dista mucho de poder ser calificada como satisfactoria, pero teniendo en cuenta el breve plazo de impugnación y la falta de comunicación personal a los acreedores del deudor parece difícil poder defender otra solución<sup>588</sup>.

Si el régimen de publicidad relativo al inicio de la negociación ya constituía una seria amenaza para la utilidad del procedimiento, la previsión contenida en este último inciso resulta francamente difícil de explicar, ya que una interpretación literal del precepto implica que cualquier acreedor del deudor pueda acceder al texto del acuerdo, pues lógicamente cualquier acreedor podrá tener un interés legítimo en conocer la situación económica de su deudor y los pactos que éste hubiera alcanzado con otro acreedor. Proporcionar esta información tras haber superado el estado de insolvencia puede generar una crisis de confianza que puede derivar en un nuevo debilitamiento de la posición del deudor<sup>589</sup>.

Así, el proveedor que no forma parte del acuerdo se puede sentir agraviado cuando conozca las condiciones que refinanciar la deuda recogidas en el acuerdo. En consecuencia, hasta la necesaria derogación del sistema de publicidad del procedimiento extrajudicial de pagos, resulta fundamental realizar una interpretación restrictiva en virtud de la cual tan solo tendrán la condición de acreedor interesado aquellos acreedores que hubieran sido parte en el acuerdo o aquéllos que vengan vinculados por el contenido, pese a no haber sido parte en el mismo.

Los perjuicios mencionados previamente, comprendidos los derivados de la

---

<sup>588</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 118.

<sup>589</sup> *Ibidem*.

fijación de la publicación como *dies a quo* para el plazo de impugnación, podrían solventarse en gran medida si el legislador hubiera optado por un sistema de comunicación personal a los acreedores en lugar de proceder a la publicación indiscriminada en internet del contenido del acuerdo. Es más, dicha comunicación tan sólo debería realizarse a los acreedores interesados, aquellos cuyos créditos hubieran sido objeto de modificación.

Es curiosa la fijación de la ley con las comunicaciones de índole electrónico y que ulteriormente no obligue al mediador concursal o al deudor a comunicar individualmente el acuerdo alcanzado, más cuando a algunos acreedores que se integran en el acuerdo, ya que lo rechazaron antes de la reunión general, se le aplicarán igualmente las quitas y esperas en él contempladas<sup>590</sup>.

### **3.5.8. Tratamiento de créditos de derecho público en caso de AEP**

Conforme indica la DA 7ª, apartado 1, LC, lo establecido en el Título X de la LC no se aplicará a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ello es un resultado lógico de la exclusión y salvaguarda del crédito público del AEP y sus efectos y consecuencias.

El deudor persona natural o jurídica al que se refiere el artículo 231 LC que tuviera deudas de las previstas en el párrafo anterior, una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos regulada en el artículo 232 LC, viene obligado, necesaria e imperativamente (“deberá” dice la norma), a solicitar de la Administración Pública competente un aplazamiento o fraccionamiento de pago comprensivo de las deudas que, a dicha fecha, se encontrasen pendientes de ingreso, siempre que no tuviera previsto efectuar el mismo en el plazo establecido en la normativa aplicable. (DA 7ª, apartado 2, LC).

---

<sup>590</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., pp. 170-171.

Tratándose de deudas con la Hacienda Pública la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado anterior se regirá por lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades:

- i. El acuerdo de resolución del aplazamiento o fraccionamiento sólo podrá dictarse cuando el AEP haya sido formalizado. Sin embargo, será posible resolver antes de la concurrencia de tal circunstancia si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso.
- ii. El acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el AEP, si bien la periodicidad, y por lo tanto, la cuantía de los plazos podrá ser diferente. La posibilidad de que la Administración Pública pueda resolver la petición de aplazamiento del deudor estableciendo un calendario de pagos, no sólo distinto del impetrado por este, sino, incluso, ajeno al contemplado en el acuerdo extrajudicial de pago, es sumamente criticable. Más aun, cuando tal decisión se ampara en razones “discrecionalmente” apreciadas por la Administración, discrecionalidad ésta normalmente indeterminada, oscura y, en algún caso, próxima a lo arbitrario.

Los aplazamientos y fraccionamientos de pago en su día concedidos y vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 DA 7ª LC continuarán surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las peticiones de modificación en sus condiciones que puedan presentarse, en cuyo caso las deudas a que las mismas se refiriesen se incorporarán a la citada solicitud.

En todo caso se incorporarán a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento las deudas que a la fecha de presentación de la misma estuvieran incluidas en solicitudes pendientes de resolución. Tratándose de deudas con la Seguridad Social la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 DA 7ª LC se regirá por lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades:



a) El acuerdo de resolución del aplazamiento sólo podrá dictarse cuando el AEP haya sido formalizado. No obstante, será posible resolver antes de la concurrencia de tal circunstancia si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el Boletín Oficial del Estado la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso.

b) El acuerdo de concesión del aplazamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el AEP, si bien la periodicidad y por lo tanto la cuantía de los plazos podrá ser diferente. En el caso de que el sujeto responsable tuviese aplazamiento de pago vigente a la fecha de la presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial, el mismo continuará surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las reconsideraciones o modificaciones que puedan solicitarse a efectos de incluir en el aplazamiento algún periodo de deuda corriente o de alterar alguna de las condiciones de amortización, respectivamente.

La consecución del trámite de la DA 7ª LC no supone ni implica la concesión del acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento por la Administración Pública que, obviamente y de acuerdo a su normativa, podrá solicitar y requerirá la prestación de las oportunas garantías. Y a sensu contrario, el rechazo de la solicitud de aplazamiento tampoco supone ni afecta, por sí mismo, al AEP aprobado por el deudor y sus acreedores, que se mantendrá inalterado, válido y vigente, manteniéndose desplegados sus efectos<sup>591</sup>.

## **3.6. La impugnación del AEP**

### **3.6.1. Legitimación**

La Ley introduce como trámite para la salvaguarda de la legalidad la posibilidad de que los acreedores puedan impugnar ante los tribunales de justicia el AEP. Su finalidad es incorporar un mecanismo de protección de acreedores frente a la extensión de efectos del acuerdo a aquellos disidentes o no participantes, común a los acuerdos preconcursales

---

<sup>591</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 153.

de refinanciación y al convenio concursal<sup>592</sup>.

El AEP del deudor con sus acreedores puede ser impugnado, así lo establece el art. 239 LC. Según el primer apartado de este precepto, aquel “acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición (...) podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor”, dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo.

Esta impugnación supone vehicular la reacción de los acreedores afectados por el AEP. Con ello se cumplen elementales razones de salvaguarda del derecho de defensa y tutela judicial efectiva, a la vista de los trascendentes efectos que provoca el acuerdo de pago aprobado frente a dichos acreedores. Dicha impugnación se configura como un auténtico proceso civil especial, contradictorio, con partes enfrentadas, que se rige por los principios dispositivo y de aportación de parte<sup>593</sup>.

La impugnación se formulará por escrito, debiendo comparecer y actuar el acreedor afectado que se opone al AEP, representado por un procurador y asistido de letrado. La impugnación, además, deberá optar por la forma de demanda. La pretensión de la oposición es que se anule y deje sin efecto el AEP y, con ello, los efectos derivados del mismo, declarándose como consecuencia de la anulación el concurso consecutivo del deudor<sup>594</sup>.

En este sentido “es llamativo que un procedimiento preconcursal y extrajudicial termine en el cauce procedimental propio del concurso (art. 192 y ss. LC), si bien la solución adoptada aporta certidumbre en cuanto al desarrollo del procedimiento”<sup>595</sup>.

En cuanto a la legitimación activa, no todos los acreedores están legitimados desde

---

<sup>592</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 849.

<sup>593</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 144.

<sup>594</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 144.

<sup>595</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de...”, op. cit., p. 45.

una perspectiva activa para impugnar el acuerdo. Sólo los afectados por el acuerdo de pagos, lo que excluye el crédito público.

Los sujetos legitimados para ejercitar la impugnación del plan de pagos aprobado por los acreedores serán (art. 239 apdo. 1º LC):

- i. Los acreedores que no hayan sido convocados a la reunión.
- ii. Los acreedores que no hayan votado a favor del acuerdo (esto es, se incluye el acreedor que no asista a la reunión; el que asistió a la reunión votando en contra; e, incluso, el que asistió y se abstuvo<sup>596</sup>).
- iii. Los acreedores que no hayan manifestado con anterioridad su oposición, en los términos que se establecen en el precepto 237 apartado 1º LC.

De esta manera, se excluye de legitimación a quien prestó su consentimiento y aceptó el acuerdo votando a favor de su adopción en la reunión o manifestó su aprobación conforme a lo previsto en el citado art. 237.1 LC.

No asistirá legitimación a cualquier otro tercero distinto de los acreedores citados, aunque el pacto extrajudicial de pago les afecte. Tampoco está legitimado, de manera desacertada, el mediador concursal, dado lo rotundo y nítido del tenor literal del art. 239 LC que limita la legitimación a los referidos acreedores<sup>597</sup>.

A este respecto, dificulta en gran medida el ejercicio de la acción impugnatoria el hecho de que tal derecho tenga, de acuerdo con el art. 239 LC, una configuración muy limitada<sup>598</sup>. Este carácter restrictivo se puede apreciar tanto en la regulación sobre la legitimación como en los casos de impugnación contemplados, pero principalmente en el plazo de 10 días para el ejercicio de la acción.

En cuanto a la legitimación pasiva, aunque la ley no establezca nada al respecto, parece que la única opción viable es la que representa el deudor, sin que sea posible la

---

<sup>596</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo...”, op. cit., p. 52.

<sup>597</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 145.

<sup>598</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 210.

exigencia de ningún tipo de litisconsorcio pasivo necesario<sup>599</sup>.

La oposición que se formule contra el AEP se dirigirá, pese a que no diga nada la ley y a la vista de lo contemplado en el art. 191.3 LC, contra el deudor y los acreedores firmantes del acuerdo y quizá también contra el mediador concursal, y se sustanciará por el procedimiento del incidente concursal (art. 239.3 LC), lo que nos traslada a los arts. 192 y ss. LC, principiando por la oportuna demanda que reunirá los requisitos del art. 399 LEC y de la que se dará traslado al deudor y al resto de los acreedores que aprobaron el AEP para que puedan oponerse a la impugnación, que no suspende la ejecución del acuerdo (art. 239.2 LC), mandato legal que veda cualquier pretensión paralizadora del mismo y sus efectos durante la tramitación de la impugnación, incluso a través de medida cautelar<sup>600</sup>.

### 3.6.2. Plazo de impugnación

El plazo en que podrá ejercitarse la acción de impugnación del acuerdo, es dentro

---

<sup>599</sup> En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas...*, op. cit., p. 145. El litisconsorcio necesario existe cuando sea imprescindible la presencia en el proceso de todos los sujetos a los cuales es común una determinada relación o acto jurídico y que, por dicha situación, es necesario resolver de la misma manera. Tal y como regula el artículo 12 LEC, para que exista litisconsorcio, las acciones que se ejerciten deben “basarse en el mismo título o causa de pedir”. Cuando hay litisconsorcio necesario hay pluralidad de sujetos ya sea en la parte demandante (activo) o en la demandada (pasivo) o en ambas (mixto). De acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, (Sentencias del TS de 6 de octubre de 2000, rec. 3070/1995, 10 de octubre de 2000, rec. 2811/1995, 31 de enero de 2001, rec. 3939/1999, 22 de marzo de 2001, rec. 2352/1996, 5 de junio de 2001, rec. 1098/1996, 4 de noviembre de 2002, rec. 1264/1997, y 24 de marzo de 2003): "el litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no sólo por diferentes sino además por incompatibles".

<sup>600</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 146.

de los 10 días siguientes a la publicación<sup>601</sup> de la aprobación del acuerdo del plan de pagos por parte de los acreedores<sup>602</sup>. La impugnación debe formularse dentro de los 10 días siguientes a la publicación a que se refiere el art. 238.2 LC, esto es, en el Registro Público Concursal.

Dicho plazo, que es de caducidad y, por lo tanto, no susceptible de interrupción, debe computarse en los términos del art. 5 CC, en cuanto no supone la impugnación y revisión de una resolución judicial y no tiene la consideración de procesal, no siendo de aplicación lo establecido en los arts. 130 y ss. en especial 133, LEC<sup>603</sup>.

Por el contrario, parte de la doctrina considera que, aunque no tenga su origen estrictamente en una cuestión procesal, la acción que se ejercita en el correspondiente incidente de impugnación, que ya es de naturaleza judicial, no es una acción *ex novo*, sino enmarcada dentro del iter procesal del propio procedimiento, aplicando de esta forma la doctrina jurisprudencial que entiende procesal el plazo para impugnar el convenio o, bajo la antigua Ley de Suspensión de Pagos, la acción de oposición al convenio<sup>604</sup>.

Llama la atención la brevedad del plazo que otorga la ley a los acreedores para impugnar el acuerdo, que no tiene parangón en nuestro Derecho. No obstante, los efectos que produce el establecimiento de un plazo tan breve se ve agravada por el hecho de que el mismo comienza a correr con la publicación en el Registro Público Concursal del acuerdo objeto de impugnación, sin que exista notificación personal a cada uno de los afectados. De este modo el acreedor que hubiera rechazado la propuesta, pero al que se le puede aplicar los efectos del acuerdo, deberá permanecer atento a lo publicado en el Registro Público Concursal, pues la ley no contempla ninguna notificación de carácter personal sobre el acuerdo rechazado por él, pero que finalmente sí le será de aplicación.

---

<sup>601</sup> Remisión al art. 234.2 LC, dónde establece que la publicación del AEP se hará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación individual y escrita que asegure su recepción.

<sup>602</sup> En relación con la aprobación del acuerdo del plan de pagos, véase el art. 238 LC en concordancia con el art. 239 LC, relativo a “la impugnación del acuerdo del plan de pagos”.

<sup>603</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 144.

<sup>604</sup> CORDÓN MORENO, F., "Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español", *ADC*, núm. 40, 2016, p. 100.

La conjunción del breve plazo de 10 días unido a la falta de comunicación personal hace que este acreedor se coloque en una posición de franca desprotección. Cabe recordar a mayor abundamiento que la impugnación es un procedimiento judicial que debe sustanciarse por los trámites del incidente concursal y que en consecuencia resulta preceptiva la participación de abogado y procurador. Además, la ley no contempla ninguna actuación que permita la interrupción del plazo otorgando a las partes disconformes para la formación del acuerdo.

No obstante, todavía es peor la situación de aquel acreedor al que no se le ha comunicado la existencia del AEP y en consecuencia no fue convocado a la reunión general del art. 237 LC. Este acreedor, al que la ley otorga legitimación activa, sufre un desamparo completo pues difícilmente estará pendiente de las publicaciones del Registro Público Concursal si desconoce la propia existencia del procedimiento extrajudicial de pagos.

En el supuesto que se interponga oposición por varios acreedores afectados, las mismas se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (art. 239.3 LC), por lo que, de manera imperativa, deberán ser objeto de acumulación por el juez, bien entablando un incidente por cada oposición y, posteriormente, acumulando todos ellos, bien, como parece más lógico, procediendo a la acumulación *ab initio* de todas las oposiciones formuladas en un mismo y único incidente<sup>605</sup>.

### **3.6.3. Competencia y motivos de impugnación**

La competencia para conocer de la impugnación del acuerdo aceptado por los acreedores se formulará ante los Juzgados de Primera Instancia en los concursos de personas físicas que no sean empresarios, de acuerdo con la reforma de la LOPJ practicada por la LO 7/2015, de 21 de julio<sup>606</sup>. En el resto de casos, se podrá impugnar

---

<sup>605</sup> NIETO DELGADO, C., "Homologación judicial de acuerdos de refinanciación", CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Dir). *La reforma de la LC analizada por especialistas*, Dykinson, 2012, p. 35.

<sup>606</sup> Véase el artículo 239 apartado 1º LC, en relación con el Título I, Capítulo II, Sección 1º art 10 apdo. 1º LC, relativo a la competencia internacional y territorial "La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales".

ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor (según el art. 8 LC los Juzgados de lo Mercantil). De este modo, la impugnación le corresponde al juzgado competente para conocer del concurso a través del incidente concursal<sup>607</sup>.

La atribución de competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia ha supuesto un fracaso y (ha comportado, de paso, el dictado de resoluciones judiciales cuanto menos curiosas sobre el particular). Pues bien, o bien dichos órganos judiciales asumen su empeño de mejor forma (dotándoles de los medios necesarios), o bien, debe procederse a una sustancial modificación, volviendo a asignar la competencia objetiva a los Jueces de lo Mercantil. Entre tanto, como solución temporal, como afirma la doctrina<sup>608</sup>, debería optarse, como sucede en la ciudad de Barcelona, por la especialización de determinados Juzgados de Primera Instancia en esta materia creando así un órgano referencial para los profesionales y el establecimiento de un criterio jurisdiccional de mayor previsibilidad, lo cual, sin duda, ayudará a la expansión y asentamiento de la institución.

Tal y como hemos dicho previamente, el carácter restrictivo de la impugnación obedece a varias causas, siendo una de ellas la limitación a sólo tres supuestos con base en los cuales se puede interponer la acción de impugnación. Además, los motivos para impugnar son taxativos y cerrados según se desprende del art. 239.2º LC, es decir, tienen carácter de *numerus clausus*<sup>609</sup>.

La impugnación no suspende la ejecución del AEP salvo que concurra una falta de las mayorías necesarias para poder adoptar el acuerdo. Y ello siempre y cuando no se hayan convocado a los acreedores que legalmente deben de ser convocados, o que no se cumplan con los requisitos establecidos en el precepto 236.1 LC exigidos a la propuesta de AEP y/o que se produzca una desproporción en las medidas acordadas en el acuerdo (art. 239.2 LC).

---

<sup>607</sup> GÓMEZ AMIGO, L., “La tramitación del incidente concursal”, *ADCo*, núm. 33, 2014, pp. 203-230.

<sup>608</sup> PARDO IBÁÑEZ, B., “Por una necesaria segunda oportunidad”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 2, 2018, pp. 73-81.

<sup>609</sup> DÍAZ ECHEREGAY, J. L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Cívitas, Primera Edición, Pamplona, 2014, p. 115.

El art. 239.2 LC establece que sólo existen tres motivos por los que el acreedor podrá basarse para poder impugnar el AEP, que son los siguientes:

#### *3.6.3.1. Falta de la concurrencia de las mayorías exigidas*

La falta de la concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta a los acreedores que no hayan sido convocados<sup>610</sup>. Como se ha visto previamente, el acuerdo requiere del voto favorable del 60% del pasivo. Las mayorías se recogen en el art. 238.2 y 238 bis 3 LC. A tal efecto, deberá examinarse tanto el importe de los créditos de los acreedores no convocados a la reunión, como el de los asistentes, en cuanto fueran inexistentes o su importe inferior o superior al reconocido y tenido en cuenta a efectos de la aprobación del acuerdo de pago, y proceder a las inclusiones y exclusiones crediticias que resulten de las anteriores operaciones y comprobar si el acuerdo de pago fue aprobado por suficiente mayoría. Caso contrario, procederá su anulación<sup>611</sup>. La inexistencia de la mayoría necesaria para la adopción del acuerdo podrá producirse por la falta de comunicación y posterior convocatoria de algún acreedor.

#### *3.6.3.2. Superación de los límites del art. 236.1*

La superación de los límites establecidos en el art. 236.1 LC<sup>612</sup> es otro de los motivos de impugnación; esto es, incumplimiento de los límites legales de la quita y/o la espera. De esta manera, la Ley regula dos tipos de límites distintos dependiendo de las adhesiones que reciba el acuerdo, tal y como se ha dicho previamente.

- i. En el primer caso, el porcentaje máximo de las quitas que podrá incorporar el AEP no superará el 25% de pasivo total. Por otro lado, en este primer

---

<sup>610</sup> En relación con las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, véase el art. 238 apartado 1º LC “deberá de votar a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que se pudiera ver afectado, también se verán afectados por el mismo los acreedores que no gocen de garantía real, se establece que quedarán sometidos a esperas no superiores a cinco años y a quitas no superiores al 25%.

En el caso de que no hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo, los acreedores que no gocen de garantía real quedarán sometidos a esperas de un plazo de cinco años o más y a quitas superiores del 25%”.

<sup>611</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 146.

<sup>612</sup> Véase el artículo 236 apartado 1º Letras de la A) a la E), LC.



caso, las esperas que pacten las partes tampoco podrán superar los 5 años.

- ii. En el segundo caso, es decir, cuando concurre el voto favorable de, al menos el 75% del pasivo, las partes podrán pactar las quitas que consideren oportunas sin que exista un límite máximo impuesto por el legislador. Por el contrario, el legislador impone un límite máximo en relación con las esperas que no podrán superar los 10 años.

Estos límites no son sólo los cuantitativos, sino también otros no estrictamente numéricos. Pensemos en la dación en pago, que la norma requiere que no recaiga sobre bienes que sean necesarios para la continuación de la actividad del deudor<sup>613</sup>.

### 3.6.3.3. *Desproporción de las medidas acordadas*

La doctrina destaca la vaguedad de este último motivo y la falta de precisión de la ley para especificar qué se entiende por desproporción, tal y como hizo la reforma de la LC de 2011 respecto de la impugnación de la homologación de los acuerdos de refinanciación<sup>614</sup>. Así, parece oportuno que los tribunales de justicia recurran a una interpretación extensiva, en virtud de la cual se trate de igual forma a las circunstancias semejantes y de forma dispar aquellas que sean distintas entre sí<sup>615</sup>. Para ello el intérprete debería tener en cuenta que el legislador en el seno del procedimiento concursal no trata del mismo modo al acreedor privilegiado que al titular de créditos subordinados. Así, siguiendo esta interpretación, que compartimos, cabe reconocer la existencia de medidas desproporcionadas cuando el acuerdo imponga las mismas quitas a todos los acreedores, ya sean éstos trabajadores o titulares de créditos privilegiados<sup>616</sup>.

En consecuencia, el juzgador debería velar por la igualdad dentro de cada una de las categorías, protegiendo especialmente a aquellas personas cuyos créditos el legislador ha estimado dignos de una especial protección. Por otro lado, resulta evidente que existirá desproporción cuando se impongan medidas distintas a acreedores pertenecientes a la

---

<sup>613</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 146.

<sup>614</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 64.

<sup>615</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso...*, op. cit., p. 211.

<sup>616</sup> *Ibidem*.

misma clase<sup>617</sup>.

Respecto a los AEP, los motivos de impugnación se objetivizan al hacer referencia a la desproporción de las medidas adoptadas, frente a lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación donde además de poder impugnarlos por la no concurrencia de los porcentajes exigidos, en la Disposición Adicional cuarta núm. 7 LC se tiene en cuenta la desproporción del sacrificio exigido, por lo que subjetiviza la impugnación del acuerdo en torno al sacrificio<sup>618</sup>.

La referencia que en el art. 239.2LC <sup>619</sup> dispone que a la “desproporción de las medidas acordadas” parece conectar con un ámbito objetivo de la desproporción, relativo a la medida en sí misma considerada respecto a los fines buscados con el AEP y no tanto en relación a la situación de quién va a sufrir la extensión del contenido del acuerdo.

Por el contrario, el “carácter desproporcionado del sacrificio exigido” respecto a los acuerdos homologados de refinanciación, parece conllevar un juicio valorativo, vinculado no tanto, o al menos no únicamente, a la situación del crédito concreto por efecto de las medidas acordadas y extendidas cuanto a la situación de quién va a “sufrir” la extensión del contenido del acuerdo, esto es del titular de pasivo financiero que no suscribió el acuerdo<sup>620</sup>. Ello supone que sea únicamente el acreedor quien pueda valorar si los contenidos del acuerdo implican un “sacrificio desproporcionado” respecto de su propia situación patrimonial y de sus expectativas de recuperación del crédito de no aprobarse el acuerdo.

### **3.6.4. Tramitación de la impugnación**

La tramitación de la impugnación del AEP se realiza mediante la figura del

---

<sup>617</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 211.

<sup>618</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 63, 2015, p. 12.

<sup>619</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 850.

<sup>620</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 850.

incidente concursal<sup>621</sup> (de acuerdo con los arts. 192 a 196 LC) tal y como establece el artículo 239 apartado 3º LC y el art. 96.5 del mismo cuerpo legal. Ello pese a que no sea un incidente concursal en sentido propio<sup>622</sup>.

En el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que tengan una posición opuesta a lo solicitado por la parte actora<sup>623</sup>. En este sentido, cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir autónomamente en el incidente concursal cooperando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria<sup>624</sup>.

Cuando en un incidente se acumulen demandas cuyas solicitudes no resulten coincidentes, todas las partes que participen tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo admitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela específica que soliciten. En caso de no hacerlo, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno<sup>625</sup>.

En el caso de prosperar la impugnación, se anulará el acuerdo extrajudicial y se publicitará en el Registro Público Concursal (art. 239, apartado 4º LC). De manera que no resulta necesaria su publicación en el Boletín Oficial del Estado<sup>626</sup>. Dicha anulación

---

<sup>621</sup> Podemos definir el incidente concursal como aquel procedimiento especial por el cual se ventilan todas las cuestiones que se suscitan durante el concurso y que no tengan en la Ley una tramitación distinta. Las personas legitimadas para instar un incidente concursal son cualquier persona que haya comparecido en forma en el concurso (normalmente los acreedores del deudor, o incluso el propio deudor), éstas pueden intervenir con plena autonomía e interviniendo junto a la persona que lo hubiese promovido o con la contraria. MEMBRILLA RIVERA, V. *Comentarios a la regulación concursal*, Lex Nova, 1ª ed. Valladolid, 2004, pp. 2829 y ss.

El procedimiento se inicia con una demanda, el juez decidirá si la estima o la inadmite, en el caso de inadmisión cabe recurso de apelación. En el caso de admisión, se establece el plazo de diez días para contestar la demanda y se realiza un juicio verbal. Finalizado el juicio, el juez dictará sentencia resolviendo el incidente, dicha sentencia una vez sea firme produce efectos de cosa juzgada. MEMBRILLA RIVERA, V. *Comentarios a la regulación concursal*, Lex Nova, 1ª ed. Valladolid, 2004, pp. 2829 y ss.

<sup>622</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 63.

<sup>623</sup> Véase el artículo 193.1 LC.

<sup>624</sup> Véase el artículo 193.2 LC.

<sup>625</sup> Véase el artículo 193.3 LC.

<sup>626</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos...”, op. cit., p. 12.

conlleve la “sustanciación del concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC”.

Debemos destacar el dato que el art. 239 LC viene a ser alterada su redacción en los puntos 2 y 4, respectivamente del mandado, por el RDL 1/2015, poniéndose de relieve dos cuestiones: una, que la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo; y, otra relativa a la publicidad derivada de la impugnación, el dato que la sentencia de anulación del acuerdo por impugnación se publicará en el Registro Público Concursal<sup>627</sup>.

Uno de los trámites de la impugnación es su control. El mediador concursal se encargará de velar y supervisar en todo momento el correcto cumplimiento del acuerdo y, atendiendo a la publicidad inherente a estos acuerdos, una vez cumplido de manera íntegra el acuerdo se hará constar en el Registro Concursal (art. 241.2 LC). Al contrario, si el acuerdo es incumplido en alguno de sus términos, el mediador concursal estará obligado a solicitar el concurso al apreciarse que “el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia” (art. 241, apartado 3º LC).

El procedimiento se inicia mediante la presentación de una demanda. La forma prevista de la demanda es la regulada en el art. 399 LEC<sup>628</sup>. En el caso de que el juez estime la cuestión planteada sea impertinente o que carezca de entidad necesaria para poderla tramitar por la vía incidental, resolverá, mediante un auto. Contra esta inadmisión cabe recurso de apelación<sup>629</sup>.

En otro caso, que el juez dicte la providencia admitiendo a trámite el incidente concursal, se emplazará a las demás partes personadas, se les entregará copia, y tendrán el plazo de diez días para poder contestar a la demanda. Deberán contestar a la demanda según los términos de art. 405 LEC. Una vez contestada la demanda, el proceso continúa conforme a los trámites del juicio verbal<sup>630</sup>.

---

<sup>627</sup> CANDELARIO MACÍAS. M. I. “El Mediador...”, op. cit., p. 206.

<sup>628</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil. BOE núm. 7, de 8 de enero.

<sup>629</sup> Véase el artículo 194 apdo. 1º y 2º LC. En relación al recurso de apelación, véase el art. 197 apdo. 2º LC y el CAP III del Título IV que comprende los arts. 455 a 467 LEC.

<sup>630</sup> Véase el artículo 194 apdo. 3º y 4º LC. En relación con el juicio verbal véase el CAP III del Título III que comprende los arts. 437 a 447 LEC.

Una vez terminado el juicio, el juez dicta sentencia en el plazo de diez días resolviendo el incidente concursal. La sentencia que recaiga en el incidente se rige en materia de costas por lo establecido en los arts. 394 a 398 LEC<sup>631</sup>. Una vez firme la sentencia serán exigibles las costas con independencia en el estado que se encuentre el concurso o en este caso el procedimiento del AEP<sup>632</sup>.

Cabe recordar, que una vez que sea firme la sentencia que ponga fin al incidente concursal produce efectos de cosa juzgada<sup>633</sup>.

La sentencia de anulación del AEP con los acreedores, de acuerdo con lo establecido en el art. 239 apdo. 4º LC, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y en el Registro Público Concursal.

Por último, la sentencia que resuelve sobre la impugnación del AEP alcanzado por el deudor con sus acreedores será susceptible de recurso de apelación con tramitación preferente, así queda establecido en el art. 239 apdo. 5º LC. Y en cuanto, al art. 239 apdo. 6º de LC, regula la anulación del AEP dará lugar a la sustentación del concurso consecutivo<sup>634</sup>.

Contra la sentencia que resuelve la impugnación del AEP, cabe recurso de apelación de tramitación preferente (art. 239.5 LC). Dicha sentencia de anulación se publicará en el Registro Público Concursal (art. 239.4 LC). Y consecuentemente, la anulación del AEP da lugar al inicio del concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC<sup>635</sup>.

En definitiva, dadas las dificultades existentes para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos extrajudiciales, induce a pensar que el legislador ha buscado reducir al máximo el posible control judicial sobre este tipo de acuerdos. Sorprende que,

---

<sup>631</sup> En relación con las costas procesales, véase el CAP: VIII, del Título I del Libro II Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>632</sup> Véase el artículo 196 apdo. 2º LC.

<sup>633</sup> Véase el artículo 196 apartado 4º LC.

<sup>634</sup> En relación con el concurso consecutivo, véase el CAP IV, del Título X, concretamente, el art. 242 LC.

<sup>635</sup> Véase el apartado 4.2 de éste mismo capítulo.

pese a la inexistencia de un control judicial previo que permita eliminar los casos de indebida utilización del procedimiento como ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, el legislador haya optado por una regulación tan limitada del derecho de impugnación que prácticamente suponga también la eliminación del control judicial a posteriori<sup>636</sup>.

### **3.6.5. Efectos de la impugnación y de la no impugnación**

El art. 239 apdo. 2º LC, señala expresamente que la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo aceptado por los acreedores, frente a la ausencia de previsión paralela en la Disposición Adicional 4ª LC en relación a acuerdos homologados de refinanciación.

No obstante la previsión del art. 239.2 LC, relativa a la ausencia de efectos suspensivos de la impugnación respecto de la ejecución del acuerdo, nada impide que esta suspensión pueda solicitarse ante el juez que conozca del incidente como medida cautelar con arreglo a los arts. 721 y siguientes LEC<sup>637</sup>.

Con base en ello, los efectos de una resolución en primera instancia favorable a la anulación del acuerdo únicamente se producirán plenamente cuando la misma gane firmeza.

Nada se establece en materia de impugnación de AEP, de modo paralelo a que sucede respecto de los acuerdos concursales de refinanciación, en lo relativo a los efectos de la impugnación respecto del acuerdo mismo y la posibilidad regulada en materia de impugnación del convenio concursal de dejar “a salvo” algunos efectos del AEP<sup>638</sup>. En efecto, en el art. 239.6 LC únicamente se menciona en el marco de los efectos de la impugnación a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC como consecuencia de la anulación del acuerdo, sin que se regule la posibilidad de subsanación de los defectos formales que pudieran haber motivado la anulación del

---

<sup>636</sup> MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos...*, op. cit., p. 212.

<sup>637</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 851.

<sup>638</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 851.

acuerdo.

No obstante, si el acuerdo se aprueba, y no es impugnado o verificada esta se desestima la impugnación ello provoca una serie de consecuencias para los acreedores, que constan en el art. 240 LC, a saber:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor. Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado.
2. Aplazamiento y reducción de la deuda. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado.  
En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado.
3. Mantenimiento de derechos frente a los garantes del deudor. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor.

### **3.7. La rescisión concursal del AEP**

Al contrario de lo que ocurría en la regulación original introducida por la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, el art. 238 LC dispone que los acuerdos extrajudiciales aprobados con los requisitos necesarios no podrán ser objeto de rescisión concursal en el ámbito de un posterior procedimiento concursal. La ausencia de este escudo protector había sido objeto de fuertes críticas<sup>639</sup>, pues el procedimiento no generaba ningún aliciente respecto de la negociación puramente privada<sup>640</sup>. La necesidad

---

<sup>639</sup> GALLEGO, E., “La mediación concursal...”, op. cit., p. 37. PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 856.

<sup>640</sup> Si se llega a un acuerdo, lo cual era difícil dada la rigidez del propio procedimiento, no se obtenía beneficio alguno frente a un acuerdo puramente privado. Si por el contrario no fuera posible dicho acuerdo dicho acuerdo las consecuencias para el deudor pueden ser devastadoras, pues éste se verá abocado a la liquidación concursal y en consecuencia se someterá al escrutinio de la calificación en relación a existencia de posibles responsabilidades.

de cubrir el riesgo de una eventual rescisión concursal del AEP se suscita no sólo porque puede suponer la rescisión del acto realizado por el deudor, sino porque, además, en aquellos supuestos en que se considere concurrente “mala fe” en el contratante con el deudor, ello conlleva una serie de “sanciones” jurídicas graves para el acreedor que participó en el acuerdo. Así, la subordinación crediticia o la extinción de garantías reales, lo que puede disuadir de participar en estas iniciativas extrajudiciales, habiéndose situado precisamente en este riesgo el fundamento y origen de la regulación de los acuerdos preconcursales de refinanciación<sup>641</sup>.

Con la actual reforma, tras la entrada en vigor del art. 238.4 LC, comparten acuerdos preconcursales de refinanciación y AEP un “escudo protector rescisorio”, aun cuando con matizaciones y diferencias, al menos en lo que respecta a la protección rescisoria dispensada en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación frente a los AEP.

En efecto, en el marco de la DA 4ª.13 LC, se contempla, respecto de acuerdos homologados de refinanciación, un “blindaje absoluto” frente al riesgo rescisorio, al establecerse que “en ningún caso” podrán ser objeto de acciones de rescisión los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente. Ello significa que, en un eventual concurso, el administrador concursal no podrá entrar a valorar la concurrencia de los requisitos a los que se condiciona la protección rescisoria, operando ésta en todo caso.

Frente a ello, en el marco de los AEP, en el art. 338.4 LC no se alude a que “en ningún caso” estos acuerdos podrán ser objeto de rescisión. Corresponde por tanto al administrador concursal, como de otro lado ocurre respecto de acuerdos preconcursales de refinanciación no homologados, la comprobación o verificación de los requisitos a los que se condiciona el “escudo protector rescisorio”, comportándose por tanto a estos efectos los AEP como los acuerdos de refinanciación no homologados *ex art. 71 bis LC*.

Por lo tanto, la nueva regulación viene a equiparar en sus efectos al AEP con los acuerdos de refinanciación, de tal forma que en el ámbito del concurso no consecutivo el

---

<sup>641</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad...*, op. cit., p. 856.



AEP será inatacable, pese a que el mismo pudiera ser perjudicial para los intereses de la masa. Según señala el propio apartado cuarto del art. 238 LC “los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior”. Como se puede observar la Ley circunscribe el nacimiento del escudo a la concurrencia de todos los requisitos exigidos por el Título X para el AEP, de modo que es posible afirmar que sólo aquellos acuerdos en los que concurren todos los requisitos vendrán protegidos por el escudo legal frente al ejercicio de las acciones rescisorias, con independencia de si el mismo ha sido o no objeto de impugnación conforme a los trámites del art. 239 LC.

Comparten AEP y acuerdos de refinanciación, con independencia de su homologación, el ámbito material de la protección rescisoria<sup>642</sup>. En efecto, ésta se extiende no sólo a la cláusula general de rescindibilidad ex art. 71.1 LC, sino también a las presunciones “iuris et de iure” (art. 71.2 LC) o “iuris tantum” (art. 71.3 LC) de perjuicio a la masa limitándose al ejercicio de acciones rescisorias concursales, quedando no obstante expedita la posibilidad de iniciación de otras acciones de impugnación. En efecto, la protección rescisoria lo es exclusivamente a estos efectos y en este ámbito y podrían ejercitarse, si concurrieran los presupuestos para ello, acciones paulianas civiles respecto de actos realizados por el deudor más allá del plazo temporal de dos años correspondiente a las acciones rescisorias concursales, impugnación por lesión, nulidad o anulabilidad.

Por el contrario, las acciones rescisorias podrán dirigirse contra los acuerdos extrajudiciales impropios<sup>643</sup> cuando dicho acuerdo haya supuesto un perjuicio para los intereses de la masa. Así la ausencia de alguno de los requisitos del título X permite el ejercicio de la acción rescisoria, al eliminar el escudo protector, pero en ningún caso implica su estimación automática. Para declarar la rescisión resulta necesario que el

---

<sup>642</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 857.

<sup>643</sup> Aquellos que producen un efecto equivalente de exoneración del pasivo insatisfecho, ya sea en un modo indirecto, como es la extinción de la persona jurídica en caso de conclusión de concurso con pasivo insatisfecho, o en virtud de un instituto jurídico distinto a la "discharge", como es el convenio concursal con quita. SENENT MARTÍNEZ, S., "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal tras la Ley 14/2013", MARTÍN MOLINA/DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ (Coord) en AA.VV., *La Ley Concursal y la mediación concursal*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 22.

acuerdo haya supuesto un perjuicio para los intereses de la masa en su conjunto. A este respecto conviene analizar si la desproporción en las medidas adoptadas podría constituir un acto perjudicial para la masa que implicara la rescisión del acuerdo.

En este sentido debe señalarse que existe cierto consenso jurisprudencial y doctrinal<sup>644</sup> al considerar que el acto perjudicial se puede dar por la alteración del principio de la *par conditio creditorum*, principio que se encuentra implícito en la redacción de la norma del art. 71 LC. En consecuencia, cuando por medio de un acuerdo extrajudicial impropio se procediera a realizar una modificación sustancial en el orden de pago, podría argumentarse que existe un perjuicio para el conjunto de la masa en beneficio de unos acreedores en concreto.

En cuanto a la legitimación activa y al contrario de lo que ocurre en el ámbito de los acuerdos de refinanciación, donde la legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias contra los acuerdos impropios queda restringida a la administración concursal (art. 72 LC), la rescisión concursal puede ser solicitada por cualquier acreedor de forma subsidiaria de acuerdo con la norma general establecida en el art. 72.1 LC. De este modo se otorgará la legitimación a la administración concursal, y subsidiariamente a los acreedores cuando éstos hubieran solicitado infructuosamente de la administración la interposición de la acción. Consideramos positiva la regulación adoptada por los acuerdos de refinanciación en cuanto limita las acciones rescisorias ya que la última opción debe ser rescindir aquel acuerdo al que se ha conseguido llegar.

La falta de impugnación o la sentencia desestimatoria de dicha impugnación no genera ningún efecto sobre el hipotético ejercicio de la acción rescisoria concursal. La falta de impugnación no convalida el acuerdo adoptado, ni impide el ejercicio de las acciones rescisorias. Ambas son acciones distintas sujetas a plazos distintos y que se basan en presupuestos de ejercicio también diferenciados.

Cabe señalarse que, en cualquier caso, se permite interponer otras acciones de impugnación (nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión, etc.) sobre la base operativa del

---

<sup>644</sup> DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *Anuario Facultad de Derecho*, núm. 3, 2010, p. 262.

art. 72.2 LC<sup>645</sup>.

### 3.8. El ejercicio de la acción pauliana

Frente a los AEP se podrá interponer la llamada acción pauliana, o de rescisión, contenida en el art. 1.111 CC que permite, en el caso del que deudor se encuentre en estado de insolvencia, impugnar los actos jurídicos realizados en fraude de acreedores<sup>646</sup>.

Junto con el estado de insolvencia, constituyen presupuestos adicionales para el ejercicio de esta acción la existencia de un derecho previo frente al demandado titularidad del demandante; el acto de disposición realizado por el demandado; el ánimo fraudulento en la disposición; y la inexistencia de otro remedio distinto del ejercicio de la acción pauliana<sup>647</sup>.

Para ello resultan fundamentales las presunciones contenidas en el art. 1297 CC que permiten considerar celebrados en fraude de acreedores los actos en virtud de los cuales el deudor enajenara bienes a título gratuito. En relación con esta norma, pese a que no existen diferentes líneas doctrinales, parece que la mayoritaria apunta al carácter *iuris et de iure* de la presunción<sup>648</sup>. Hay que tener en cuenta que la concurrencia de esta circunstancia implica que no sea necesario acreditar la existencia del elemento subjetivo fraudulento. Asimismo, el referido precepto también considera actos realizados en fraude de acreedores aquellas enajenaciones hechas a título oneroso por cualquier persona condenada en cualquier instancia o sobre la que se hubiera expedido mandamiento de embargo de bienes.

Una interpretación extensiva permite declarar la rescisión no sólo de aquellas enajenaciones en las que concurren los presupuestos antes enunciados, sino cuando los

---

<sup>645</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración...”, op. cit., 2015, p. 11.

<sup>646</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias, Madrid, 1986, pp. 756 y 757.

<sup>647</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 245 y ss.

<sup>648</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 250 y 251.

mismos concurren en la constitución de derechos reales sobre bienes o en la renuncia de derechos<sup>649</sup>. Ahora bien, la rescisión sólo procederá cuando quede acreditado el ánimo defraudatorio de las partes<sup>650</sup>.

El artículo 73.1 LC expresamente contempla como efecto consiguiente a la estimación de la rescisión concursal la ineficacia del acto de disposición impugnado, así como la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses. No obstante, la estimación de la acción pauliana supone una ineficacia relativa y parcial del acto de disposición, tal y como se establece en la STS 245/2013, de 18 de abril (con cita de las anteriores sentencias de 28 de noviembre de 1997 , de 24 de julio de 1998 y 25/2004, de 30 de enero ): “(1)os efectos del ejercicio de la acción pauliana en caso de estimarse tan sólo benefician al acreedor que hubiera ejercitado la acción, quien lo hace en su nombre e individualmente; esto es, no se produce propiamente una reintegración de los bienes afectados al patrimonio del deudor, restaurando así la garantía patrimonial a favor de todos los acreedores, sino que sólo se consideran los actos impugnados como no ocurridos en relación con el acreedor actor, para posibilitar la ejecución de su crédito en las mismas condiciones en que se encontraba antes de haberse concluido el acto de disposición impugnado (...)”.

Este carácter personal de la acción supone por una parte que, en principio, la legitimación para su ejercicio corresponda al acreedor perjudicado, y por otra que la ineficacia del acto impugnado sea relativa y parcial, ya que la falta de efectos del acto impugnado incumbe solo al acreedor que interpone la acción y en la medida estrictamente necesaria para subsanar el perjuicio ocasionado.

Esta diferenciación tiene gran importancia, ya que la rescisión concursal no supone una ineficacia relativa del acto impugnado, sino total, con el consiguiente efecto de restitución a la masa de los bienes o derechos objeto del acto de disposición

---

<sup>649</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil...*, op. cit., p. 756.

<sup>650</sup> Aunque como indica PÉREZ DE ONTIVEROS, el concepto *consillium fraudis* ha ido evolucionando en nuestra jurisprudencia perdiendo importancia el elemento subjetivo del mismo y entendiendo que el mismo puede apreciarse cuando se produce un daño al acreedor que carezca de justificación. PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana”, *ADCo*, núm. 35, 2015, pp. 35 y 36.

impugnado. Sólo si los bienes no pueden restituirse, el artículo 73.2 LC impone a la contraparte, destinatario de los bienes objeto de disposición, la restitución por equivalente: el pago del valor de los bienes cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; y, en caso de mala fe en quien contrató con el concursado, también deberá indemnizar los daños y perjuicios causados a la masa activa.

### **3.9. Formas de finalización del AEP**

#### **3.9.1. Aprobación**

Una vez aceptado el AEP, prevé la Ley una serie de efectos que vienen regulados en el precepto 240 LC y que, a continuación, se detallan.

Un efecto especialmente relevante es la prohibición establecida a los acreedores afectados por la aprobación del AEP, en virtud la cual, no pueden iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por débitos anteriores a la publicación de la apertura del expediente, y se le da la posibilidad al deudor de solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado<sup>651</sup>. De este modo, la prohibición de ejecutar contra el patrimonio del deudor y la suspensión de las ya despachadas se mantendrá durante el plazo de cumplimiento que podrá ser mayor o menor dependiendo de las esperas pactadas con el límite de 3 años que establece el art. 236 LC.

Esta previsión, que *prima facie* pudiera parecer muy perjudicial a los acreedores es resultado de una concepción legal que rechaza los "tiempos muertos" entre la constatación por el mediador del incumplimiento del acuerdo y la solicitud del concurso consecutivo; solicitud del mediador y declaración de concurso que bien podrán ser inmediatos, dado que la ley presume que el incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC). De acuerdo con la extinción de la acción ejecutiva, la Ley permite al deudor instar la cancelación de los correspondientes embargos del juez (del secretario), que los hubiera acordado<sup>652</sup>, con exclusión de la ejecución de las garantías reales (art. 240.1 LC). Esta posibilidad no resultaría plausible en aquellos supuestos en

---

<sup>651</sup> Véase el artículo 240 apartado 1º LC.

<sup>652</sup> SENÉS C., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 63.

que el acreedor hubiera aceptado expresamente su participación en el AEP o le resultaran “extensibles” algunos de los efectos del acuerdo, concurriendo las mayorías legales exigidas en el art. 238 bis.3 LC<sup>653</sup>.

En el caso de que no exista previsión legal expresa sobre el tratamiento procesal de la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones, se estará ante la declaración de concurso. Ante la interposición de la demanda ejecutiva no se dictará auto despachando ejecución si le consta al tribunal, comúnmente, el Juzgado de Primera Instancia, la finalización del procedimiento extrajudicial con acuerdo que afecte al acreedor (art. 568.1 LEC). Y respecto de las ejecuciones pendientes, se convendrá el mantenimiento de la suspensión hasta que corresponda la cancelación de la ejecución por cumplimiento del acuerdo (art. 570 LEC) o la acumulación al concurso consecutivo en caso de incumplimiento o anulación de aquél (art. 55.2 LC).

En referencia a la ejecución mencionada en el art. 240 apdo. 1º LC, la ley prevé dos supuestos tasados, uno en relación a títulos extrajudiciales (art. 557. Apdo. 1º LEC) y otro en relación a títulos judiciales o arbitrales (art. 556 apdo. 1º LEC)<sup>654</sup>.

Por otro lado, frente a lo que ocurría en el marco de los acuerdos homologados de refinanciación, en los que no aludía expresamente a la eficacia novatoria del acuerdo, en el art. 240 apartado 2º LC se establece “los créditos quedarán aplazados<sup>655</sup>, remitidos o extinguidos<sup>656</sup> conforme a lo pactado”. Esta eficacia novatoria se sobreentiende que opera en tanto en cuanto el acuerdo se cumple, perdiendo esa eficacia novatoria en supuestos de incumplimiento del AEP en los que los créditos “revivan” en las condiciones inicialmente pactadas<sup>657</sup>.

De acuerdo con lo anterior, y como consecuencia del efecto novatorio del acuerdo sobre los créditos mencionados, ningún acreedor afectado por el mismo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por débitos anteriores a la publicación de la

---

<sup>653</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso...*, op. cit., pp. 843-844.

<sup>654</sup> AZNAR GINER, E. *Mediación concursal...*, op. cit., p. 112.

<sup>655</sup> Véase artículo 1203 y ss. del Código Civil.

<sup>656</sup> Véase el artículo 1156 del Código Civil.

<sup>657</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso...*, op. cit., p. 844.

apertura del expediente, pudiendo el deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado (art. 240.1 LC). La citada ejecución podrá ser objeto de oposición al amparo de lo dispuesto en el art. 557.1.5ª LEC (ejecución de títulos extrajudiciales) o 556.1 LEC (ejecución de título judicial o arbitral). Igualmente, pese al silencio de la Ley parece que también desaparecen el resto de efectos derivados de la iniciación del expediente contemplados en el art. 235 LC.

Al respecto conviene tener en cuenta que la Ley prevé diferencias para los acreedores según si han aceptado o no el AEP, otorgando ciertos beneficios o privilegios aquellos que hayan asentido el mismo, concretamente la Ley establece a lo largo del precepto 240 apdo. 4º LC “Se mantendrá los derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, respetando lo acordado en sus relaciones jurídicas”.

En contraposición, los acreedores que no hayan mostrado su aceptación o hayan mostrado disconformidad con el mismo y que el AEP les afecte, la Ley establece en el art. 240 apdo. 3º LC que “Mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos”.

En estas líneas, podemos deducir el efecto lógico que resulta de la aceptación o de la falta de acción de los acreedores, de mostrarse disconformes con el AEP, con lo que conlleva a no poder invocar en situaciones que les puedan resultar favorables los pactos alcanzados dentro del AEP ya que nunca aceptaron el mismo. De hecho, no es ninguna sanción, sino que la aplicación del mismo se podría considerar un privilegio y una discriminación negativa hacia los acreedores que sí se adhirieron a él en tiempo y forma.

Al hilo de lo anterior, cuando el AEP es alcanzado por acreedores y el propio deudor, se elevará a escritura pública y se cerrará el expediente que el notario hubiera abierto para el mencionado AEP. Lo cual no quiere decir que tal elevación a público deba otorgarse necesariamente ante el notario que, en su caso, designó al mediador concursal

658 .

---

<sup>658</sup> AZNAR GINER, E. *Mediación concursal...*, op. cit., p. 106.

Por otro lado, si los expedientes los hubiera abierto el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente<sup>659</sup>.

Junto al anterior, el art. 238.2 LC impone al notario, registrador o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación una serie de actuaciones para comunicar el cierre del expediente y que se pueda dar a conocer la aprobación del acuerdo; así, dar publicidad frente a terceros y que el propio AEP despliegue todos sus efectos. Además, se debe comunicar el cierre del expediente al juzgado competente que hubiera de tramitar el concurso, y también a los registros públicos de bienes para que se cancelen las anotaciones practicadas. Así pues, se publica la existencia y la consiguiente aprobación del AEP en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá:

- i. Los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal.
- ii. El registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.
- iii. El número de expediente de nombramiento del mediador.
- iv. El nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal.
- v. La indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

En el precepto 241 LC, se regula una de las funciones del Mediador Concursal que es la supervisión del cumplimiento del AEP. En el caso de cumplimiento íntegro, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. Pero si se diera la circunstancia de que el AEP fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso consecutivo, ya que se considera que el deudor es insolvente (así lo refleja el art. 241 apdo. 3º LC)<sup>660</sup>.

---

<sup>659</sup> Véase el artículo 238 apdo. 2º LC.

<sup>660</sup> Véase el artículo 241 LC.



### 3.9.2. El concurso consecutivo

Como se ha mencionado, el concurso consecutivo conectado al incumplimiento o imposibilidad de alcanzar un AEP, así como a otros supuestos regulados en el art. 242.1 LC, constituye un tipo concreto de concurso que presenta especialidades. Éstas se manifiestan, entre otros aspectos, en materia de declaración del concurso, administración concursal y vías conservativas y/o liquidativas en que podría desembocar el concurso de acreedores en función de la condición del deudor persona física o jurídica y de su condición empresarial<sup>661</sup>.

#### 3.9.2.1. Definición

El concurso consecutivo es aquel que se produce cuando ha fracasado el AEP<sup>662</sup>. Éste se declara en supuestos de imposibilidad de alcanzar su cumplimiento, incumplimiento o anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado, en los que el mediador será designado administrador del concurso<sup>663</sup>.

El concurso consecutivo se conecta al incumplimiento o imposibilidad de alcanzar un AEP, así como a otros supuestos contemplados en el art. 242.1 LC, constituyendo un tipo particular de concurso que presenta especialidades. Éstas se proyectan, entre otros aspectos, en materia de declaración del concurso, administración concursal y vías conservativas y/o liquidativas en que podría desembocar el concurso de acreedores, dependiendo de la condición del deudor persona física o jurídica y de su condición empresarial<sup>664</sup>.

En este sentido, este concurso indica que el deudor ha utilizado el procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, pero tal procedimiento no ha servido para satisfacer los derechos de éstos, bien sea por no haber sido posible el

---

<sup>661</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 863.

<sup>662</sup> PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos...”, op. cit., p. 8

<sup>663</sup> *Ibidem*.

<sup>664</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 863.

acuerdo, bien por haber sobrevenido el incumplimiento o la anulación de éste<sup>665</sup>.

A pesar de su aparente sencillez, la anulación del acuerdo extrajudicial como presupuesto para la solicitud del concurso consecutivo no está exenta de dudas. La duda surge en relación con la firmeza de esa resolución como requisito necesario, de forma que no procede la solicitud del concurso en tanto no se resuelva la apelación contra la sentencia de primera instancia que decretó la anulación del acuerdo. A favor de la ejecución de facto de esa sentencia juega que el deudor se encontrará previsiblemente en situación de insolvencia. En contra lo hace la propia pendencia de la apelación y la efectividad de la tutela judicial que comporta, que resultaría papel mojado si revocada la anulación del acuerdo, tal pronunciamiento carece de trascendencia ya una vez que el deudor y todos los acreedores que en su día resultaban afectados por su contenido (votaran a favor o no) estarían implicados en el procedimiento concursal ya iniciado.

Si la propuesta del AEP no fuera aceptada por los acreedores, el notario, registrador, o la Cámara Oficial de Comercio comunicarán al Registro Público Concursal la “finalización de las negociaciones” de acuerdo con el art. 13.2 del RD 892/2013. Lo que no queda tan claro es quién les advierte de la “finalización de las negociaciones” si no actúan como mediador concursal, ya que el art. 238 LC y -a diferencia de lo que fija el apartado 2 de dicho precepto respecto a la obtención de un acuerdo de pago- nada menciona ni a nadie impone la comunicación del fracaso negociador<sup>666</sup>. La lógica nos hace pensar que corresponderá tal tarea al mediador concursal<sup>667</sup>.

La anulación firme del acuerdo "dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242" (art. 239.6 LC). Tanto la expresión "dará lugar" como la definición de la LC de que es concurso consecutivo "el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado" indican que la declaración del concurso consecutivo tiene lugar de oficio<sup>668</sup> (art. 242 2º párrafo LC).

---

<sup>665</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 64. PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico de los acuerdos...”, op. cit., 2016, p. 288.

<sup>666</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 117.

<sup>667</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 62.

<sup>668</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 64.

Por lo tanto, el mediador concursal debe solicitar, inmediatamente y bajo su responsabilidad, la declaración de concurso del deudor, denominado “consecutivo” en el art. 242 LC. Tal solicitud se plantea, obviamente, ante el Juez de lo Mercantil competente *ex art.* 10 LC, quien, inmediatamente, debe declarar el mismo (art. 238.3 LC). No obstante, la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, del Poder Judicial, ha encomendado a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para conocer del concurso de persona física no empresario (art. 85 LOPJ), operando esta previsión también en supuestos de concurso consecutivo, lo que previsiblemente “descongestionará” a los Juzgados de lo Mercantil en esta materia<sup>669</sup>. Eso sí, la expresada solicitud procederá salvo que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia (art. 238.3 LC). A tal fin, el mediador concursal debe comprobar si concurren los presupuestos precisos para la declaración de concurso del deudor, esencialmente su insolvencia, piedra angular y rectora del procedimiento concursal<sup>670</sup>.

Sin embargo, en el caso de que no se dé la insolvencia y aunque haya fracasado la negociación, no se iniciará el concurso del deudor ya que la falta de aprobación del AEP y a diferencia de lo que sucede en el caso de un posterior incumplimiento del pacto, no presume la existencia de insolvencia. Por este motivo, la decisión de la presentación del concurso consecutivo del deudor la adopta el mediador concursal bajo su responsabilidad pues si es grave la falta de promoción del concurso del deudor insolvente más lo es la presentación del mismo cuando no concurre insolvencia<sup>671</sup>.

Con anterioridad y desde el punto de vista procedimental, el concurso consecutivo era un concurso que no tenía opción a convenio y, por lo tanto, se abría inmediatamente la fase de liquidación (salvedad hecha del caso de insuficiencia de masa activa, art. 176 bis LC). Mientras que la fase común es una fase de tramitación necesaria en todo concurso, en el concurso consecutivo coexistían la fase común y la de liquidación<sup>672</sup>. Sin embargo, ahora no se abre automáticamente la fase de liquidación, cabiendo la posibilidad

---

<sup>669</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 880.

<sup>670</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 117.

<sup>671</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 117.

<sup>672</sup> SENÉS C., “El acuerdo extrajudicial...”, op. cit., p. 65.

de proponer convenio anticipado una vez “fracasado” el AEP, dando paso a alternativas de continuidad de la actividad empresarial y en consonancia con la filosofía de concesión de “segundas oportunidades”<sup>673</sup>.

En su redacción original, no existía otra opción que la de abrirse de manera irremediable y simultánea la fase de liquidación, esto es, no cabían más posibilidades de negociación de ahí que se viniese a excluir un procedimiento cuya solución fuese el convenio y, se actuaba de acuerdo con lo establecido en el Título V de la LC, aunque con una serie de peculiaridades expresadas por el mandato del art. 242.2 LC. Este planteamiento ha sido descartado por el RDL 1/2015, buscando la equiparación con los otros institutos preconcursales, dando cabida a la posibilidad de convenio anticipado.

Cabe destacar el hecho que este concurso, que cronológicamente se produce con carácter consecutivo si fracasa por diversas razones la negociación del AEP, no estamos ante un nuevo instituto, sino más bien es acogido por la normativa general de la LC. De este modo, la terminología del concurso consecutivo no puede llevarnos al error, ya que se le otorga un *nomen iuris* por el carácter temporal *a posteriori* del acuerdo extrajudicial y por las particularidades que plantea el art. 242 LC<sup>674</sup>.

Asimismo, llama la atención la circunstancia que la Ley nada aclara respecto al carácter automático de apertura del concurso consecutivo en consonancia con lo reglamentado en el art. 15.1 LC, en donde la declaración del concurso se lleva a cabo sin audiencia previa y emplazamiento del deudor para que proceda, según los casos, a oponerse a dicha resolución o, por el contrario, si cabría el emplazamiento del deudor en los términos prescritos por el art. 15.2 LC<sup>675</sup>. La intención del legislador es la de solventar

---

<sup>673</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 213.

<sup>674</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 208.

<sup>675</sup> “2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del previsto en el apartado anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

de la mejor forma posible la situación de dificultades económicas del deudor y asegurar que la declaración automática ha de ser interpretada de forma limitada.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta, en relación con la representación del deudor en el concurso consecutivo, que establece la Disposición Adicional Tercera de este RD 1/2015 que, por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 184 LC, la representación por procurador no es preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo. Esto reduce algo el coste; sin embargo, no se ha planteado la posibilidad que la solicitud se realice mediante formulario para el que no sería necesaria la firma e intervención de abogado.

Además, no se debe olvidar la aplicación de la disciplina contenida en el Título V, de la LC, Capítulo II, arts. 142 y siguientes, destinado a reglamentar la fase de liquidación, aunque es preciso tener en cuenta que el concurso consecutivo del art. 242, punto 2º, proclama una serie de especialidades que se han de apreciar y ponderar así como habrá de estarse al Capítulo I de la LC si lo solicitado es un convenio anticipado.

En efecto, el concurso consecutivo recogido en el art. 242 LC recibe una significativa revisión por parte del RDL 1/2015, intentando resolver, a su vez, algunas de las lagunas interpretativas que se han ido enunciando con anterioridad. Debe destacarse que esta materia ha sido reformada por el RDL mencionado, de un lado, incidiendo en las especialidades del concurso consecutivo del art. 242, apartado 2º LC, en un mandato extenso y con nuevas particularidades y, de otro, añadiendo un nuevo mandato del art. 242 bis destinado a ordenar el procedimiento (acuerdo extrajudicial) a seguir por el deudor persona natural no empresario<sup>676</sup>.

### 3.9.2.2. *Legitimación activa y causalidad del concurso consecutivo*

---

Admitida a trámite la solicitud, las que se presenten con posterioridad se acumularán a la primeramente repartida y se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los nuevos solicitantes sin retrotraer las actuaciones”.

<sup>676</sup> CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador...*, op. cit., p. 212.

En primer lugar, como se ha mencionado previamente, el concurso consecutivo debe ser solicitado por el mediador concursal, el deudor o los propios acreedores. En el caso de que sea el mediador quien inste el concurso consecutivo, se le requiere que aporte una serie de documentos, tales como el informe recogido en el art. 75 LC, que emite la administración concursal. Se incide en el hecho que si “el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe del art. 75 deberá presentarse en los 10 días siguientes al trascurso del plazo de comunicación de créditos”<sup>677</sup>.

En el supuesto de concurso de persona natural, deberá emitir el mediador su postura en cuanto a la concurrencia de los requisitos disciplinados para el aprovechamiento de la exoneración de pasivo insatisfecho de acuerdo con lo regulado en el art. 178 bis, o según los casos, proceda abrirse la sección de calificación. Se añade que, si el concurso se inicia a solicitud de los acreedores, también aquí el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio un plan de liquidación dentro de los 15 días siguientes a la declaración de concurso.

De este modo, el mediador tendrá la obligación de instar la declaración de concurso consecutivo, en los siguientes casos:

- i. Cuando dentro del plazo de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo necesario para aprobar el acuerdo, comuniquen la voluntad de no intervenir en el AEP (art. 236.4 LC).
- ii. Cuando cualquier acreedor de Derecho público decidiera no continuar con las negociaciones (art. 231.5.2º LC).
- iii. Cuando se produzca un incumplimiento del AEP (art. 241.3LC).
- iv. Cuando el plan de pagos no fuera aceptado y el deudor se encuentre en situación de insolvencia (art. 238.3 LC).
- v. Cuando hay una imposibilidad de alcanzar un AEP por no poder ni siquiera ser formulado (art. 3.1 LC en relación con el art. 242.1LC)

---

<sup>677</sup> Véase el artículo 242.2. 1ª b LC.

Fuera de los cinco supuestos anteriores, será el propio deudor quien deberá de solicitar la declaración de concurso una vez haya transcurrido tres meses desde la fecha de comunicación de inicio de negociaciones al juzgado y no haya logrado alcanzar un AEP con sus acreedores. Dicha situación no se producirá, si la declaración de concurso la ha solicitado el mediador concursal, o el propio deudor ya no se encontrará en situación de insolvencia (art. 5 bis.5º LC).

El deudor debe presentar su solicitud asistido por abogado y procurador, frente a lo que acontecía en el AEP, en el que dicha representación o defensa legal no era obligatoria<sup>678</sup>. Asimismo, se exige que acompañe a esta solicitud de concurso consecutivo los documentos enumerados en el art. 6 LC, con dos precisiones: de un lado, algunos de los requisitos documentales exigidos en dicho artículo ya se presentaron con la solicitud de inicio de un AEP ex art. 232.2 LC (inventario, lista de acreedores, estado civil del deudor) y se incorporan a la solicitud de concurso consecutivo, debiendo adaptarse a los requerimientos del concurso y actualizarse algunos de estos contenidos (por ejemplo, realizaciones del patrimonio o daciones en pago). De otro lado, habrán de completarse las exigencias documentales del inventario, muy genéricas en el AEP, debiendo ampliarse en el marco del concurso de acreedores, relacionándose bienes y derechos, indicándose su naturaleza, datos de identificación registral, valor de adquisición, e indicándose gravámenes, trabas y cargas que afecten a dichos bienes.

No se contiene en los preceptos de la LC reguladores del concurso consecutivo, referencia alguna al trámite de la solicitud del mismo por los acreedores ni a la previsión de formularios normalizados que faciliten dicha solicitud, frente a lo contemplado respecto de la solicitud del AEP. En este ámbito resultan de aplicación las normas generales sobre solicitud de concurso, que se complementan con las particularidades del concurso consecutivo.

Así, si son los acreedores los que instan el concurso consecutivo, deben reunir los requisitos contemplados en el art. 7.1 LC, expresando en su solicitud el título o hecho en que, de acuerdo con el art. 2.4 LC, funda su solicitud y la situación actual de su crédito, acompañando documento acreditativo. Respecto de la remisión expresa contenida en el

---

<sup>678</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 875.

art. 7.1 LC al art. 2.4 LC, hay que resaltar que, a los hechos en este último precepto enumerados y que constituyen una lista taxativa de hechos externos de concurso, operando a modo de requisito de procedibilidad del concurso necesario, deberían implícitamente añadirse como hechos los recogidos en el art. 242.1. LC, que permiten fundar la solicitud de concurso consecutivo<sup>679</sup>.

Ello debe acompañarse, además, de la referencia al nombramiento del mediador concursal y otros datos que permitan al juez comprobar que la solicitud de concurso ha venido precedida de un intento de incumplimiento de un AEP y, por ello, el concurso tendrá la consideración de consecutivo.

Asimismo, se exige al acreedor que aporte con su solicitud la documentación del mediador, notario, registrador de la Cámara de Comercio acreditativas de que el expediente de AEP ha concluido por las referidas causas.

Consecuentemente, la anulación del AEP alcanzado podrá determinar la declaración de concurso consecutivo a instancia del propio deudor, de sus acreedores o del mediador concursal<sup>680</sup>.

### *3.9.2.3. Especialidades del concurso consecutivo*

En el art. 242 LC se regulan las especialidades del concurso consecutivo que inciden en la solución o vía a través de la que puede desembocar el concurso, así como en la documentación a presentar con la solicitud de concurso, administración concursal, cómputo del plazo para la rescisión concursal, así como reconocimiento de créditos y exoneración del pasivo a la conclusión del acuerdo<sup>681</sup>.

La especialidad más importante del concurso consecutivo es que se podrá abrir la fase de liquidación art. 242.2.1º LC, y el juez ordenará la formación de la sección de

---

<sup>679</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 875.

<sup>680</sup> ROJO, Á. *Los efectos del concurso de acreedores*, APARICIO GONZÁLEZ, M.L., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. (Dir). Civitas, Madrid, 2014. p. 596.

<sup>681</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad...*, op. cit., p. 883.



calificación del concurso (art. 167.1 LC).

El concurso consecutivo puede ser no necesariamente de liquidación, dado que el artículo 242.2.1.º LC contempla la posibilidad de presentar por el deudor o mediador concursal una propuesta anticipada de convenio, salvo que se trate de personas físicas no comerciantes, pues el concurso consecutivo será liquidatorio en todo caso (art. 242 bis 1.10º LC). Por tanto, como principal novedad es que no se abre necesariamente la fase de liquidación, sino un procedimiento abreviado donde es posible el convenio.

Antes de la reforma de 2015, de manera necesaria e imperativa, salvo el supuesto de insuficiente de masa activa en los términos previstos en el art. 176 bis LC, se abría necesaria y simultáneamente a la declaración de concurso la fase de liquidación, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V LC. El concurso consecutivo era en todo caso un “concurso liquidación”. Ello no suponía que en el concurso consecutivo se prescindiese y obviase la fase común, sino que la misma coexistía con la de liquidación. únicamente se excluía la solución convencional del concurso<sup>682</sup>.

Por lo tanto, si se abortaba o fracasaba la negociación o, alcanzado el acuerdo de pago, se anulaba o incumplía el mismo, el deudor, de forma fatal y salvo que no fuera insolvente, devenía en un concurso de acreedores tendente, sin excepción alguna, a la liquidación de la deudora. De esta forma, se convertía el mecanismo extrajudicial en una forma de "tritadora" de empresas, ya que la liquidación concursal procedía independientemente que la deudora fuera viable o fuere factible estimar que en el procedimiento concursal podría alcanzar un convenio con sus acreedores tras la sustanciación de la fase común<sup>683</sup>. Irremediamente y de manera simultánea a la declaración de concurso del deudor, el juez, sin excepción, abría la fase de liquidación sin vincularse la misma a la situación económica o viabilidad de la empresa sino al mero fracaso de la negociación. De esta forma, se creaba un paralelismo entre lo mencionado aquí y la falta de aprobación del convenio en el concurso de acreedores (art. 143.1 LC).

La situación cambia tras la reforma de 2015, en la que la solución liquidativa se

---

<sup>682</sup> CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 143.

<sup>683</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 130.

impone de manera irremediable al deudor persona natural no empresaria, pues el art. 242 bis 1.10ª LC establece que, en tal caso, el concurso consecutivo se abra directamente en la fase de liquidación. Sin embargo, en el resto de supuestos, recogiendo las críticas formuladas a la imperativa finalidad liquidativa del concurso consecutivo contemplada en la anterior regulación, actualmente cabe optar por la solución convencional anticipada (pero no por la ordinaria) o, directamente, instar la apertura de la fase de liquidación<sup>684</sup>.

Por lo tanto, el concurso consecutivo únicamente desembocará en todo caso en liquidación en supuestos de deudor persona natural no empresario, con apertura de sección de calificación y sin que se prevea respecto de estos deudores, como ocurre en el modelo alemán o portugués, la posibilidad de que el mediador con anterioridad al concurso o el juez en el marco del concurso consecutivo imponga a los acreedores un plan de pagos forzoso, lo que contrasta con otros modelos de Derecho Comparado<sup>685</sup>.

La opción presente en el modelo español de conectar en todo caso el concurso consecutivo del deudor persona física no empresario a la liquidación probablemente se comprenda si se relaciona con los mecanismos exoneratorios de pasivo conectados en todo caso al concurso liquidación, siendo éste uno de los principales objetivos buscados por el deudor persona natural no empresario que acude a un AEP.

En supuestos de deudor empresario persona natural o jurídica, el concurso podrá terminar también en una vía conservativa a través de una propuesta anticipada de

---

<sup>684</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 131.

<sup>685</sup> En Francia, en supuestos en que fracase la actuación del “conciliador”, con anterioridad a la apertura de un procedimiento liquidatorio, *la Commission de Surendettement* en ocasiones con el apoyo de la homologación judicial en el marco del procedimiento de *surendettement* puede imponer un plan (plan imposé) (L331- *Code de la Consommation*) que afecta a acreedores personales e hipotecarios. En el Derecho Belga (Ley 5 julio de 1998, se prevé que, fracasando el acuerdo con el mediador un procedimiento judicial en el que el juez pueda imponer, con anterioridad a la liquidación un plan en un modo forzado. Asimismo, una imposición forzosa del acuerdo a los acreedores se contempla en el Derecho Italiano en el que si fracasa el plan de pagos elaborado por el consumidor con el organismo de carácter administrativo denominado “*organismo de composizione delle risis da sovraindebitamento*”, el plan es trasladado por este organismo administrativo al juez para que sea objeto de homologación judicial, sin necesidad de aceptación por los acreedores, con anterioridad a la apertura de un proceso liquidatorio. AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, pp. 883-884.

convenio, que se tramitará conforme a las previsiones del art. 191 bis LC y que el deudor o mediador concursal presentarán con su misma solicitud de concurso (art. 242.2.1º LC) o dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso, si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores<sup>686</sup>.

Si la solicitud de concurso la plantea el deudor o el mediador concursal, debe acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación que se rigen, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del Título V. Obviamente, la apertura de dicha fase de liquidación supone igualmente el inicio de la pieza de calificación en los términos de los arts. 164 y ss. LC. También procede la formulación del oportuno plan de liquidación (art. 148 LC), que si no se hubiese presentado por el deudor debe aportar el administrador concursal en el plazo improrrogable de 10 días desde la apertura de la fase de liquidación.

Esta solución es aplicable también en el caso de que el mediador concursal insta el concurso consecutivo, interesa la apertura de la fase de liquidación y no aporta plan de liquidación a su solicitud<sup>687</sup>.

De admitirse a trámite la propuesta anticipada de convenio, se seguirá la tramitación prevista en el artículo 191 bis LC.

En el caso de que la solicitud la formulase el mediador concursal se acompañarán, además, los siguientes documentos:

- El informe a que se refiere el artículo 75, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias.
- En caso de concurso de persona natural, deberá, asimismo, pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178

---

<sup>686</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 884.

<sup>687</sup> AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal...*, op. cit., 2016, p. 132.

bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación.

Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso (artículo 242.2.1 in fine LC).

Declarado el concurso consecutivo, deja de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal<sup>688</sup>.

En los concursos de personas físicas no comerciantes, en los que el notario no haya designado mediador, el juez deberá designar administrador concursal, que no tendrá la limitación de honorarios que sí prevé para el mediador concursal. El nombramiento de administrador, sea o no designado el mediador concursal, se efectuará por el juez en el auto de declaración de concurso.

Por otro lado, es necesario mencionar la fase de liquidación ya que como se ha dicho, con las reformas introducidas en la LC, el concurso consecutivo no siempre desemboca en liquidación. En los supuestos en los que el deudor o el mediador hubieran solicitado la liquidación o, en los de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, que se regirá por lo dispuesto en el Título V. Si no lo hubiera hecho el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación<sup>689</sup>.

---

<sup>688</sup> Como concreta PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos...”, op. cit., p. 8, esto significa que ex artículo 72.1 LC estará legitimado, ahora como administrador concursal, para el inicio de acciones rescisorias concursales, pudiendo, por tanto, utilizar en este ámbito, por expresa previsión legal, la información a la que haya podido acceder en su condición de mediador preconcursal.

<sup>689</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y...*, op. cit., p. 884.

En este caso, el concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación, con ocasión de formular alegaciones al plan de liquidación.

Sobre tales bases se mantiene respecto de la regulación anterior, que no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial. Asimismo, continúa la consideración de créditos contra la masa de los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos. Y para la determinación de los actos rescindibles, igualmente se contará el plazo de dos años desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

De todas formas, como novedad, se establece que los acreedores podrán impugnar en el plazo establecido en el art. 96 LC el informe de la administración concursal, tramitándose la impugnación con arreglo a lo establecido en el artículo 191.4 LC. Y, asimismo, se coordina con el régimen general de exoneración del pasivo al remitirse al artículo 178 bis LC, cuando en el caso de deudor persona física el concurso se calificara como culpable, y el juez en el auto de conclusión del concurso declarase la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación.

Los efectos que se producen debido a la fase de liquidación son los siguientes:

- i. Se suspenden las facultades patrimoniales y de disposición del concursado, siendo substituido por la administración concursal (que la integra el mediador concursal) (art. 145.1 LC).
- ii. Se suspende la extinción del derecho de alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuera imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge o pareja de hecho inscrita, o concorra alguna de las circunstancias previstas en el art. 25.3 LC (art. 145.2 LC).

- iii. Se declara el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146 LC).

La declaración de concurso, conlleva una serie de efectos que son los siguientes:

- i. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga la demanda de la que deba conocer el juez del concurso se abstendrá de conocer previniendo a las partes para que ejerciten sus derechos y acciones ante el juez del concurso. (art. 50 LC en relación con el art. 8 LC).
- ii. No se podrán iniciar ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni proseguir con ejecuciones de apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. (art. 55.1 LC).
- iii. Las ejecuciones o apremios que se hallen en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).
- iv. Se paralizará las ejecuciones de garantías reales en los términos establecidos en el precepto 56 LC.

Otra especialidad del concurso consecutivo es la conversión del mediador en administrador concursal. En todo caso, el juez, salvo justa causa, designará administrador del concurso al mediador concursal, precisamente, en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.

Se debe mencionar que, en el concurso consecutivo, no rige el principio de confidencialidad para el mediador concursal que siga con las funciones de administradores concursal. De este modo, la conversión del mediador en administración concursal le exonera de acatar el deber de confidencialidad.

No obstante, también se contempla una excepción a la referida regla general, que residiría en aquellos supuestos en los que el juez aprecie la concurrencia de “justa causa” determinante de que el mediador no sea designado administrador del concurso

consecutivo<sup>690</sup>.

La designación del mediador como administrador concursal en el concurso consecutivo, salvo justa causa, puede provocar en la práctica más de un problema interpretativo<sup>691</sup>, sobre todo si se tiene en cuenta que aquí será el juez a su voluntad quién resuelva tal situación. En este sentido, la norma no dice nada acerca de qué se ha entender como justa causa y, a tal fin, el juez ha de motivar ese “salvo justa causa”.

En la redacción inicial se apuntaba que se tendrían en consideración circunstancias excepcionales para determinar la retribución, ahora ha desaparecido de la redacción, toda vez que había que calibrar cuáles pudieran ser esas causas excepcionales, puede pensarse que se apreciará la complejidad del caso para aumentar la retribución, pero se deja a elección del juez.

En relación a la concurrencia de la referida “justa causa”, que deberá recogerse expresamente en el auto en el que se declare el concurso consecutivo, se suscitan cuáles serían los motivos determinantes de que el juez opte por no designar como administrador concursal al mediador. Entre estos motivos se situaría la no inclusión del mediador en las listas de los colegidos de administradores concursales como “justa causa” para decidir no nombrarle como tal. Ello puede ocurrir en la práctica, dado que, aun cuando será frecuente que quienes integren los listados de personas habilitadas para ser mediadores concursales, estén también incluidos en los listados de administradores concursales, sin embargo, no hay obligación legal de estar incluidos en ambos listados<sup>692</sup>.

Cierto es que esta situación sería salvable siempre que aquellas personas que sean mediadores aparezcan también en la lista de administradores concursales, es decir, se encuentren en ambas listas, o por el contrario, sería el notario, Cámaras Oficiales o el registrador mercantil como sujetos que designan al mediador, quienes han de tener en

---

<sup>690</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y...*, op. cit., p. 889.

<sup>691</sup> En opinión de BAENA BAENA “(...) no parece técnicamente adecuado que una de las posibles consecuencias del fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos sea que el mediador, en algún supuesto, pudiera salir beneficiado con su nombramiento como administrador concursal”. BAENA BAENA, P.J., “El concurso consecutivo”, *ADCo*, núm. 33, 2014, pp. 18 y ss.

<sup>692</sup> *Ibidem*.

consideración la precitada lista de administradores concursales y la de mediador y hacer coincidir dicha situación en sujetos que tengan ambas posibilidades con carácter prioritario. Sin embargo, esta solución planteada no se intuye de ninguna norma, ni en particular, del art. 19 del RDL 980/2013.

También concurre la justa causa en supuestos en que, durante la tramitación del AEP, se haya manifestado alguna incapacidad, incompatibilidad o prohibición para ser administrador concursal ex art. 28 LC o concurra alguna causa de separación sobre la base del art. 37 LC<sup>693</sup>.

Si el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe del artículo 75 deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos.

Por lo tanto, la única especialidad orgánica consiste en que, como norma, "salvo justa causa", el juez nombrará administrador del concurso al mediador concursal, el cual no podrá obtener una mayor retribución que la establecida en el procedimiento extrajudicial (art. 242.2.1ª LC). No obstante, esta regla no es absoluta. El mediador concursal no podrá percibir por este concepto más retribución que la se fije en el expediente extrajudicial, a menos que se hayan producido circunstancias excepcionales y previa petición motivada y trámite contradictorio, se apruebe otra cosa (art. 34 LC y RD 1860/2004<sup>694</sup>).

Se establece la prohibición de que el mediador concursal acepte retribución complementaria y estará obligado a atender para poder conservar la masa activa del modo más conveniente para los intereses del concurso. Podrá solicitar el auxilio necesario y la autorización judicial en el caso de gravamen o de enajenación de bienes o derechos que integren la masa activa en los casos previstos en el art. 43 LC, deberá realizar un escrito motivado, con la correspondiente propuesta de venta e identificación de las condiciones

---

<sup>693</sup> *Ibidem*.

<sup>694</sup> Auto nº 1338/2014, *Ibid*. FJ 4º.



de la misma<sup>695</sup>.

Respecto de esta norma sobre la retribución caben dos posibles significados. Por un lado, considerar que el administrador no puede percibir en el concurso consecutivo salario alguno; por otro lado, concebir que la remuneración que perciba el administrador en el concurso consecutivo habrá de ser la misma que la que hubiese obtenido en el procedimiento extrajudicial. Independientemente de la interpretación que se defienda, lo cierto es que esta especialidad de la retribución tiene el objetivo de fomentar la función negociadora del mediador concursal, evitando cualquier incentivo económico derivado del posible concurso consecutivo.

Otra especialidad es contenida en el art. 242.2.3ª LC que hace referencia a la consideración de los gastos del expediente como créditos contra la masa. En este punto, hemos de apreciar como gastos derivados la remuneración del mediador concursal que en parangón con lo que sucede con la administración concursal, son acogidos como créditos contra la masa (arts. 34.1 y 84.2º LC).

En efecto, entre las especialidades derivadas de la apertura del concurso consecutivo viene proporcionada por la delimitación de la masa pasiva, al punto que los gastos (créditos) contra el deudor que se generasen durante la tramitación del acuerdo extrajudicial tendrán la estimación de créditos contra la masa. Estos créditos pueden ser de dos clases. El primero lo constituyen los créditos derivados de gastos del expediente extrajudicial. Dentro de esta categoría se incluyen los correspondientes a la retribución del mediador concursal. El segundo engloba los créditos creados durante la tramitación del expediente extrajudicial que llegado el concurso no hubieran sido satisfechos y que, en todo caso, merecerían la consideración como créditos contra la masa conforme al art. 84 LC<sup>696</sup>.

Finalmente, la especialidad sustantiva más importante del concurso consecutivo es la previsión de un mecanismo de exoneración de deudas para el empresario persona física: en el supuesto de deudor empresario persona natural, si el concurso recibe la

---

<sup>695</sup> Auto nº 361/2014, ob. cit. FJ 3º.

<sup>696</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo...”, op. cit., p. 55.

calificación de fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho Público, siempre que sean satisfechos íntegramente los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados” (art. 242.2.5a LC). Estamos ante la llamada “segunda oportunidad” o “*fresh start*”, regulada por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de que tenga efectos muy restringidos. Este mecanismo exoneratorio constriñe el principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 C.c.).

#### 3.9.2.4. *Procedimiento*

En cuanto a la solicitud que inicia el procedimiento, mencionar que es preceptivo que la misma cumpla los requisitos y los documentos que se regulan en el art. 6 LC, de dicha documentación se deberán desprender que el deudor se encuentra en una situación de insolvencia actual<sup>697</sup>. Tras analizarse la documentación aportada en la solicitud, se procede a dictar un auto declarando el concurso consecutivo art. 242 LC.

En cuanto al procedimiento, cabe destacar la incorporación de un nuevo numeral 1ª al art. 242, apartado 2º, cuyo contenido revierte la situación original de este concurso consecutivo, toda vez que en la redacción original implicaba la apertura inmediata de la fase de liquidación. Ahora, lo más significativo, sin lugar a dudas, es que no se abre de forma automática la fase de liquidación, sino que cabe la posibilidad de proponer convenio anticipado una vez “fracasado” el AEP, abriendo paso a alternativas de continuidad de la actividad empresarial y en consonancia con la filosofía de concesión de “segundas oportunidades”.

El procedimiento aplicable será el abreviado, en el caso que la lista que presente el deudor incluya menos de 50 acreedores, que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros, y por último que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Esta formulación no aparecía en la redacción inicial del precepto, aunque, por otro lado, es comprensible si se tiene en cuenta los presupuestos contenidos en el art. 231 LC referido a la cuantía del pasivo del deudor beneficiario de este expediente extrajudicial (inferior a los 5 millones de euros) y, que no implique

---

<sup>697</sup> Auto (Juzgado de lo mercantil, núm. 1 de Málaga) nº 1338/2014, de 30 de septiembre de 2014, FJ 3º.

complejidad, remitiéndose al art. 190 LC, referente al procedimiento abreviado.

Si el concurso consecutivo fuera instado por los acreedores, el deudor tiene la opción de presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los 15 días siguientes a la declaración de concurso (art. 242.2 LC).

Al mediador concursal se le establece el plazo de dos meses para la presentación del informe a partir de la fecha de aceptación del cargo. Además, el mismo facilitará una dirección de correo electrónico para poder realizarse las notificaciones. Cabe mencionar que el mediador concursal deberá de aportar el seguro de responsabilidad civil. Y respecto de su actividad, se exige la aportación de tres copias en papel y una digital por cada escrito que realice al juzgado competente<sup>698</sup>.

#### 3.9.2.5. *Publicidad*

Respecto de la publicidad y conforme al art. 21 LC, se procederá a llamar a los acreedores para que pongan en conocimiento sus créditos, en el plazo de un mes contando desde la publicación de la resolución en el BOE. En este sentido, se publicitará el concurso consecutivo voluntario en el BOE mediante extracto, de manera gratuita y con mayor urgencia posible (art. 21.1. 6º LC en concordancia con el art. 23.1.2 LC).

En virtud del artículo 24 LC, se publicará en el Registro Civil la declaración de concurso con suspensión de las facultades administrativas y de disposición, además del nombramiento del mediador concursal como administrador concursal. Además de la inscripción en los registros públicos de bienes y derechos del deudor, mediante anotación preventiva en el folio correspondiente de cada uno de ellos, incluyendo la declaración de concurso consecutivo y el nombramiento del mediador concursal.

A tal efecto, como la resolución acuerda el régimen de suspensión de las facultades de administración y disposición de bienes y derechos que integran la masa activa del concursado, se deberán de identificar todos los bienes y derechos inscritos en los Registros públicos para que el registrador mercantil pueda remitir una certificación

---

<sup>698</sup> Auto nº 1338/2014, Ibid. FJ 4º.

con el contenido de la resolución dictada por el juez mercantil del concurso, al Registro de la Propiedad, al Registro de Bienes Muebles o a cualquier otro Registro Público (art. 321 RRM en relación con el art. 323 RRM)<sup>699</sup>.

### 3.9.2.6. Recursos

Finalmente, los recursos que se pueden interponer se detallan a continuación:

- i. Contra el pronunciamiento sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabe recurso de apelación a interponer en el plazo de 20 días.
- ii. Contra los demás pronunciamientos contenidos en el auto, las partes se podrán oponer mediante recurso de reposición a interponer en el plazo de 5 días<sup>700</sup>.

El plazo mencionado en el primero y segundo apartado, es a contar desde el momento de la publicación del extracto de la declaración de concurso en el BOE.

Para los recursos de apelación y reposición será necesario un depósito de 25 a 50 €, que se deberá de consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado competente (arts. 451 y 452 LEC, y Disp. Adicional Decimoquinta LOPJ por la LO 1/2009 de 3 de noviembre)<sup>701</sup>.

### 3.9.2.7. Responsabilidad del mediador ante la no solicitud del concurso

Para analizar la responsabilidad del mediador ante la no solicitud del concurso, debe tenerse en cuenta que el mediador tiene un deber legal de instar el concurso consecutivo en varias situaciones, sin que esté clara la naturaleza de su responsabilidad a partir del incumplimiento de ese deber<sup>702</sup>.

---

<sup>699</sup> Auto nº 1338/2014, ob. cit. FJ 6º.

<sup>700</sup> Auto nº 361/2014, ob. cit. FJ 6º.

<sup>701</sup> Ibid. FJ 6º.

<sup>702</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "El acuerdo extrajudicial...", op. cit., p. 49-51.

La determinación del incumplimiento pasa por la repetición en varias disposiciones de la exigencia de una conducta del mediador de especial diligencia con respecto a esta actuación iniciadora del concurso.

Los arts. 236.4 y 238.3 LC comparten la exigencia al mediador concursal a fin de que su solicitud de concurso se presente de inmediato. Lo hacen ante situaciones que afectan directamente a la labor del mediador, pero que son igualmente conocidas por el deudor y los acreedores que, como sabemos, están igualmente legitimados para formular idéntica solicitud, pero a los que la LC no atribuye esa urgente actuación. No lo hace porque las posiciones son distintas, no sólo entre ellos sino con respecto al propio mediador.

El deudor asume el deber de solicitar su concurso en los términos impuestos por el art. 5 LC. Los acreedores no tienen ese deber, a diferencia del mediador, aunque en relación con un escenario singular como es el que justifica su intervención y cuyo desarrollo reclama que, ante la perturbación del fin al que sirve el régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos, sea el mediador quien lo ponga de manifiesto a través de la correspondiente solicitud. La presentación de ésta alerta a todos los interesados en la marcha del deudor sobre la no superación de su insolvencia por medio del expediente extrajudicial, estuvieran o no afectados por los efectos del eventual acuerdo. De ahí que sea la relación entre el papel del mediador concursal y esos intereses generales la que dote de sentido a esa exigencia legal de actuación urgente o inmediata.

### **3.9.3. Conclusión por insuficiencia de la masa activa**

Una idea esencial que no debemos de olvidar es que el concurso de acreedores persigue una doble finalidad, que es la satisfacción de los acreedores a través del convenio con el deudor y en el caso de no ser posible, la liquidación del patrimonio del deudor<sup>703</sup>, junto con el mantenimiento de la actividad empresarial. Además, las últimas reformas

---

<sup>703</sup> VIAÑA RANILLA, A.I., “La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. El orden de pago de los créditos contra la masa en el artículo 176 bis de la Ley Concursal”, MARTÍN MOLINA, PB., LOPO LÓPEZ, M.A., y CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Coords). *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid, 2014, pp. 229-239.

concursoales han tenido como objetivo abaratar los costes del concurso y que la finalización de los mismos sea por vía de convenio o de liquidación. Pero con la reforma de la Ley 38/2011 se introduce una nueva causa, la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa regulada en el art. 176 bis LC<sup>704</sup>.

El artículo 242 LC determina que el concurso consecutivo de persona natural no empresario será bajo el procedimiento de liquidación. El mediador deberá de informar sobre este mismo hecho. En caso de persona natural, se deberán de cumplir los requisitos del art. 178 bis, lo cual propicia la exoneración del pasivo insatisfecho<sup>705</sup>.

Según el primer apartado de este artículo, el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras haber finalizado el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa (en este caso, estamos ante el segundo supuesto).

La exoneración del pasivo insatisfecho no se declara de oficio por el juez, ni opera

---

<sup>704</sup> VIAÑA RANILLA, A.I., “La conclusión del concurso...”, op. cit., pp. 229-239.

<sup>705</sup> La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización modifica el art. 178.2 LC introduciendo la figura del *fresh start*. [JIMÉNEZ PARÍS, T.A. El *fresh start* introducido en el Derecho Español por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo de los emprendedores y su internacionalización. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (en adelante, RCDI), 2014. núm. 745, págs. 2589-2599]. Estudia cómo se introduce el mecanismo de exoneración de deudas pendientes tras el proceso de liquidación, siempre y cuando el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos. El objetivo de dicha figura jurídica es que la deuda condonada no podrá ser exigida por los acreedores ni fiadores. Debido a la aplicación del *fresh start* las deudas de derecho público y las multas penales tienen un tratamiento especial ya que quedan excluidas de la exoneración. El *fresh start* restringido regulado en el art. 178.2 se aplica a toda persona natural (sea consumidor o empresario), en cambio el *fresh start* amplio se aplica a empresarios personas físicas (pero no a consumidores) según el art. 178.2 *in fine*. El requisito esencial para la aplicación del *fresh start* es que el concurso concluya en liquidación y que el deudor no haya sido declarado como culpable y que carezca de antecedentes penales por delitos relacionados con las situaciones de insolvencia o con cualquier delito recogido en el art. 260 CP. Es indispensable que los créditos contra la masa hayan sido satisfechos íntegramente y el 25 % de los créditos concursales privilegiados. (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, núm. 98/2015, de 28 de marzo, FJ. 1º). La condonación de deudas oscila entre el 75% (en el *fresh start* restringido) y el 100 % (*en el fresh start amplio*) tanto del pasivo ordinario como de la totalidad del pasivo subordinado

con automatismo, sino que ha de ser solicitada por el deudor concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de masa activa y dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido, conforme a lo establecido en el art. 152.3 LC, sin que se establezcan requisitos formales a los que haya de adecuarse la solicitud del deudor.

El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya atribuido de acuerdo con lo establecido en el artículo 152.3 (art. 178 bis 2 LC).

Únicamente se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe. Constituiría así, en el modelo español, la buena fe un concepto normativo y no valorativo, cuyo contenido se determina legalmente sin que se conecte esa buena fe a las causas que provocaron la insolvencia<sup>706</sup>.

En este sentido, se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se den los siguientes requisitos (art. 178 bis 3 LC):

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable. En otras palabras, el concurso ha sido fortuito, no reputándose por tanto concurrencia de buena fe en el deudor si ha generado o agravado al menos con culpa grave su insolvencia. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del art. 165.1.1.º el juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se aprecie dolo o culpa grave del deudor.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. De este modo, se persigue el establecimiento de una condición objetiva, situada en la ausencia de condena penal, como criterio para conceder el beneficio de la exoneración, excluyéndose todo margen de apreciación por parte del

---

<sup>706</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso* y..., op. cit., p. 920.

juez<sup>707</sup>.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un AEP. Ello se conecta a efectos de prueba con el formulario normalizado a través del que se exige presentar la solicitud del AEP en el art. 232.2 LC y aprobado en virtud de Orden JUS 2831/2015, de 17 de diciembre.

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

5.º Que, alternativamente al número anterior:

- i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.
- ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.
- iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
- iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
- v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años. Únicamente tendrán acceso a esta sección las personas que tengan interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose en todo caso que tienen interés quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por éste y que esté condicionada a su solvencia, así como las Administraciones Públicas y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. La apreciación de dicho interés se realizará por quién esté a cargo del Registro Público Concursal.

De la solicitud del deudor se dará traslado por el Secretario Judicial a la Administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de cinco días para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio.

Si la Administración concursal y los acreedores personados muestran su

---

<sup>707</sup> PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y...*, op. cit., pp. 921-922.



conformidad a la petición del deudor o no se oponen a la misma, el juez del concurso concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación.

La oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos del apartado 3 y se le dará el trámite del incidente concursal. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número 5.º del apartado 3 se extenderá a la parte insatisfecha de los siguientes créditos (art. 178 bis 5 LC):

1.º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, y exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

2.º Respecto a los créditos enumerados en el artículo 90.1, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos. Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida.

Si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común.

Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés (art. 178 bis 6 LC).

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.

Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica

Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados. Se exceptúan de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 LEC.

También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos:

- a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.
- b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pagos, o.
- c) Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.

La solicitud se tramitará conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio verbal. En caso de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los

créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Una vez transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

También podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el artículo 1 del RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

Contra dicha resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior.

El mencionado precepto legal se debe de relacionar con el art. 176 bis del mismo texto legal que establece “que precederá la conclusión de concurso por insuficiencia de la masa cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de

impugnación o de responsabilidad de terceros.”

Por consiguiente, en el apartado 4º del art. 176 bis, se introduce “si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá de liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho” .

Un claro ejemplo, lo encontramos en la SJM 474/2015, de 2 de junio de 2015<sup>708</sup> dónde se acredita la insolvencia del deudor, se declara concurso consecutivo. Además, se declara la conclusión por insuficiencia de la masa activa conforme al art. 176 bis ya que en este caso el deudor tiene un patrimonio que se integra en la masa activa que es el sueldo de 2.527.81 €, y carece de cualquier ingreso regular. Igualmente se debe de tener en cuenta, que una parte del sueldo es inembargable así se regula en el art. 607.1º LEC<sup>709</sup>. Señalando que la cantidad de pasivo asciende a 420.000 €. De la memoria aportada por el mediador concursal se extrae la conclusión que no son previsibles acciones rescisorias o de responsabilidad de terceros.

Consecuentemente, se nombra al mediador concursal para que proceda a liquidar los bienes de la empresa concursada y pueda satisfacer el pago de los bienes contra la masa que se hayan generado – tanto los referidos al proceso extrajudicial como los del mismo proceso de declaración de concurso-. Por consiguiente, deberá de rendir cuentas y emitir informes para cumplir los requisitos para la exoneración de pasivos concursales<sup>710</sup>.

Relacionado con la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa que viene regulado en el art. 176 bis LC, hallamos el precepto 178 bis LC que prevé la exoneración del pasivo por insuficiencia de la masa.

Mediante este artículo, se introduce el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor de una persona natural, siempre que se trate de un deudor de

---

<sup>708</sup> Sentencia del Juzgado de lo mercantil, nº 3 de Barcelona nº 474/2015, de 2 de junio de 2015, F.J. Único.

<sup>709</sup> BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

<sup>710</sup> Véase el artículo 178 bis apartado 4º II LC.

buena fe (art. 178 bis LC). Es imprescindible que el deudor sea persona natural que su concurso haya concluido por liquidación o por insuficiencia de la masa activa (art.176 bis apdo.1 y apdo. 4º LC).

En el procedimiento para poder establecer el beneficio de exoneración al deudor, se distinguen dos fases. La primera de ellas, es el reconocimiento provisional del beneficio que está integrado por la solicitud y la tramitación del mismo y finaliza con la resolución que exonera con la totalidad o parte del pasivo pendiente de manera provisional (art. 178 bis apdo. 4º LC).

La segunda fase, comienza a computar desde el día que se establece parcialmente la exoneración del pasivo insatisfecho, en la cual el deudor tiene que hacer frente a los aplazamientos de las deudas conforme al plan de pagos que ha establecido el juez. El plazo para que el beneficio de exoneración sea definitivo es de cinco años (art. 178 bis apdo. 8º LC).

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extiende a la parte a la que el deudor no haya podido hacer frente a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de la conclusión del concurso, así como a los créditos privilegiados que no se hayan podido satisfacerse a la ejecución de garantía.

La concesión del beneficio de exoneración regulado en el art. 178 bis apartado 3º LC, será otorgado por el juez del concurso previo trámite a una audiencia de los acreedores que será solicitada por el propio deudor.

Los acreedores podrán oponerse a la concesión del beneficio de exoneración cuando el deudor no cumpla los requisitos establecidos en el ya mencionado art. 178 bis apartado 3º LC, como son que debe ser deudor de buena fe, y que haya atendido a los créditos exigibles y que presente un plan de pagos. También que hubiera mejorado su situación económica o que constasen bienes o ingresos que hubieran sido ocultados. Dicha oposición será tramitada por la vía del incidente concursal y concluirá con una sentencia.

Transcurrido el periodo de cinco años sin que haya habido revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, el Juez del concurso a petición del deudor, dictará auto declarando el carácter definitivo de la exoneración.

Si no se solicita la revocación de este beneficio, el deudor podrá solicitar que se dicte un auto reconociendo definitivamente la exoneración. También se podrá declarar tal reconocimiento, cuando el deudor no haya podido cumplir íntegramente el plan de pagos, siempre y cuando haya podido cumplir mediante al menos con la mitad de los ingresos percibidos en los cinco años<sup>711</sup>.

Al respecto, el art. 176.3 LC ha sufrido una modificación en virtud de la cual se permite al deudor persona natural la solicitud del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho mientras tramita el incidente concursal de oposición a la conclusión del concurso. Y el art 176.4 LC, en caso de persona natural se introduce la posibilidad de que el Juez del concurso designe un administrador concursal que liquide los bienes existentes y pague los créditos contra la masa. Una vez concluida la liquidación al deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

La exoneración de deudas no se efectúa de una manera completa, ya que no se incluyen las deudas de las administraciones públicas y las deudas por alimentos derivadas de las sentencias de divorcio<sup>712</sup>.

---

<sup>711</sup> Véase el Título I, del artículo 1º apdo. 1º del RDL 1/2015.

RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. BOE núm. 51, de 28 de febrero.

<sup>712</sup> NAVAZO CAMPOS, A., "La insolvencia personal en el RDL 1/2015: segunda oportunidad y acuerdo extrajudicial de pagos", *RDS*, núm. 6, 2015, p. 101.

## CONCLUSIONES

En la realización de la presente tesis, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.** Con las últimas reformas legislativas, se pone de manifiesto el empeño del legislador en incentivar la actividad empresarial. Ello se hace mediante el establecimiento de unas medidas que pretenden evitar la creencia del potencial emprendedor de que el inicio de dicha actividad empresarial o profesional va a determinar, en el supuesto de que llegue a encontrarse en una situación de crisis económica empresarial, una obligación eterna de pago frente a sus acreedores.

De este modo, se ha configurado un nuevo procedimiento separado del concurso de acreedores -el AEP- a fin de solventar ciertos problemas concurrentes en las PYMES desde la promulgación de la LC. En especial, el derivado del coste subyacente al procedimiento judicial y con el riesgo real de prolongación en el tiempo. Cuestión a considerar en la situación actual de colapso en los Juzgados y que, a veces, va a dejar al deudor en una situación similar o peor -por el aumento del pasivo derivado del coste del procedimiento concursal- a la previa del concurso de acreedores.

**SEGUNDA.** Todavía es pronto para concluir la efectividad de este método de resolución de conflictos de impagos, ya que, la mediación concursal se ha introducido hace relativamente poco en nuestro ordenamiento jurídico y, a mayor abundamiento, en España se tiende más a acudir a los tribunales que a los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos. A pesar de que la mediación en el ámbito civil y mercantil ha avanzado en los últimos años, aún estamos lejos de alcanzar los niveles de uso de la mediación que se da en determinados países de nuestro entorno, como el Reino Unido.

**TERCERA.** La mediación concursal consigue apartar de los juzgados la fase común del concurso de acreedores y, en el mejor de los casos, con la consecución de un AEP, se evita en su totalidad que se le dé trámite al concurso. Por ello, es una ventaja a tener en cuenta su menor coste con referencia al procedimiento concursal.

A mi juicio, y como manifiesta de forma casi unánime toda la doctrina especializada en el concurso, el mediador concursal no debería recibir tal calificativo. No solo promueve formalmente el proceso, sino que participa activamente (pro-activo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además supervisa el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final, lo que le aleja de lo que tradicionalmente se entiende como mediador.

Además de la ventaja económica puramente procesal mencionada, se le permite al deudor continuar con su actividad empresarial, lo cual supone que puede continuar obteniendo ingresos por su actividad profesional. No solo eso, sino que dejan de devengarse intereses durante el plazo de negociación del AEP y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo.

**CUARTA.** Con respecto a las ventajas de carácter publicitario, me refiero a que el concurso de acreedores se debe publicar en el BOE, siendo la fecha de publicación crucial para ciertos trámites procesales concernientes al concurso. En cambio, el inicio de las negociaciones para el AEP no debe publicarse en el BOE y, por lo tanto, permite llevar el proceso con discreción mientras que el deudor puede continuar con su actividad empresarial. El carácter menos público de la mediación frente al concurso es otra ventaja a tener en cuenta a la hora de tomar una decisión con respecto a la situación de insolvencia en la que se puede ver envuelto el deudor. Sin embargo, la exigencia de publicidad para el inicio del procedimiento extrajudicial de pagos, que contrasta con los acuerdos de refinanciación, da lugar a uno de los riesgos que se asocia a la tramitación de los procedimientos de índole concursal y preconcursal, la estigmatización del deudor incurso. Cuando los operadores conocen la delicada situación económica del deudor podrán optar por contratar con un competidor del deudor, por miedo a que éste no pueda cumplir con las obligaciones asumidas, lo cual puede derivar en un perjuicio para el propio contratante.

**QUINTA.** Consideramos positiva la ampliación del ámbito subjetivo para poder optar por el procedimiento extrajudicial de pagos según el art. 231 LC. De este modo, cualquier persona física o jurídica, comerciante o no, que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros, podrá acceder a dicho remedio preconcursal. Esta ampliación



debe reputarse como positiva puesto que no tenía motivo alguno que el procedimiento para alcanzar un AEP, estuviera vetado al consumidor, y se centrara solo en deudores personas físicas o jurídicas que desarrollasen una actividad profesional o empresarial.

Por lo que respecta al presupuesto objetivo del AEP, consideramos que se debería resolver los inconvenientes propios de la insolvencia mucho antes y limitarlo a una insolvencia inminente, antes que la insolvencia actual, si lo pretendido es prevenir y evitar “males mayores”.

**SEXTA.** Además, a partir de la reciente reforma operada por el RD 1/2015 se atribuye al notario la labor de negociador en los AEP cuando el deudor sea un consumidor, supuestos donde previsiblemente el número de acreedores será más reducido y por tanto de menor complejidad, por lo que la formación del notariado constituye garantía suficiente para su desempeño.

**SÉPTIMA.** Pese a que la reforma introducida por RDL 1/2015 y la Ley 25/2015 debe ser valorada de forma positiva, sobre todo, en cuanto a la matización y resolución de algunas dificultades interpretativas que planteaba la redacción original, la regulación actual sigue conteniendo algunos aspectos que resultan difíciles de entender en comparación con las otras soluciones conservativas reguladas en la LC. En este sentido, no se entiende porqué se imponen límites más estrictos en el ámbito de la negociación preconcursal que en el propio procedimiento concursal. Si el pacto resulta conveniente en el ámbito concursal lógicamente también lo será en el expediente negociador previo. No se comprende que se haya de tramitar un concurso de acreedores para llegar a un acuerdo que las partes consideran beneficioso en el ámbito preconcursal.

Además, otros institutos como el concurso consecutivo de persona natural no empresario ex art. 242 bis LC está incompleto en tanto en cuanto las estipulaciones marcadas ofrecen un tratamiento diferenciado y “peor” que para el resto de deudores (recorte del tiempo de negociación y los efectos inherentes al AEP, siendo el notario el mediador o la apertura inmediata de la liquidación sin otra solución).

**OCTAVA.** Otra crítica del actual AEP está relacionado con el mecanismo de impugnación previsto en la LC. Esta impugnación supone vehicular la reacción de los acreedores afectados por el AEP cumpliendo razones de salvaguarda del derecho de defensa y de tutela judicial efectiva, a la vista de los trascendentes efectos que provoca AEP. No obstante, este derecho tiene una configuración muy restrictiva, lo que dificulta en gran medida el ejercicio de dicha acción. Este carácter restrictivo se puede apreciar tanto en la regulación sobre la legitimación como en los casos de impugnación contemplados, pero principalmente en el plazo de 10 días para el ejercicio de la acción. Llama la atención la brevedad del plazo que otorga la ley a los acreedores para impugnar el acuerdo, que no tiene parangón en nuestro ordenamiento. No solo eso, sino que, además, los efectos generados por el establecimiento de un plazo tan breve se ven agravados aún más por el hecho de que comience a correr con la publicación en el Registro Público Concursal del acuerdo objeto de impugnación, sin que exista notificación personal a cada uno de los afectados. De este modo, el acreedor que rechace la propuesta, pero al que se le pueda aplicar los efectos del acuerdo, deberá permanecer atento a lo publicado en el Registro Público Concursal, pues la ley no contempla ninguna notificación de carácter personal sobre el acuerdo rechazado por él, pero que finalmente sí le será de aplicación. Incluso es peor la situación de aquel acreedor al que no se le ha comunicado la existencia del AEP y en consecuencia no fue convocado a la reunión general del art. 237 LC. Este acreedor, al que la ley otorga legitimación activa, sufre un desamparo completo pues difícilmente estará pendiente de las publicaciones del Registro Público Concursal si desconoce la propia existencia del procedimiento extrajudicial de pagos.

**NOVENA.** El ofrecimiento por el legislador de un nuevo modelo de resolución de situaciones de crisis empresariales o de insolvencia con menores costes y con unos plazos determinados, junto a la posible extinción de las deudas, puede llevar a los potenciales emprendedores de actividades empresariales a arriesgar en el inicio de una actividad de este tipo. El resultado final es la ampliación e impulso de la red empresarial a nivel estatal e, indirectamente, se mejora la situación económica y, a menudo, la situación del mercado laboral del país. Por otro, se agradece la configuración legal de otro instituto preconcursal como herramienta menos gravosa y más flexible para solventar la situación de insolvencia o dificultades económicas coyunturales.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 273-289.
- AGUILERA ANEGÓN, G., *El Anteproyecto de Ley Concursal y el Registro de la Propiedad*, Colegio de Registradores, Madrid, 1997.
- ALCOVER GARAU, G., “Consideraciones generales sobre una alternativa a la reforma propuesta del Derecho concursal español”, *RDS*, núm. 6, 1996.
- ALCOVER GARAU, G., “Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos”, *Diario La Ley*, 2014, p. 2.
- ALFONSO SÁNCHEZ, R., “El concurso consecutivo” en BOLDÓ RODA, M. C. (Dir.), *La Mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ALONSO-MUÑUMER, M. E., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley monografía, *RDCP*, núm. 6, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., “El mediador en asuntos civiles y mercantiles”, *Diario La Ley*, núm. 8328, 2014.
- ANGUITA RÍOS, R.M., “El viacrucis del notario”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 38, 2015, pp. 101-143.
- ARIAS VARONA, F.J. (Dir.), *Conservación de empresas en crisis. Estudios jurídicos y económicos*, La Ley, Madrid, 2013.
- AZNAR GINER, E., “La actuación del mediador concursal durante la negociación de un acuerdo extrajudicial de pago”, *Revista vLex*, núm. 13, 2015, pp. 103-137.
- AZNAR GINER, E., *Mediación Concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, 2ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- AZOFRA VEGAS, F., *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, Editorial Reus, Madrid, 2017.

- BAENA BAENA, P.J., “El concurso consecutivo”, *ADCo*, núm. 33, 2014, pp. 11-61.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BARRERO RODRÍGUEZ, E., “Reformas concursales desconcurzalizadoras: valoración y perspectivas”, *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 271-282.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E., “La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores”, *ADCo*, núm. 11, 2007, pp. 29-52.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la exoneración del pasivo concursal en el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”, *CDC*, núm. 63, 2015.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Los acuerdos extrajudiciales de pago tras la reforma operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de segunda oportunidad”, *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 347-362.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., CALLEJO RODRÍGUEZ, C., FLORES DOÑA, M.S., RAGA GIL, J.T., *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BLANCO CARRASCO, M., “Alternativas en la protección de los deudores hipotecarios: la dación en pago, alquiler social y mediación concursal”, RAGA GIL, J.T. (Dir.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión*, Dykinson, Madrid, 2016.
- BOLDÓ RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, en BOLDÓ RODA, M. C. (Dir.), *La Mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- BORONAT OMBUENA, G., y RUIZ HALL, D., “Mediación mercantil: alternativa jurídica para las empresas”, *Estrategia Financiera*, núm. 329, 2015, pp. 24-33.
- CABANAS TREJO, R., “El notario en el acuerdo extrajudicial de pagos”, *Revista la Notaria*, núm. 1, 2015, 52-73.

- CABANAS TREJO, R., “El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero)”, *La Ley*, núm. 8505, 2015, p. 1.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., “El seguro del mediador concursal”, *RDS*, núm. 159, 2014, pp. 257-284.
- CANDELARIO MACÍAS, M.I., *El mediador concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CARRETERO MORALES, E., "El estatuto del mediador civil y mercantil", *Revista de mediación*, vol. 7, núm. 1, 2014, pp. 10-23.
- CARRO ARANA, M.M., “Incidencia del patrimonio neto contable en la reducción de capital y disolución por pérdidas y el concurso de acreedores”, *Revista vLex*, núm. 2, 2016.
- CASANUEVA TOMÁS. J., “El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal”, *Revista vLex*, núm. 122, 2014.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “El acuerdo de mediación”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir). *Comentarios a la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia
- CERDÁ ALBERO, F., “El presupuesto objetivo del concurso”, *RJC*, núm. 4, vol. 103, 2004, 989-1016.
- CONDE FUENTES, J., *Los sujetos del proceso concursal*, Aranzadi, Pamplona, 2014.
- CORDÓN MORENO, F., "Las soluciones extrajudiciales al problema de la insolvencia en el sistema español", *ADC*, núm. 40, 2016, pp. 93-102.
- COUTO CARAMÉS, N., “Aspectos concursales y societarios de la crisis económica de una sociedad anónima”, Tesis Doctoral, Universidad de A Coruña, A Coruña, 2015.
- CUENA CASAS, M., “Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start”, *ADC*, núm. 31, 2014, pp. 123-159.

- CUENA CASAS, M., “No hay segunda oportunidad para el que menos tiene”, *El notario del siglo XXI*, núm. 50, 2013. Disponible en: [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es)
- CUENA CASAS, M., “Reformas de la ley concursal e insolvencia de la persona física”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 165-185.
- DAVIES, P.L., *Principles of modern company law*, Sweet y Maxwell, Londres, 2008.
- DE LA VEGA, P., “¿Por qué todos los concursos acaban en liquidación? Garrigues, 2012. Disponible en: <http://www.garrigues.com/>
- DEL CORRAL LOSADA, E., “La retribución del mediador concursal y del administrados concursal”, MARTÍN MOLINA, P.B., LOPO LÓPEZ, M.A.y CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Coords). *la Ley concursal y la mediación concursal, un estudio conjunto realizado por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2014.
- DÍAZ ECHEREGAY, J. L., *El Acuerdo extrajudicial de pagos*, Civitas, Pamplona, 2014.
- DÍAZ VALES, F., “Régimen jurídico del ejercicio de la acción rescisoria concursal”, *Anuario Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, núm. 3, 2010, pp. 261-299.
- DIDIER, "The idiosyncrasy of the French Judicial System and its preventive procedures for expedited debt restructurings", *Wolters Kluwer*, Amsterdam, 2007.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias, editorial Madrid, 1986.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., "La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio", *La Ley*, núm. 6, 2007, p. 6.
- ESPINAR, E., “Cómo evitar el concurso de acreedores en tres meses: el mediador concursal”, *Andalucía Económica*, 2013.
- ESTEBAN RAMOS, L.M., "El acuerdo extrajudicial de pagos: una opción a disposición de pymes y consumidores", *RDCP*, núm. 25, 2016, pp. 125-138.
- ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, La Ley/Wolters

Kluwer, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. (Dir), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADC*, núm. 32, 2014.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los «acuerdos de refinanciación (d. Ad. 4a LC), Propuesta de reforma legislativa*, Cuadernos de Derecho Registral, 2010.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal*, Marcial Pons, Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El estatuto jurídico del mediador concursal”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014, pp. 379-424.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad”, *Diario La Ley*, núm. 8.500, 2015, 1.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., “Legislar a ‘Contra Coeur’. La incidencia de la ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2013, 175-189.

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*, Editorial Bosch SA, Barcelona, 2015.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., “Algunas cuestiones sobre la apertura del concurso”, en GARNICA MARTÍN, J.F. (Dir). *La nueva Ley concursal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XVIII, Madrid, 2003.

FINCH, V., "The measures of insolvency law", *Oxford J. Legal Studies*, núm. 17, 1997, pp. 227-252.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El presupuesto objetivo del concurso en la nueva Ley concursal”, *Práctica de tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 5, 2004, pp. 22-40.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “La mediación concursal”, *ADC*, núm. 31, 2014, pp. 11-63.

GARCÍA ARRUFAT, E., *Cuestiones procesales en el derecho concursal, (leyes 22-2003 y 8-2003)*, Memoria para optar al grado de doctor, Madrid, 2009.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “Art. 8. Neutralidad”, GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Directores), FERNÁNDEZ CANALES (Coordinadora) en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentario a la Ley 5/2012, Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos*, Madrid, 2012.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “Art. 9. Confidencialidad”, GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Directores), FERNÁNDEZ CANALES (Coordinadora), en *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentario a la Ley 5/2012*, Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, 2012.

GARCÍA VILLALUENGA, L., “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 4, 2010, pp. 717-756.

GARCÍA VILLALUENGA, L., y ROGEL VIDE, C. (Dir), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles, Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012.

GÓMEZ AMIGO, L., "El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos", *Reus*, Madrid, 2016.

GÓMEZ AMIGO, L., “La tramitación del incidente concursal”, *ADC*, núm. 33, 2014, pp. 202-230.

GÓMEZ POMAR, F., “Una nueva oportunidad perdida: la ley de emprendedores”, *InDret*, núm. 4, 2013, pp. 1-6.

GORRIZ LÓPEZ, C., "Mediación concursal", *Diario La Ley*, núm. 8384, 2014.

HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, GAIA Ed., Madrid, 1993.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J.W., “Presupuesto objetivo del concurso: delimitación económica, prueba eventual y apreciación subjetiva”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, ICADE, núm. 61, 2004, pp- 25-44.



- INE, “Deudores concursados por naturaleza jurídica”, 2018. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=3173>
- INE, “El número de deudores concursados disminuye un 10,6% en tasa anual en el cuarto trimestre, 2017. Disponible en: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0416.pdf>
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A., “El acuerdo extrajudicial de pagos, tras la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, y el crédito hipotecario”, *Revista vLex*, núm. 760, 2017, pp. 1043-1064.
- KIERCE, M., “Schemes of arrangement and their ongoing currency”, *Insurance and Reinsurance*, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, tomo II, Derecho de Obligaciones*, Dykinson, Madrid, 2000.
- LUCAS, F.X., "Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives", en *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, 2014.
- MACHO GÓMEZ, C., “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *ADC*, núms. 67 y 68, 2014, pp. 932-996.
- MAGDALENO, A., y BENEYTO, K., “El concurso de acreedores de persona física: problemas pendientes y soluciones legislativas propuestas”, *ADC*, núm. 30, 2013, pp. 269-282.
- MAGRO SERVET, V., “Análisis de la nueva figura del mediador - ‘posible administrador’ - concursal. ¿Mediador o ‘negociador’ mercantil?, *Práctica de tribunales*, núm. 109, 2014, pp. 78-93.
- MALAGÓN RUIZ, P., “Mediación y administración concursal, persona física versus persona jurídica”, *Revista vLex*, núm. 1, 2014, pp. 429-437.
- MARQUÉS MOSQUERA, C., “El notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero”, *RDCP: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 23, 2015, pp. 161-179.

- MARTÍN MOLINA, P.B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M<sup>a</sup>., y LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup>.A., *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, Dykinson SL, Madrid, 2014.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A., *La extinción de las sociedades de capital a causa de la conclusión del concurso*, Pamplona, 2013.
- MAMBRILLA RIVERA, V. *Comentarios a la regulación concursal*, Lex Nova, 1<sup>a</sup> ed. Valladolid, 2004.
- MENÉNDEZ, A; ROJO, Á. (Dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 12<sup>o</sup> Edición Aranzadi. Pamplona, 2014.
- MOYA BALLESTER, J., *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- NIETO DELGADO, C., "Homologación judicial de acuerdos de refinanciación", CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Dir). *La reforma de la LC analizada por especialistas*, Dykinson, 2012.
- NIETO DELGADO, C., "Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación", AAVV en *Memento Práctico Concursal 2014*, Madrid, 2013.
- NÚÑEZ-LAGOS, A., y ALONSO, Á., "Reforma de la Ley Concursal 22/2003", en *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, núm. 23, 2009, pp. 96-99.
- OLIVENCIA RUIZ, M., "Concurso y precurso", *RDCP*, núm. 22, 2015, pp. 11-18.
- ORELLANA CANO, A.M<sup>a</sup>., "El concepto de trabajador autónomo en los acuerdos extrajudiciales de pago", *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 249-264.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "Concurso de acreedores de persona física, freshstar y mediación concursal. La rehabilitación del deudor", *Diario La Ley*, Sección Tribuna, núm. 8172, 2013, p. 2.
- ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el ámbito del concurso de acreedores,

*Diario La Ley*, núm. 8020, 2013, p. 3.

ORTIZ HERNÁNDEZ, A., “Mediación concursal tras la nueva Ley de Emprendedores”, *Noticias Jurídicas*, 2013. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4849-mediacion-concursal-tras-la-nueva-ley-de-emprendedores-/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4849-mediacion-concursal-tras-la-nueva-ley-de-emprendedores/)

PARDO IBÁÑEZ, B., “La mediación concursal. Una experiencia práctica”, *Diario la Ley*, núm. 8490, 2015.

PARDO IBÁÑEZ, B., “Por una necesaria segunda oportunidad”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 2, 2018, pp. 73-81.

PASTOR SEMPERE, C., “Acuerdos extrajudiciales: naturaleza jurídica, contenido y efectos” en BOLDÓ RODA, M. C. (Dir.), *La Mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PAYNE, J., *Schemes of arrangement: theory, structure and operation*, University Press, Cambridge, 2014.

PEREIRA PUIGVERT, S., “Propuestas de mejora de la ejecución hipotecaria: especial referencia a ‘Ofideute’”, *Actualidad Civil*, núm. 11, 2014, p. 2.

PÉREZ DE ONTIVEROS, C., “Los acuerdos de refinanciación y la acción revocatoria o pauliana”, *ADC*, núm. 35, 2015, pp. 9-42.

PINO ABAD, M., “El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio”, *RDCP*, núm. 24, 2016, pp. 283-289.

PODER JUDICIAL, “Efecto de la crisis en los órganos judiciales”, 2017. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Infornes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/>

PONS ALBENTOSA, L., “El mediador concursal. Una figura introducida con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *El Derecho*, 2013.

- PRATS ALBENTOSA, L., “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la Ley de Emprendedores”, *Abogacía*, 2013. Disponible en: <http://www.abogacia.es/2013/11/13/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-la-mediacion-concursal-en-la-ley-de-emprendedores/>
- PRATS ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, núm. 8264, 2014, p. 1.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores”, *RDCP*, núm. 20, 2014, pp. 43-72.
- PULGAR EZQUERRA, J., (Dir) “Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Especial emprendedores, las leyes que los apoyas*, Editorial La Ley, Madrid, 2013.
- PULGAR EZQUERRA, J., “La propuesta de reforma del Derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995”, *RDS*, núm. 6, 1996.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Licitud y temporalidad de los acuerdos amistosos extrajudiciales: riesgos para los intervinientes en un eventual concurso”, *RDCP* Núm. 5, 2006, pp. 25-64.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación”, *RDCP*, núm. 14, 2011, pp. 25-40.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad (1)”, *Diario La Ley*, núm. 8142, 2013, p. 1.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcuralidad y reestructuración empresarial*, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2016.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Las sucesivas reformas de la Ley Concursal española en materia de preconcuralidad”, *Cuadernos de Derecho para ingenieros*, sf. Disponible en: [http://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/04\\_Las-sucesivasreformasdelaLeyConcursal\\_jesusquijano.pdf](http://cuadernosdederechoparaingenieros.com/wp-content/uploads/04_Las-sucesivasreformasdelaLeyConcursal_jesusquijano.pdf)
- QUINTANA GARCÍA, A., "La responsabilidad civil de los mediadores", *Diario La Ley*, núm. 8431, 2014.

REDACCIÓN SUPERCONTABLE, "Comparativa de la Ley 22/2003 Concursal, con la normativa anterior", 2018. Disponible en: [https://www.supercontable.com/informacion/ley\\_gestion/Comparativa\\_de\\_la\\_Ley\\_Concursal\\_con\\_la\\_Normativa\\_Anterior.html](https://www.supercontable.com/informacion/ley_gestion/Comparativa_de_la_Ley_Concursal_con_la_Normativa_Anterior.html)

RÍOS MESTRE, J.M., "El emprendedor ante el concurso de acreedores: acuerdos de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos y mecanismo de segunda oportunidad", LUJÁN ALCARAZ, J. (Dir) *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*, Bomarzo, 2016.

RIVAS RUIZ, A., "El acuerdo extrajudicial de pagos", *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 68, 2016.

RIVERO FERNÁNDEZ, M., *Reintegración y concurso de acreedores*, Dilex, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., *Derecho Concursal. Derecho Mercantil*, Marcial Pons, vol. 10, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y CARABANTE MUNTADA, J.M., *La mediación. Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, X., DE PRADA RODRÍGUEZ, M., y CARABANTE MUNTADA, J.M. (Coord), Netbiblo, Madrid, 2010.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., "La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal", *RDBB*, núm. 135, 2014, pp. 233-259.

ROJO, Á. *Los efectos del concurso de acreedores*, APARICIO GONZÁLEZ, M.L., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y ROJO FERNÁNDEZ RÍO, .A. (Dir). Civitas, Madrid, 2014.

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

SAN CRISTÓBAL REALES, S., "Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil",

*Anuario jurídico y Económico Escorialense*, núm. 46, 2013, pp. 39-62.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Valoración general de la reforma concursal: el nuevo derecho de la insolvencia”, *Las Claves de la Ley Concursal*, Thomson-Aranzadi, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2015.

SÁNCHEZ PAREDES, M.L., "La propuesta de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal", *e-Dictvm*, núm. 66, 2017. Disponible en: <https://dictumabogados.com/e-dictum-publicaciones-derecho-mercantil/la-propuesta-real-decreto-legislativo-se-aprueba-texto-refundido-la-ley-concursal/16275/>

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, MORILLAS JARILLO, M.J., PERALES VISCASILLAS, M.d.P., PORFIRIO CARPIO, L. (Dirs.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *ADC*, núm. 32, 2014, pp. 11-64.

SANJUÁN MUÑOZ, E., "El proceso de homologación de los acuerdos de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial previos al concurso de acreedores", Tesis Doctoral, *UNED*, 2015.

SANJUÁN MUÑOZ, E., “Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)”, *Diario La Ley*, núm. 8196, 2013, p. 2.

SANJUÁN MUÑOZ, E., “La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia”, *Diario La Ley*, núm. 8230, 2014, p. 2.

SANSALVADOR SELLÉS, M.E., *Contabilidad del Concurso de Acreedores*, Editorial Universidad Miguel Hernández, Elche, 2017.

SCHMIDT, K., " *Insolvenzordnung: InsO*", *Kommentar Insolvenzordnung*, 18ª edición, Munich, 2013.

- SENENT MARTÍNEZ, S., "La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley Concursal tras la Ley 14/2013", MARTÍN MOLINA/DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ (Coord) en AA.VV., *La Ley Concursal y la mediación concursal*, Dykinson, Madrid, 2014.
- SENÉS, C., "El Acuerdo Extrajudicial de Pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?", *RDC*, vol. 1, núm. 1, 2014, pp. 49-68.
- SERRANO GÓMEZ, E., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, en GARCIA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (Codirectores), Instituto complutense de mediación y gestión de conflictos, Madrid, 2012.
- TAPIA HERMIDA, A.J., "El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales", *RDCP*, núm. 21, 2014, pp. 41-51.
- URQUÍA GRANDE, E., MARTÍNEZ ROSADO, J., CAMACHO, M<sup>a</sup>.M., "Enfoque económico y jurídico del proceso concursal. Lecciones de la experiencia internacional", *Partida Doble*, vol. 21, núm. 223, 2010, pp. 80-94.
- VIAÑA RANILLA, A.I., "La conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa. El orden de pago de los créditos contra la masa en el artículo 176 bis de la Ley Concursal", MARTÍN MOLINA, PB., LOPO LÓPEZ, M.A., y CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M. (Coords). *La ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid, 2014.
- VICENT CHULIÁ, F., "Tres años de ley concursal: temas de reforma", *RDCP*, núm. 8, 2008, pp. 113.
- WINDSOR, J., "Una visión panorámica de los "schemes of arrangement" inglés", (trad. de F. J. ARIAS VARONA), *RDCP*, núm. 15, 2011, pp. 553-563.
- ZABALETA DÍAZ, M., *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2006.

## ANEXOS

### ANEXO I. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN. CONCURSOS DE PERSONAS NATURALES NO EMPRESARIOS PRESENTADOS POR PROVINCIAS.

PROVINCIA / TRIMESTRE	2016				2017			Total	Total
	16-T1	16-T2	16-T3	16-T4	17-T1	17-T2	17-T3	2016	2017
A CORUÑA	2	3	5	8	11	9	6	18	26
ALBACETE	8	5	0	0	0	0	10	13	10
ALICANTE	14	9	14	19	20	16	15	56	51
ALMERIA	4	14	10	7	12	9	10	35	31
ARABA/ALAVA	1	0	0	2	0	0	2	3	2
ASTURIAS	4	6	4	7	7	13	10	21	30
AVILA	0	0	0	0	0	2	0	0	2
BADAJOS	2	2	1	1	5	3	3	6	11
BARCELONA	114	96	97	148	183	179	114	455	476
BIZKAIA	4	7	2	4	5	2	3	17	10
BURGOS	2	1	2	2	2	1	0	7	3
CACERES	0	1	0	0	1	1	2	1	4
CADIZ	9	2	5	3	3	7	10	19	20
CANTABRIA	3	5	4	1	5	4	2	13	11
CASTELLON	8	10	5	7	8	11	10	30	29
CIUDAD REAL	0	1	0	2	0	1	1	3	2
CORDOBA	1	7	1	2	4	2	4	11	10
CUENCA	3	4	6	4	0	1	0	17	1
GIPUZKOA	3	4	4	6	6	4	4	17	14
GIRONA	2	12	1	9	14	21	12	24	47
GRANADA	2	5	5	8	6	13	11	20	30
GUADALAJARA	0	0	0	0	0	0	0	0	0
HUELVA	5	2	1	5	3	1	0	13	4
HUESCA	3	0	0	0	1	4	0	3	5
I.BALEARS	11	11	2	12	5	10	9	36	24
JAEN	0	1	1	2	6	3	6	4	15
LA RIOJA	0	0	0	0	0	0	0	0	0



<b>LAS PALMAS</b>	3	4	3	6	4	2	4	16	10
<b>LEON</b>	1	3	2	1	1	5	3	7	9
<b>LLEIDA</b>	1	2	2	3	1	2	0	8	3
<b>LUGO</b>	0	0	0	0	0	0	1	0	1
<b>MADRID</b>	61	59	74	74	73	75	70	268	218
<b>MALAGA</b>	10	7	3	2	6	3	12	22	21
<b>MURCIA</b>	9	12	7	18	14	23	13	46	50
<b>NAVARRA</b>	1	2	0	2	7	3	9	5	19
<b>OURENSE</b>	2	0	0	0	1	3	1	2	5
<b>PALENCIA</b>	5	0	0	0	4	2	1	5	7
<b>PONTEVEDRA</b>	3	3	8	6	6	5	2	20	13
<b>SALAMANCA</b>	8	0	1	0	0	0	0	9	0
<b>SANTA CRUZ DE TENERIFE</b>	6	3	0	6	7	2	4	15	13
<b>SEGOVIA</b>	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>SEVILLA</b>	8	2	8	15	11	18	23	33	52
<b>SORIA</b>	0	0	0	0	1	0	0	0	1
<b>TARRAGONA</b>	4	2	3	7	15	16	15	16	46
<b>TERUEL</b>	2	1	1	1	0	2	1	5	3
<b>TOLEDO</b>	5	5	4	5	12	8	1	19	21
<b>VALENCIA</b>	44	33	30	62	61	59	51	169	171
<b>VALLADOLID</b>	5	1	1	3	7	3	8	10	18
<b>ZAMORA</b>	1	0	0	0	3	3	0	1	6
<b>ZARAGOZA</b>	9	11	18	23	25	29	24	61	78
<b>TOTAL</b>	<b>393</b>	<b>358</b>	<b>335</b>	<b>493</b>	<b>566</b>	<b>580</b>		<b>1.579</b>	1146

## **ANEXO II. FORMULARIO DE SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL**

### FORMULARIO DE SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Don/doña. ...., con DNI ..... actuando en nombre propio,  
en nombre de la entidad ....., con CIF ....., en virtud de los poderes de representación que se acompañan,  
viene a presentar solicitud de iniciación del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Declaro que concurren en mi caso los requisitos exigidos por el 231 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para iniciar este procedimiento y que la estimación inicial del pasivo no supera la cantidad de cinco millones de euros.

#### A) IDENTIFICACIÓN.

##### a) PERSONA NATURAL.

1. Domicilio: ..... (....., .....)
2. Teléfono: .....
3. Correo electrónico: .....
4. Modificación del domicilio en los últimos seis meses:  
Sí.  
No.
5. Lugar de nacimiento: .....
6. Nacionalidad si es extranjero: .....
7. Estado civil: ... soltero ... casado ... separado ... divorciado (... con convenio regulador .....sin convenio regulador) .....
8. Régimen económico matrimonial:  
Gananciales.

Separación de bienes.

Participación.

9. Identidad del cónyuge (nombre, apellidos y NIF, NIE o Número de Pasaporte) si el peticionario está casado en régimen distinto al de separación de bienes:

.....

10. Indicar si los cónyuges son propietarios de vivienda familiar que pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos:

Sí.

No.

En caso afirmativo,

- Se acompaña el consentimiento del otro cónyuge.
- La solicitud de firma por ambos cónyuges.

11. Personas a su cargo o a quienes deba satisfacer alimentos:

- Sí.
- No.

En caso afirmativo, indique sus nombres, apellidos y la relación de parentesco con Ud.:

.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....  
.....

12. Indicar si el deudor tiene pareja de hecho con la haya formado un patrimonio común y los pactos o reglas económicas que le sean de aplicación. En caso afirmativo, señalar la identidad de la pareja (nombre, apellidos y NIF o NIE).

#### b) PERSONA JURÍDICA.

1. Forma jurídica: .....
2. La razón social o denominación: .....
3. Identificación del órgano de administración o liquidador que ha decidido la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos: .....

4. Los datos de identificación registral: .....
5. La nacionalidad, si fuesen extranjeras: .....
6. Domicilio: .....
7. Número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria:.....
8. Teléfono: .....
9. Correo electrónico: .....
10. Manifiestar que la entidad cumple los requisitos del artículo 190 de la Ley Concursal, sin que tenga más de 50 acreedores, el pasivo no supera los 5.000.000 de euros y el activo no alcanza los 5.000.000 de euros:
  - Sí.
  - No.
11. Manifiestar que se disponen de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.
  - Sí.
  - No.
12. Manifiestar que la entidad no es aseguradora o reaseguradora:
  - Sí.
  - No.

## B) CONCURRENCIA DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL PROCEDIMIENTO.

1. Señale el tipo de insolvencia en que se encuentra:
  - Actual, si ya no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.
  - Inminente, si prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.
2. Indique los hechos de los que deriva su situación de insolvencia:
  - Desempleo.
  - Sobreendeudamiento.
  - Pérdidas empresariales o profesionales.
  - Disminución de las ventas.
  - Aumento de los gastos de explotación.
  - Aumento de los costes financieros.

- Aumento de la morosidad de los clientes.
- Otros: .....

.....  
.....

3. Estimación del importe global de las deudas:

.....

4. Estimación del importe global del valor de los bienes y derechos:

.....

5. Indique si ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores:

- Sí.
- No.

Se acompaña certificado de antecedentes penales.

6. En caso afirmativo, especifique el delito por el que fue condenado y la fecha de la sentencia firme en virtud de la cual hubiera sido condenado.

.....

7. Indique si ha alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, ha obtenido la homologación de un acuerdo extrajudicial de refinanciación o ha sido declarado en concurso de acreedores dentro de los últimos 5 años.

- Sí.
- No.

En caso afirmativo, indique la fecha del acuerdo o del auto.

.....

8. Indique si actualmente se encuentra Ud. negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación

- Sí.
- No.

9. Indique si actualmente se encuentra admitida respecto de Ud. una solicitud de concurso de acreedores

- Sí.
- No.

### C) INVENTARIO DE BIENES Y DERECHOS.

1. Indique la relación de ingresos regulares previstos, bienes, derechos y cualquier otro

activo líquido de los que sea titular el deudor:

.....  
.....  
.....  
.....

2. Si procede, indique los bienes y derechos necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial:

.....  
.....  
.....  
.....

3. Acompañe la siguiente documentación, si procede:

a) Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

b) Últimas tres nóminas percibidas.

c) Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

d) Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

e) En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, cuando la vivienda habitual del deudor se encuentra gravada con un derecho real de hipoteca.

g) Certificado de pensión de jubilación.

h) Si estuviera obligado a llevar contabilidad, las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

4. Indique si es titular de cuentas bancarias:

- Sí.
- No.

En caso afirmativo, indique el importe total del dinero depositado: .....; y proporcione la siguiente información sobre sus cuentas corrientes o depósitos bancarios, fondos de inversión o similares:

Acompañe certificados expedidos por la entidad financiera.

5. Indique si es titular de capital mobiliario (acciones, obligaciones, préstamos, cuentas corrientes, depósitos financieros, seguros, arrendamiento de bienes muebles):

- Sí.
- No.

Acompañe certificados expedidos por la entidad financiera e indique su importe total: .....

6. Indique si es titular de bienes inmuebles:

- Sí.
- No.

a) Certificados de dominio y cargas o gravámenes expedidos por el Registro de la Propiedad.

b) Escrituras de compraventa de la vivienda habitual y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

7. Indique si es titular de bienes muebles (vehículos, joyas, obras de arte...):

- Sí.
- No.

En caso afirmativo, adjunte un anexo con la descripción de cada bien e identifique respecto de cada bien, su tipo (por ej. en el caso de vehículos indique marca y modelo), no de matrícula o registro y fecha de adquisición.

#### D) LISTA DE ACREEDORES.

1. Número de acreedores: .....

2. Datos identificativos de los acreedores:

Acompañe:

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía debida	Fecha de vencimiento del crédito	Amortizaciones previstas
------------------------	-----------	-----------------------	----------------	----------------------------------	--------------------------


3. Especialidades de identificación de créditos que dispongan de hipoteca o garantías reales (debe acompañarse original o copia autorizada de la escritura de constitución de las garantías o certificación registral de inscripción en el caso de la hipoteca):

(\*) Para su valoración se estará a lo dispuesto en el art. 94.5 de la Ley Concursal.

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía (*)	Tipo de garantía y fecha de constitución

4. Relación de los contratos en vigor (debe acompañarse contrato original o copia fehaciente del mismo):

5. Relación de gastos mensuales previstos:

Naturaleza del gasto	Cuantía	Fecha de vencimiento	Periodicidad

6. Indicar si tiene contratados trabajadores a su cargo:

El número de trabajadores es: .....

Indicar la representación de los trabajadores, su domicilio y dirección electrónica:

..... Presentado en  
 ....., a ..... de ..... de .....



Fdo. ....

En caso de que el régimen matrimonial no sea el de separación de bienes, debe firmar el  
cónyuge del deudor:

Fdo. ....



UNIVERSITAT  
ROVIRA i VIRGILI