



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

PROCEDIMIENTOS EXTRACONCURSALES Y MECANISMOS EXONERATORIOS DE DEUDA

Autora

María Yolanda Montañés Gonzalvo

Director

D. Javier López Sánchez

Facultad de Derecho
2014

ÍNDICE

	pag.
I INTRODUCCIÓN.....	2
II REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES EN DERECHO COMPARADO	7
Reino Unido. “Scheme of Arrangement” y “Company Voluntary Agreement”	8
Francia. Procédure du Sauvegarde. Sauvegarde Financière Accélérée. Le Mandat ad hoc. Conciliation	11
Alemania. Gesetz zur Reiteren Erleichterung der sanierung von Unternehmen (ESUG)	15
Italia. Concordato Preventivo. Accordo de ristrutturazioni dei debiti. “Piani di risanamento. attestati”	17
III RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS	19
IV IMPLICACIONES PROCESALES DEL CONCURSO CONSECUTIVO	34
V LA REMISIÓN DE DEUDAS: EL ART.178.2 LEY CONCURSAL	39
VI MECANISMOS PRECONCURSALES. DIFERENCIAS ENTRE EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.....	45
VII CONCLUSIONES.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	58
ANEXO DE PRENSA.....	59

I.- INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es el análisis del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido por la ley 14/2013 de 27 de septiembre de Apoyo a emprendedores y su internacionalización¹. Esta Ley no sólo ha incluido este procedimiento en la ley concursal, sino que ha supuesto también una reforma importante en diferentes ámbitos jurídicos, tales como el Societario, Tributario o en materia de Seguridad Social.

El establecimiento de la mediación como alternativa al concurso, es una tendencia que se ha observado desde hace unos años en el resto del continente. Es por ello que nuestra actual legislación ha querido incluir esta figura, tomando algunas ideas de los distintos institutos preconcursales europeos, de los que se ha nutrido el legislador español al introducir esta nuevo medio para solventar las situaciones de insolvencia empresarial.

De esta manera se hace necesario realizar un breve análisis jurídico del citado procedimiento preconcursal y sus implicaciones procesales, una vez declarado el concurso consecutivo. Al cual, se accede por distintas vías, ya sea por imposibilidad de alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, bien porque los acreedores deciden no continuar con las negociaciones, o bien porque han decidido no aceptar el plan. También se podrá instar ante el incumplimiento del acuerdo por parte del deudor² junto a la posibilidad de

1 Modificada recientemente por el Real Decreto Ley 4/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial, por el que se viene a reformar, una vez más, la Ley Concursal para favorecer las posibilidades de refinanciación de empresas que, a pesar de tener problemas financieros que las abocan a una situación concursal, sean igualmente productivas y susceptibles de continuar funcionando en el mercado sin necesidad de proceder a su liquidación. Además de reformar la legislación concursal también introduce nuevas fórmulas que faciliten la viabilidad financiera de la empresa y eviten la liquidación de la misma, para ellos da una nueva redacción a los artículos 165.4, 172 y 172 bis que supone la vulneración de uno de los principios básicos del funcionamiento del sistema de sociedades de capital: la no responsabilidad de los socios por las deudas sociales.

2 En concreto el Capítulo V del Título I de la citada ley es donde se recoge este mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de los empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas y que tiene distintos precedentes en derecho comparado, pues permite al empresario que ha fracasado una segunda oportunidad. Según la exposición de motivos de la Ley 14/2003, el procedimiento se basa en breves plazos, ante el Registrador o el Notario, los cuales como en los acuerdos de refinanciación, se limitan a designar un un profesional idóneo e independiente que impulse el acuerdo y asegure que se cumplen los requisitos de publicación y publicidad registral.

impugnarlo por parte de los acreedores.

Dentro del acuerdo y para que este llegue a buen fin, es donde interviene el mediador³, que se configura como una herramienta útil y versátil, para solventar la insolvencia puntual o ilíquidez del deudor. El mediador tiene la obligación de presentar un plan de pagos, un plan de viabilidad, junto con una propuesta de negociación, a los acreedores para renegociar la deuda y poder continuar el deudor con su actividad. Cuestión ésta última, bastante importante, porque la finalidad de todas estas medidas de carácter económico, es que el deudor ya sea persona física o jurídica, evite el concurso y con ello, tal como demuestran las distintas estadísticas, la liquidación de su empresa.

Nuestro país tiene un índice de concursabilidad anormalmente bajo si lo comparamos con los países de nuestro entorno. Los motivos de este fenómeno son varios. En primer lugar la desconfianza hacia el sistema judicial, por la excesiva tardanza en la obtención de una respuesta de los tribunales. En segundo lugar por los elevados costes económicos del concurso y en tercer lugar por la estigmatización del empresario concursado. De esta manera, al concurso se accede cuando la insolvencia ya es irreversible, y la solución a la misma pasa por la liquidación de la empresa. Esto a su vez provoca en el empresario una aversión al concurso, y una saturación del sistema judicial.⁴

Así la función del mediador en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos consiste en reestructurar la deuda en una fase temprana, antes de una insolvencia definitiva que aboque al concurso. En este mismo sentido, el preámbulo de la Ley 14/2013 es claro al establecer las razones de política legislativa que llevan a introducir este procedimiento extrajudicial. De las que se deduce que las pretensiones del legislador obedecen a la

El mediador impulsa los trámites, dentro de un procedimiento que se considera sencillo, en él convoca a todos los acreedores del deudor común, y los incentiva a la asistencia a la reunión, puesto que previamente ya se les ha enviado una propuesta o un eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de las deudas.

- 3 Véase el informe final del Proyecto del “Procedimiento Best” sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo, en el que se destaca la mediación como una de las reformas legales que deberían introducirse en los sistemas legales de la UE.
http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf.
- 4 Véase la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, en el que se da un nuevo enfoque al tratamiento tempestivo de la crisis, para la Comisión se llega demasiado tarde al concurso, de tal manera que la situación no puede ser reconducida y suele acabar según las estadísticas en liquidación. En definitiva lo que se pretende desde la Unión Europea es establecer un marco para el establecimiento de una segunda oportunidad, aunque por el momento tenga un ámbito subjetivo restringido, puesto que se excluye al consumidor

despenalización del deudor, al que se le consideraba patrimonialmente muerto y en cierta manera señalado por el fracaso, tal y como sucedía en las anteriores normativas concursales. De hecho la anterior ley concursal ya impulsaba el convenio con los acreedores como la solución normal, aunque en la práctica no se diera.

Y es precisamente la orientación de la Unión Europea que así lo ha expresado en diferentes informes y dictámenes.⁵ Por lo que el objetivo prioritario de las políticas comunitarias es lograr que el deudor supere la situación de insolvencia y sobre todo mantenerse en el tráfico económico, para poder afrontar los pagos estipulados mediante dicho convenio. Sin olvidar al respecto los recientes informes emitidos por el Fondo Monetario Internacional, en los que establece la necesidad de favorecer la implementación de estos mecanismos extrajudiciales, porque fomentan el crecimiento económico y ayudan a prevenir crisis financieras y económicas, facilitando la rehabilitación de las empresas viables y ofreciendo mecanismos eficaces para la liquidación de la empresas que no puedan reestructurar su deuda.

La característica fundamental del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante AEP), es que está regido por la autonomía de la voluntad, ex art. 1255 Cc (aunque a veces se encuentre limitada), a través de la cual, se intenta llegar a un acuerdo de masa entre el deudor y sus acreedores. Con este procedimiento lo que se intenta evitar es llegar al concurso y elevado coste económico y temporal.

También me ha parecido de interés dedicar algunas páginas a la conclusión del concurso por liquidación de la masa activa o cuando ésta sea insuficiente, remitiendo las deudas insatisfechas. Esta novedad se ha objetivado en una nueva redacción del art. 178 LCon. El nuevo artículo procura otorgar una segunda oportunidad al deudor, siempre que se cumplan los estrictos requisitos que marca la ley.

Esta fórmula sigue el modelo norteamericano, que se denomina bajo el término “*Fresh start*”⁶ y viene practicándose desde finales de la década de los ochenta. El alcance

5 Véase el Nuevo informe Europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. [Http://eur-lex.europa.eu/LexUriSer](http://eur-lex.europa.eu/LexUriSer). En este informe se argumenta a favor de la remisión de deudas y la recuperación económica del deudor, para el progreso económico, ya que favorece que el procedimiento concluya en convenio y no en liquidación

6 Aunque el “*fresh start*” en un principio se contempla para las personas físicas, bajo determinadas condiciones, no impide que en un futuro pueda ampliarse a las personas jurídicas, evitando así su

de esta norma, significa que una vez liquidado su activo presente, el deudor queda liberado de cualquier carga futura. Todo ello en clara contradicción con el art. 1911 Cc que consagra el principio de responsabilidad universal, por el que se establece que “*el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros*”.

El siguiente punto lo he dedicado a los anteriores procesos paraconcursoales que ya estaban vigentes en nuestro ordenamiento como los acuerdos de refinanciación, modificados por el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo, incidiendo en las notas definitorias y al mismo distintivas entre los dos mecanismos extraconcursoales; los Acuerdos de Refinanciación y el Acuerdo Extrajudicial de Pagos en orden a establecer a qué tipo de deudor puede interesar más un procedimiento u otro, así como sus ventajas e inconvenientes.

Desde un punto de vista heterogéneo, de esta ley podemos destacar los siguientes aspectos:

- Incentiva la actividad del emprendedor, persona natural, perfeccionando un catálogo de recursos preconcursales.
- Se le ha criticado que no ampliase la base subjetiva de protección (con exclusión, ya que se observa cierta discriminación por trato desigual del deudor no emprendedor o consumidor), según ha hecho constar el Consejo General de la Abogacía. En este sentido se ha pronunciado también Luis Fernández Pozo, porque según el art. 1 LCon, pueden declararse en concurso “cualesquiera personas físicas”, pero solo podrá instar el AEP el deudor persona natural, al que se le da una definición como “no solamente aquellos que tuvieren tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos”.
- Se otorgan más competencias a los Registradores Mercantiles⁷.

disolución y la pérdida de puestos de trabajo. El término proviene de los Estados Unidos y podría considerarse que opera como una dación en pago, ya que el deudor responde con todo su patrimonio y en consecuencia se produce la extinción de la deuda. Las ventajas de esta figura son en primer lugar que impone cierta prudencia a los inversores, ya que les obliga a vigilar donde realizan sus inversiones, pero también debería proteger a los acreedores más débiles, en caso que los haya como son los trabajadores, lo que parece en principio un incentivo a la responsabilidad y un freno a las especulaciones.

⁷ Algún autor ha expresado su malestar al considerar, que esto entra dentro de la política legislativa de

- Podrán acogerse a este procedimiento también las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital (por lo tanto se incluyen sociedades civiles, asociaciones y fundaciones) que estén en estado de insolvencia (requisitos: no revestir especial complejidad, que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer propios gastos del acuerdo y que su patrimonio e ingresos previsibles, permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago)
- Introduce modificaciones en el sistema general concursal vigente hasta ahora:
 - ✓ Se introducen nuevos sujetos legitimados para solicitar el concurso de acreedores.
 - ✓ Varía el sistema y órgano legitimado para designar al administrador concursal, tras el fracaso del AEP y su posterior concurso consecutivo, ya que si el Juez considera que no hay causa razonable, será el administrador concursal el mediador.
 - ✓ Se añaden nuevas causas de subordinación crediticia, relacionadas con la no participación en el AEP.

La elección del tema, no sólo atiende a motivos de preferencia personal, sino también por las implicaciones sociales, económicas y en consecuencia jurídicas, a las que nos ha llevado la actual crisis.

registrar la vida de los ciudadanos. Así con la reciente modificación de los registros civiles y mercantiles operada por el Real Decreto ley 8/2014 de 4 de julio y tal como se señala en su exposición de motivos: “La competencia para la llevanza del Registro Civil se atribuye a los Registradores que tengan a su cargo las oficinas del Registro Mercantil, en su condición de funcionarios públicos, como con claridad resulta del artículo 274 de la Ley Hipotecaria; funcionarios especializados con una contrastada y satisfactoria experiencia en registros de personas aun cuando estas fueran jurídicas, de forma que aquellas oficinas adquieran la condición de Oficinas del Registro Civil y Mercantil. Esta atribución se realiza en ejecución de la efectiva desjudicialización del Registro Civil ya consagrada en la ley actual, con el fin de lograr un incremento de las economías organizativas, de gestión y de escala, así como una mayor eficacia y celeridad en el funcionamiento del sistema registral civil”.

Por otro lado, aparte de los registradores que aducen que se va a destruir el sistema registral español, también han manifestado su malestar los funcionarios de Justicia, afirmando “el Gobierno opta por entregar derechos fundamentales de ciudadanos y trabajadores a intereses privados de grupos afines”. Además, la reforma, que dejaría sin Registro Civil no sólo a los municipios pequeños sino también a las grandes poblaciones que no sean capitales de provincia, no parece que vaya a tener tampoco buena acogida entre los ayuntamientos afectados, cuyos ciudadanos deberán desplazarse a la capital para cualquier gestión.

También ha despertado recelos por parte de los notarios, asegurando que algunas de las medidas que en él se incluyen dañarán seriamente el tráfico jurídico. <http://registrocivildetodos.blogspot.com.es/>

II.- REFERENCIA A LOS PROCEDIMIENTOS PRECONCURSALES EN DERECHO COMPARADO

Los procedimientos preconcursales, de reestructuración financiera tanto de las personas jurídicas como físicas, han tenido un amplio desarrollo en las legislaciones de nuestro entorno. Es por ello que he considerado razonable comentar los aspectos principales de estos procesos, que puedan influir en la mejora de nuestro ordenamiento en materia concursal.

La característica principal hasta el comienzo de la crisis financiera era la satisfacción de acreedor y sobre todo la liquidación del patrimonio del deudor para satisfacer sus deudas lo que ha hecho que desaparecieran muchas empresas. Por el contrario las legislaciones , francesa, italiana y alemana que fueron ya modificadas con anterioridad a la nuestra, se dieron cuenta de la disfuncionalidad que presentaban sus legislaciones al no conservar, las empresas su actividad. En este sentido se manifestó la reforma española de 2011⁸, que justificaba en su exposición de motivos: “ El propósito principal de la ley, es la conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado". En la actualidad, la mayor parte de los concursos, finalizan con la liquidación de la empresa, el cese de la actividad y el despido de los trabajadores.

El legislador español se ha inspirado en las legislaciones concursales extranjeras al incluir las soluciones preconcursales. Sin embargo, éstas no son una solución novedosa, ya que tienen su origen en el derecho anglosajón y cuentan con varias décadas de aplicación.⁹

Por citar algunas notas definitorias de estos mecanismos preconcursales, nos encontramos con que en todos, hay un tratamiento preventivo de la insolvencia y de reestructuración del patrimonio del deudor para que pueda hacer efectivas sus deudas. En

8 En contradicción con la modificación de la Ley concursal de 2003, en cuya exposición se fijaban los objetivos de la ley, señalando como el principal la satisfacción de los acreedores.

9 Véase Bankruptcy Act, 1898, en concreto los capítulos X, XI y XII, cuyo objeto era la reorganización de sociedades en situaciones de quiebra. En 1938, la Ley Chandler, modificó la redacción de la Bankruptcy Law de 1898, e introdujo por primera vez el concepto de reorganización empresarial y el auxilio al deudor.

todos estos países se fomenta el uso de estos procedimientos, pero también es cierto que la mayoría de ellos, se someten a una supervisión judicial.

Al igual que sucede en nuestro ordenamiento, se suelen paralizar las ejecuciones individuales sobre el patrimonio del deudor, mientras se esté llevando a cabo las negociaciones para reestructurar la deuda. Prohibiendo al mismo tiempo el comienzo del concurso, por lo que se blindan las negociaciones.

No es necesario contar con el voto favorable de todos los acreedores, para que surta efectos el convenio.

Y por último, los mecanismos preconcursales, combinan las ventajas de los procedimientos extrajudiciales como el acuerdo con los acreedores y las ventajas formales del procedimiento judicial como la supervisión judicial de ciertos acuerdos.

Pero, en definitiva, de lo que se trata es de satisfacer a ambas partes y alcanzar una solución realista que se plasme en un plan de viabilidad y de pagos, que garantice siempre la continuidad del deudor en el mercado.

No obstante la legislación de cada país ofrece soluciones preconcursales distintas, ya que no existe un criterio único. Así en algunos países se intensificarán las garantías y derechos sobre el deudor y en otros sobre los acreedores. Pero la mayoría de las reformas operadas en los distintos países de la Unión Europea toman como modelo el Reglamento Comunitario 1346/2000, que establece un marco legal y procedimental para los procedimientos de insolvencia comunitarios, así como sus instituciones preconcursales que quedan fuera de la aplicación del Reglamento Comunitario¹⁰.

REINO UNIDO.

LOS DENOMINADOS “SCHEME OF ARRANGEMENT” Y LOS “COMPANY VOLUNTARY AGREEMENT”

SCHEME OF ARRANGEMENT

Estos procedimientos aparecen regulados en la “*Companies Act*” de 2006. Se basan en un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, con carácter vinculante entre las partes,

¹⁰ Véase el considerando séptimo y el anexo A del reglamento comunitario 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia.

controlado y supervisado por un juez. Existen tres tipos de “*scheme*”:

1. “Cram Down Schemes”, que consiste en una modificación de las condiciones financieras.
2. “Pre-Pack schemes”, se sustancia en la transferencia de un negocio desarrollado por la sociedad, a una sociedad de nueva creación¹¹.
3. “Distribution schemes”, en el que los acreedores adquieren activos de la sociedad deudora.

Estos procedimientos hay que ubicarlos siempre en situaciones de preinsolvencia, y en muchas ocasiones son usados como método para reestructurar financieramente la empresa, y poder llevar a cabo ciertas estrategias de mercado.

Hay que destacar que el “*scheme*” es muy flexible, y no tiene un contenido fijado por ley, y por lo tanto, puede versar sobre cualquier acuerdo entre la compañía y sus acreedores. Por lo que se está intentando adoptar en distintos países.

En cuanto al procedimiento se pueden distinguir las siguientes fases;

1. Solicitud de apertura del procedimiento. Tienen legitimación para ello tanto la empresa como sus acreedores o los administradores de la sociedad, ante la “*High Court*”.

En cuanto al contenido de esta solicitud, ésta se presentará con una propuesta explicativa del “*Scheme*”¹² y una clasificación de las distintas clases de acreedores¹³. Por otro lado los contratos continuarán en vigor aunque puedan

11 It is important, to distinguish between a Pre-Pack Scheme of this nature and a Scheme for the reconstruction or amalgamation of a company which falls within Section 900 of the Companies Act 2006. While both are Schemes of Arrangement which involve a transfer of the company’s business, a reconstruction scheme requires the shareholders in the transferee company to be the same, or substantially the same, as the shareholders in the existing company. This requirement would almost certainly not be satisfied in a debt restructuring, as the shareholders in a company facing financial difficulties would, at best, expect to see their existing equity interest diluted under the terms of any Scheme. Disponible en www.linklaters. An overview of creditor of schemes of arrangement.

12 También se incluirá una parte descriptiva de la situación del deudor, con la información pertinente para que los acreedores puedan tomar una decisión.

13 La delimitación de las clases de acreedores ha sido objeto de numerosa Jurisprudencia, en un principio la línea seguida, consistía en clasificarlos según la semejanza de sus derechos y posteriormente en los distintos intereses que ostentan. Para en la actualidad superar el criterio de los intereses en favor de los derechos de los distintos acreedores. No obstante se hace necesario prestar atención a la Jurisprudencia y a la práctica.

producirse modificaciones.

2. Las funciones de la "*High Court*" se limitan a dos:

- En una primera vista, comprobará que los acreedores han sido clasificados correctamente y, de ser así, convocará a la junta de acreedores para someter a votación el "*scheme*" bajo los términos y condiciones establecidos por el tribunal. El legislador británico ha establecido el mínimo legal, para que el sea aprobado, de un 75% de los acreedores presentes o representados en la junta.
- En la segunda vista, el juez ratifica si procede el "*scheme*", pero también lo puede someter a modificaciones¹⁴. Esta ratificación no es automática sino que el juez lleva a cabo una serie de controles sobre las quitas y las esperas pactadas, control de la validez de la votación y sus mayorías, con el fin de que las clases minoritarias de acreedores encuentren también protección.

3. Una vez ratificado el "*scheme*" para que produzca efectos deberá inscribirse en el registro mercantil correspondiente. De esta manera será vinculante para todos los acreedores, incluidos los créditos garantizados, siempre que hayan votado a favor de las posibles quitas o esperas. No será posible extender los efectos a los acreedores que no hayan votado a favor del acuerdo. El plazo para llevarse a cabo oscila entre las cinco y seis semanas.

COMPANY VOLUNTARY AGREEMENT.

Se considera como otro mecanismo de reestructuración empresarial. Es un procedimiento más flexible cuya regulación se encuentra recogida en las siete primeras secciones de la "*Insolvency Act*". Este acuerdo, es extrajudicial y voluntario, ya que no es necesario ni su ratificación, ni resolución por la que se apruebe la apertura del procedimiento. Es preceptivo el nombramiento de un mediador (*insolvency practitioner*). En este tipo de convenio, los acreedores forman una única clase, no deben ostentar ningún tipo de crédito garantizado y deberá aprobarse con las mismas mayorías que el "*scheme of arrangement*" (75%). Una vez aprobado el acuerdo, vinculará a todos los acreedores, salvo

¹⁴ Lo que en inglés se denomina debt to equity, y bajo esta premisa se pueden modificar los créditos o prolongar los vencimientos. En este mismo sentido el ordenamiento jurídico francés también prolonga los vencimientos hasta 10 años.

los créditos garantizados. Deberá adoptarse el acuerdo en plazo improrrogable de un mes. Si no se adopta el acuerdo, el deudor podrá optar por la liquidación.

Junto a la legislación francesa, que se expone a continuación, se puede considerar que son las más avanzadas en materia concursal.

FRANCIA.

"PROCÉDURE DU SAUVEGARDE" Y "SAUVEGARDE FINANCIÈRE ACCÉLÉRÉE".

Existen cuatro procedimientos que aparecen regulados en los arts. L620-1 y siguientes del Código de Comercio francés, por lo que debemos distinguir:

PROCÉDURE DU SAUVEGARDE.

Sería el equivalente a nuestro concurso de acreedores. La premisa para llevarse a cabo es el riesgo real de insolvencia futura. La sociedad deudora intenta llegar a un acuerdo que permita la reestructuración de la deuda pero permitiendo al mismo tiempo la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo e intentando en todo momento reducir la deuda. Aunque también puede conducir a una liquidación.¹⁵

Sólo el deudor de forma voluntaria puede solicitar la apertura del procedimiento ante el Juzgado, que nombrará un administrador cuya función consistirá en supervisar el plan de viabilidad (*Sauvergarde*), y colaborará con el deudor para diseñarlo, porque en la mayoría de las ocasiones continúa conservando el poder de administración de la empresa. La duración para la elaboración de este plan de reestructuración es de seis meses prorrogables. En cuanto a la duración del plan propuesto a los acreedores no podrá exceder de los diez años. Al igual que en el “*scheme of arrangement*” inglés puede tener un contenido variable¹⁶.

El Código de Comercio francés impone una obligación automática a los acreedores,

15 Si les conditions économiques et financières ne permettent pas d'envisager l'adoption d'un plan de sauvegarde .

16 Son contenu est variable :il peut être décidé de changer de structure sociale, de céder ou au contraire d'ajouter une activité. Le plan définit les garanties éventuellement offertes par le débiteur pour en assurer l'exécution. La durée du plan ne peut excéder 10 ans (15 ans en matière agricole).<http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F22311.xhtml>

incluidos los que ostente una garantía real, de no iniciar ejecuciones singulares contra el deudor desde el momento en que se dicta la orden judicial del procedimiento hasta que finalice el plan (recordar que puede tener una duración de diez años).

Cuestión importante es que el ordenamiento francés no permite las cláusulas contractuales que autoricen la resolución de contratos, ante una declaración de concurso, al contrario de lo que sucede en derecho concursal español¹⁷.

La legislación gala establece dos comités de acreedores, dependiendo de los créditos que se tengan antes de la apertura del procedimiento. Uno compuesto por entidades de crédito y sociedades asimiladas y el segundo formado por los principales proveedores de bienes y servicios.

Los porcentajes para su aprobación son menos severos que los “*scheme of arrangement*” ya que solo es necesario el voto favorable de dos tercios del valor de los créditos de los acreedores que votan el plan, siendo vinculante para todos, incluso los para los disidentes. No obstante debe ser aprobado por los dos comités.

Una vez aprobado, el juez comprobará que están protegidos los intereses de todos los acreedores, procediendo a la ratificación del acuerdo.

SAUVEGARDE ACCÉLÉRÉE.

Se introdujo en 2011 y desde 2012 se admite otra variante, la “*Sauvegarde financière accélérée*”.

Es requisito indispensable para la “*Sauvegarde accélérée*”, haber comenzado un procedimiento de conciliación y tener diseñado el plan de reestructuración. Es la propia empresa deudora la que inicia el proceso, debiendo presentar las cuentas anuales certificadas por un comisario de cuentas o por un experto contable. Además de otros requisitos como que su número de empleados¹⁸ debe ser superior a veinte o su cifra de

17 Para ello véase el art. L622-13.1 del Código de Comercio francés y compárese con el art 62 LCon relativo a la resolución por incumplimiento: La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos...”

18 El comité de empresa o los representantes de los trabajadores son consultados a lo largo de todo el procedimiento, incluso en la apertura del expediente por el Juez. Teniendo un privilegio especial en el cobro de sus salarios derivado de la legislación laboral francesa, de similar manera que en nuestra legislación. No sucede lo mismo con las legislaciones inglesa y alemana que tienen un carácter menos social.

negocios superior a 3 millones de euros. La duración está limitada a tres meses para la aprobación del convenio, que deberá ser aprobado por la mayoría de dos tercios de los créditos.

El tribunal pasados estos tres meses resolverá la finalización del procedimiento, y supervisará que el plan, en el que constará el informe del conciliador o mediador, se sujete a las expectativas de los acreedores. En ningún caso este procedimiento se convertirá en concurso o en liquidación judicial.

La **sauegarde financière accélérée**, es un procedimiento variante del anterior, pensado para empresas fuertemente endeudadas con entidades de crédito, y que han obtenido el apoyo de la mayoría de estos acreedores en el proceso de conciliación. Tiene por objeto resolver lo más rápidamente posible las dificultades que pueda plantear la negativa al acuerdo de algunos de estos acreedores a participar en la conciliación.

Las condiciones para la apertura del procedimiento son las mismas que para la "*Sauvegarde accélérée*", y la duración se limita a un mes, pudiéndose prorrogar un mes más.

En cuanto a los efectos, supone una paralización de los pagos, de los intereses, de las ejecuciones, etc...siguiendo la empresa con su normal actividad.

Al igual que en el procedimiento anterior, el plazo de un mes es de caducidad, de no llegar a un acuerdo se pone fin al mismo, no dando lugar ni al concurso ni a la liquidación¹⁹.

LE MANDAT AD HOC.

Se trata de otro procedimiento preconcursal, para las empresas, personas físicas o jurídicas, profesiones liberales, asociaciones que se encuentre con dificultades financieras.

Es el deudor el que solicita al tribunal²⁰, mediante formulario²¹ al que se puede

19 Ambos procedimientos se encuentran recogidos en los artículos L 628-1 a 19 del Código de comercio francés. También se puede consultar

<http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F22327.xhtml> y

http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_gen_es.htm

20 El Juez fija los objetivos a cumplir, la duración del procedimiento y de acuerdo con el deudor, la remuneración del mandatario,

21 http://www.greffe-tc-paris.fr/fr/difficultes-des-entreprises/mandat_ad_hoc.html

acceder a través de internet, el nombramiento de un mandatario ad hoc²², cuya misión es ayudar al deudor a negociar su deuda con sus diferentes acreedores, pero también cualquier otro problema que se presente. Si bien el deudor también puede designar a alguien de su confianza.

El deudor en cualquier momento podrá solicitar la finalización del procedimiento, de igual manera que si se insta un concurso o liquidación se pondrá fin al mandato.

LA CONCILIACIÓN.

Es un procedimiento confidencial por el que el deudor intenta negociar un acuerdo con sus principales acreedores. Para ello, la empresa debe estar en dificultades económicas existentes o previsibles²³

Es un procedimiento que sólo puede iniciar el deudor, presentando solicitud al tribunal de comercio en la que se adjuntaran las cuentas anuales, el último balance de la empresa, los créditos mencionando sus titulares y sus vencimientos y otros documentos de interés. A continuación, el presidente del tribunal nombra un conciliador y, de igual manera que en el mandato, puede ser propuesto por el deudor.

La primera función del conciliador es la de establecer un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, para poner fin a las dificultades financieras de aquel, así como continuar con la actividad empresarial y el mantenimiento de los puestos de trabajo. También puede sugerir que se produzca una cesión de bienes y derechos, para el pago de las mismas a través del procedimiento de "*sauvegarde*" o declarar el concurso.

Mediante este acuerdo se pueden establecer una graduación o redistribución de los pagos o la remisión de ciertas deudas, así como la obtención de ciertos créditos para poder continuar con la actividad o poder reestructurar la empresa.

El deudor puede solicitar la homologación del acuerdo bajo ciertas condiciones, como no estar incurso en cesación de pagos, no lesionar los derechos de los acreedores que

22 Normalmente es un experto económico o financiero, que intentará evitar siempre el empeoramiento de la situación de preinsolvencia

23 Una vez más se alude a un estado de preinsolvencia, que al igual que sucede en la legislación española, es difícil de detectar. ¿Como se separa el límite entre la preinsolvencia o la solvencia?. A título de curiosidad, el servicio público francés establece un cuestionario de prevención de la insolvencia. Véase <http://www.entrepriseprevention.com/Menu-Gauche/Ou-vous-situez-vous-Autodiagnostic-rapide>

no han suscrito el acuerdo y, sobre todo, que el pacto le permita continuar con su actividad empresarial. Por supuesto, los efectos de la homologación judicial son importantes, entre ellos nos encontramos con la prohibición de iniciar las ejecuciones singulares de los acreedores que lo han firmado, aunque al mismo tiempo gozan de una prioridad de pago.

El incumplimiento o la imposibilidad de llegar a un acuerdo, permite al tribunal finalizar el procedimiento de Conciliación.

ALEMANIA.

"GESETZ ZUR REITEREN ERLEICHTERUNG DER SANIERUNG VON UNTERNEHMEN (ESUG)".

Como en el resto de países vistos hasta ahora, la Ordenanza de Insolvencia alemana, prioriza también una salida negociada para el deudor y sus acreedores, introduciendo mecanismos de reestructuración de la deuda.

Se legitima únicamente al deudor para solicitar la apertura del procedimiento basándose en un inminente falta de liquidez, y no por cualquier otra razón coyuntural a su situación financiera.

Una vez presentado ante el tribunal que deba conocer, éste concederá al deudor un periodo de tiempo en el cual deberá realizar un plan de reestructuración²⁴ de sus deudas, al que será necesario añadir una certificación emitida por un abogado o un especialista contable (*Bescheiniger*) en la que se estime su viabilidad, y que el deudor no se encuentre todavía en situación de insolvencia.

El deudor no pierde su capacidad de administración (*Eigenverwaltung*) mientras duren las negociaciones. No obstante éstas se supervisarán por un administrador (*Sachwalter*) designado por el deudor y que, en ningún caso, será la misma persona que ha emitido la certificación (*Bescheiniger*).

Las negociaciones, como en anteriores legislaciones, también tienen un periodo de

²⁴ Este plan podrá ser a propuesta tanto del deudor (como en el *prepackaged* plan estadounidense) como de sus acreedores (tal y como sucede en los *schemes* ingleses) o incluso de un especialista en reestructuraciones empresariales. Véase la nota 49, en derecho alemán también se incluye una parte descriptiva del deudor y otra explicativa de como se va a desarrollar el plan de pagos.

caducidad ya que no podrá exceder de los tres meses. También se podrá dar por finalizado cuando el deudor no disponga de liquidez o el plan de reestructuración no sea viable. Siendo posible que los acreedores puedan solicitar la conclusión de las negociaciones si así lo deciden y lo expresan de manera expresa.

Durante este periodo de tres meses, el juez alemán podrá impedir que se ejecuten bienes y los acreedores podrán resolver sus contratos porque no se le otorga una especial protección²⁵. Todo esto apunta a que la empresa deudora ha mantenido la negociación con los más importantes deudores y proveedores, ya que, de no ser así, se frustraría la continuidad de la actividad empresarial.

De la misma manera que en los “*scheme*” ingleses, el juez supervisará la clasificación de los acreedores y el plan propuesto. Este control no es muy exhaustivo se limitará a un control de forma, no de fondo. Una vez que el Juez lo aprueba, se remitirá al Comité de acreedores, al comité de empresa, e incluso a organizaciones de expertos independientes.

Cumplidos estos trámites es cuando el plan se somete a votación, siendo necesario el voto favorable de la mayoría de los acreedores presentes en la misma, y que ostenten más de la mitad de los créditos frente al deudor.

Los créditos garantizados, pueden ser modificados tal y como sucedía en los “*schemes*” ingleses. Para ello, se deben detallar las variaciones y los acreedores que ostenten tales créditos formarán una clase especial, debiendo aprobar el plan de forma independiente. A diferencia de la legislación inglesa, el plan se puede extender a los acreedores disidentes siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que el plan no los coloque en una posición desfavorable respecto a la que estarían en caso de no existir el plan de reestructuración.
2. Que si el plan permite incluirlos, se le otorgará a sus créditos el mismo valor económico que al resto de los acreedores.
3. Que la mayoría de las clases hayan aprobado el plan.

²⁵ Como ya se ha introducido, el derecho español sigue esta línea; No así el derecho galo que prohíbe en su derecho cláusulas en las que se permita la resolución de los contratos por encontrarse tramitando un expediente de preinsolvencia o insolvencia.

ITALIA.

"CONCORDATO PREVENTIVO" Y EL "ACCORDO DI RISTRUTURAZIONI DEI DEBITI".

ELCONCORDATO PREVENTIVO.

Se desarrolla por completo ante la autoridad judicial. y el único legitimado para interponerlo es el deudor. Para que sea admitido, deberá presentarse con una serie de documentos, tales como el informe de un experto independiente, la viabilidad del plan y una clasificación de los acreedores²⁶.

El juez como en los “*schemes*” realiza un análisis sucinto, comprobando la clasificación de los acreedores. Superado este control, el Juez nombra un Magistrado para que conozca del procedimiento, un comisionado judicial y convocará la Junta de acreedores dentro del mes siguiente.

El deudor conserva la administración de la unidad productiva como en el resto de legislaciones mencionadas. Tampoco los acreedores podrán ejecutar sus garantías o derechos mientras dure el procedimiento o se dé por finalizado. En cuanto a los contratos estos podrán ser resueltos a petición del deudor en la solicitud de apertura del concordato.

Para su aprobación es necesario que voten a favor el 51% de los acreedores con derecho a voto, si el pasivo está dividido en clases, para aprobarse será necesario el 51% de cada clase, tal como sucede en derecho alemán. El convenio será vinculante para los que hayan votado y no tengan ningún tipo de garantía. Sólo cuando la garantía no cubra la totalidad de su crédito podrán votar el plan de reestructuración. Una vez aprobado el plan por los acreedores, el juez supervisará que se ha cumplido el procedimiento y lo homologará.

ACCORDO DI RISTRUTURAZIONI DEI DEBITI.

Al igual que el anterior fue introducido en 2005, pero no fue hasta 2007 cuando tras varias

²⁶ La documentación necesaria se regula en el artículo 161 de la Legge fallimentare, se exige la descripción del negocio y explicación de la situación financiera de la empresa, balance de la compañía donde se valoren los activos entre otros.

reformas se empezó a utilizar. A ello contribuyó la jurisprudencia del Tribunal Supremo Italiano.

Este procedimiento comienza con una fase extrajudicial en la que el deudor es el que realiza un plan de reestructuración que, para que sea ejecutado, ha de tener el apoyo del 60% de los acreedores. En estos términos se hace necesario el informe de un experto independiente que justifique la viabilidad y factibilidad del plan.

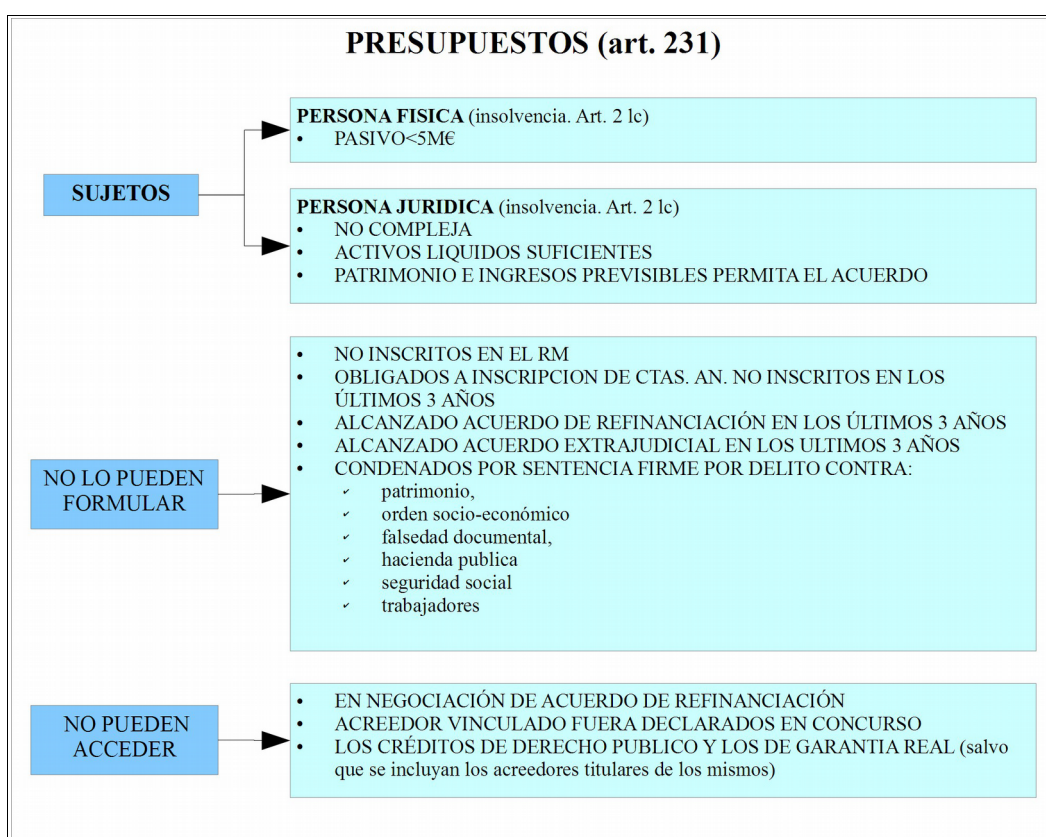
Concluidas estas actuaciones, el deudor presenta el plan ante el Registro Mercantil, para que se haga público y, a partir de aquí, los acreedores tendrán un mes para oponerse al mismo. Mientras tanto el Juez, en fase judicial, supervisará la documentación y aprobará o no el plan.

No se prohíben, durante las negociaciones, las ejecuciones singulares por parte de los acreedores aunque el deudor puede solicitarlo, aportando la documentación exigida en el art.161 de la *Legge fallimentare* (vid supra) ante el juez. Sin embargo la paralización de las ejecuciones es automática una vez que el plan ha sido presentado en el Registro Mercantil.

A diferencia del Concordato preventivo, los efectos del acuerdo no se extienden a los acreedores disidentes.

Por último cabe mencionar el “*Piani di risanamento attestati*”. Es el procedimiento más sencillo y se desarrolla en su totalidad extrajudicialmente, salvo que se incumpla en cuyo caso, se impugnará ante el Juez. Consiste en el diseño por parte del deudor de un plan de viabilidad, que tendrá que ser certificado por un experto. En cuanto a sus efectos no vincula a los deudores que no hayan participado en el mismo.

III.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS



En lo que respecta al **presupuesto objetivo o insolvencia**, definida en el art. 2 LCon, en el AEP, ésta se deduce de la confesión del deudor que deberá justificarse mediante balance.

En relación con la anterior surge la duda, tanto en el concurso como en el AEP, de cuánto tiempo debe durar la insolvencia, ya que en virtud del art. 5bis LCon, por la simple comunicación al Juzgado de lo Mercantil, se paralizan las ejecuciones singulares de los acreedores, lo que podría provocar un abuso de este procedimiento. Y por otro lado determinar cuando una empresa se encuentra en estado de preinsolvencia, (lo que en términos anglosajones se denomina “*Financial Distress*” o en el Derecho francés o belga

“*entreprises en difficulté*” y en el alemán “*Drohende Zahlungsunfähigkeit*”)²⁷ y cuando se produce esa insolvencia definitiva que resulte irreversible. Porque si atendemos al fin que persigue el legislador con el AEP, no es otro que negociar la crisis y asegurar la continuidad de empresas viables y para el caso de que la empresa resulte inviable, se permite hacer efectiva la liquidación. Por lo que en cierta manera o tácitamente se está permitiendo también el acceso a este procedimiento extrajudicial, a situaciones de insolvencia definitiva.²⁸

Con respecto al **presupuesto subjetivo**, la ley hace referencia tanto al **deudor persona natural** (art. 213.1 LCon) como a la **Persona Jurídica**, (art. 231. 2 B LCon) con ciertos requisitos. En el caso de que esta persona jurídica sea declarada en concurso, éste no debe revestir especial complejidad, y para ello se hace una remisión al art. 190 LCon, precepto que alude a tres criterios (que el deudor tenga menos de cincuenta acreedores, que el pasivo no supere los cinco millones de euros o que su activo no alcance los cinco millones de euros). Pero el art. 190 LCon deja a la discrecionalidad del Juez que el concurso se lleve cabo por el procedimiento ordinario o el abreviado, por lo tanto, lo mismo se tendrá que exigir a Notarios o Registradores, que deberán comprobar si concurren algunos de estos tres supuestos. Asimismo el deudor deberá disponer de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo²⁹ y por último que su patrimonio e ingresos previsibles³⁰, permitan lograr el acuerdo, conforme al art. 236 LCon.

En cuanto a las **prohibiciones o exclusiones** previstas en el art. 231. apartados 3 y

27 Véase Finch, V. *Corporate and Insolvency Law*, 2ª Edición., Cambridge 2009, pag. 146 “*Dicha situación conlleva al incumplimiento contractual (default of contract), a la liquidación o la reorganización judicial o extrajudicial*”.

28 En este sentido se expresa Luis Fernández del Pozo, “La naturaleza preconcursal del Acuerdo extrajudicial de Pagos” en la Revista Anuario de Derecho Concursal, número 32 (2014, en los siguientes términos” Abrir el precurso a la insolvencia irreversible, es algo que viene exigido por la eficacia económica de un moderno sistema de prevención, sobre todo por razones técnicas, porque la preinsolvencia es muy inestable y puede mudar a insolvencia definitiva en cualquier momento”

29 La retribución del mediador concursal remite a la normativa propia de los Administradores concursales, de conformidad con la remisión a la Disposición Adicional Octava. Por lo que habrá que atender al RD 1860/2004 de 6 de septiembre y al art. 34 LCon.

30 Estimación que deberá ser hecha por el deudor, y que en un principio se proyecta sobre hechos futuros e inciertos, por lo que debe aceptarse ciertas valoraciones subjetivas, pero que por ello no dejan de ser razonables. Existe una clara disposición normativa a que estos acuerdos se alcancen, y se limite a quienes tienen una aptitud objetiva para cumplirlos. De otra manera carecería de sentido, permitir el acceso de ciertos deudores a esta institución, cuyo propósito sería el beneficiarse de la protección que ofrece frente a algunos acreedores. Sánchez Calero, J “El Acuerdo Extrajudicial de Pagos”. Revista Anuario de Derecho Concursal.nº31 Mayo 2014

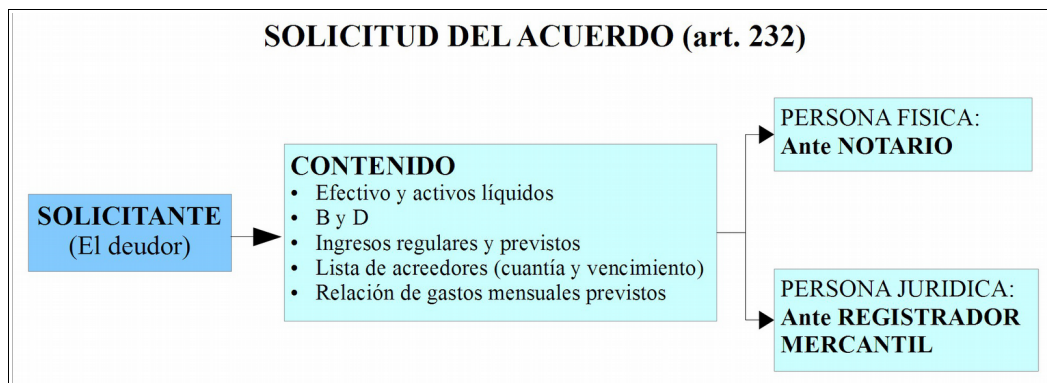
5 de la LCon, la primera alude a la existencia de una condena penal previa, que incluye tanto los delitos contra el orden socioeconómico como algunos más específicos, contrarios a los intereses del concurso, que deberían tener una especial valoración, como los delitos contra la Hacienda Pública o los derechos de los trabajadores. Esta es una exigencia que también está prevista en otras normas mercantiles y en materia de contratación pública.

La siguiente prohibición se corresponde con el incumplimiento de las obligaciones básicas de todo empresario. Dado que la publicidad registral a la que se somete la información contable, actúa en interés tanto del deudor como de sus acreedores, y además tratándose de una inscripción obligatoria para las personas jurídicas y potestativa para los “empresarios individuales”, manifiesta cierta incompatibilidad con la filosofía de buena fe en las negociaciones que rige el AEP, aunque también es cierto que se han flexibilizado las exigencias de contabilidad para las empresas de menor dimensión (Ley 14/2012 que modifica el Código de Comercio y de la Ley de Sociedades de Capital).

La tercera prohibición implica cierta conducta por parte de deudor. No podrá solicitarlo quien en los tres años (plazo general fijado en la ley concursal) anteriores hubiera alcanzado un AEP, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o solicitado el concurso. Ya que no tendría sentido instar un nuevo procedimiento extrajudicial, cuando aún no han terminado los plazos para el cumplimiento de los pagos, además de someter a los deudores a una nueva espera, dilatando por último el deudor, indefinidamente la insolvencia. El propio AEP, no puede sobrepasar los tres años de aplazamiento en el pago de sus deudas.

En cuanto a la última prohibición, de no poder iniciar el AEP si alguno de los acreedores hubiera sido declarado en concurso, circunstancia que a priori podría pasar inadvertida al notario o registrador, tiene su justificación en evitar la posible disminución de la masa activa del concurso del acreedor.³¹

31 Senes Motilla Carmen, considera que la prohibición opera si el acreedor ha sido declarado en concurso en el momento de la admisión a trámite de la solicitud del AEP y no cuando la circunstancia sobreviene, una vez que el procedimiento extrajudicial se ha puesto en marcha. Revista General de Derecho Procesal, nº32 (2014). Disponible en Revistas@iustel.com

SOLICITUD DEL ACUERDO (Art. 232 LCon).

La solicitud del acuerdo es incompatible con la admisión a trámite del concurso y con los acuerdos de refinanciación³². El que solicita el acuerdo es el deudor, ya sea persona física o jurídica. En este último caso podrá solicitarlo el órgano de administración, mediante instancia ante el Notario si es persona física o ante el Registrador Mercantil si es persona jurídica³³.

Dentro de la solicitud el deudor deberá hacer constar:

- Sus activos líquidos
- Bienes y Derechos.
- Los ingresos regulares que tiene previstos.
- Una relación de acreedores, especificando la cuantía y el vencimiento de sus créditos, indicando al mismo tiempo, los créditos de derecho publico y los que tengan una garantía real.
- Los contratos vigentes.
- Los gastos mensuales previstos.
- Si está casado, la identificación de su cónyuge y su régimen matrimonial. En caso

³² El art.231.4 LCon prohíbe que puedan acceder al AEP quienes se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación.

³³ El art. 232.3 LC, en su segundo inciso alude a la inadmisión de la solicitud, que será atribuida también al Notario o al Registrador, cuando el deudor no justifique debidamente los requisitos exigidos, o cuando le afecten la prohibiciones previstas en el art. 231.3 y 4 o faltaren algunos de los documentos exigidos. El Consejo General del Poder Judicial critica esta taxativa inadmisibilidad, proponiendo la posibilidad de subsanar tales deficiencias. Indudablemente debería tratarse de un periodo brevísimo dado que para el Acuerdo Extrajudicial de pagos se imponen plazos muy breves. Véase informe del Consejo General del Poder Judicial, aprobado el 26 de Junio de 2013 .

de separación de bienes, este requisito no es necesario.

- Si esta obligado a la llevanza de contabilidad, deberá aportar las cuentas anuales de los últimos tres ejercicios.

En mi opinión, al igual que en el concurso y en otras instituciones preconcursales europeas³⁴, se debería añadir una breve historia de la empresa, en la que se indique su año de fundación, créditos, compras, en definitiva datos o hechos que le han llevado a la situación de insolvencia. Añadir que en el informe emitido por el Consejo General de Poder Judicial, sobre el Anteproyecto de la ley 14/2013 de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización, manifiesta la conveniencia de que el deudor aporte, el certificado de antecedentes penales y su manifestación expresa de que no le afecta ninguna de las prohibiciones del art. 231.3 LCon.

NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL (Art. 233 LCon).



La introducción de este procedimiento, intenta aligerar la saturación que sufren los Juzgados de los Mercantil, en el ámbito concursal. La mediación se configura como una solución de controversias en las que el mediador no impone una solución como en la jurisdicción o el arbitraje, sino que intenta aproximar las posiciones de las partes.³⁵ El nombramiento se hará de forma secuencial de la lista oficial suministrada por:

- El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

De conformidad con la Ley 5/2012 de 6 de julio y el art. 27.1 LCon, este Registro

³⁴ Véase nota 49 y 61, que hacen referencia a la inclusión en la solicitud de una parte descriptiva del deudor. En el mismo sentido se pronuncia la "*Legge fallimentare*", tras la reforma sufrida en 2012.

³⁵ Según la ley 5/2012 de 6 de julio, los principios que rigen la mediación son : 1) la reducción de costes económicos y temporales 2) La neutralidad 3) La confidencialidad 4) La flexibilidad. Anuario de Derecho Concursal. Número 31, Esperanza Gallego "La mediación concursal".

deberá elaborar una lista oficial de Mediadores Concursales, que se publicará en el BOE, y que estará en poder de Registradores y Notarios³⁶. Pudiendo recaer el nombramiento tanto en una persona física como jurídica.

El Estatuto jurídico del mediador estará regido supletoriamente por lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes, tal como dispone los arts. 338 a 349 del Real Decreto 1.784/1996 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. El mediador también se verá afectado por ciertas incompatibilidades que se recogen en los arts. 124 LEC, art. 219 LOPJ y en el art. 28 LCon., causas que deberá analizar él mismo aunque también puede ser recusado por el deudor o por los acreedores; recusación que se planteará 342 del Reglamento del Registro Mercantil.

El mediador dispondrá de un plazo de cinco días desde la notificación de su nombramiento por el Registrado o Notario, para aceptar el cargo. Este plazo es de caducidad, por lo que la falta de aceptación obliga al nombramiento de uno nuevo.

Una vez producido el nombramiento tanto por el Registrador Mercantil como por el Notario, éstos deberán:

- Dar cuenta a los registros públicos de bienes, para que a partir de ese momento, no puedan anotarse embargos, salvo los que procedan de los acreedores de derecho público (Hacienda y Seguridad Social) o los titulares de créditos garantizados que hayan optado por no participar en el acuerdo.
- Comunicar de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para que declare el concurso³⁷ y ordene su publicación en el registro público concursal. Esta comunicación tiene unas consecuencias positivas y negativas para el deudor. Por una lado, la positiva es que se le permite continuar con su actividad empresarial. Y las negativas serían el veto a solicitar nuevos créditos y la utilización de cualquier

36 En abril de 2014 todavía no había sido posible el acceso a la lista por la que Registradores y Notarios debían nombrar al mediador, en orden secuencial. Habiéndose producido en aplicación de la ley, ya algunas solicitudes, y ante la imposibilidad de continuar el procedimiento porque no se pudo designar mediador, algún deudor instó ante los Juzgados de lo mercantil, la adopción de medidas cautelares que el protegieran de la posible ejecución de sus acreedores. Véase Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona de 24 de enero de 2014. Porque la protección contra esas ejecuciones comienza, una vez que el mediador concursal ha aceptado el cargo. En el Auto, se extiende esta protección durante 3 meses en previsión de que la designación se complete en ese plazo.

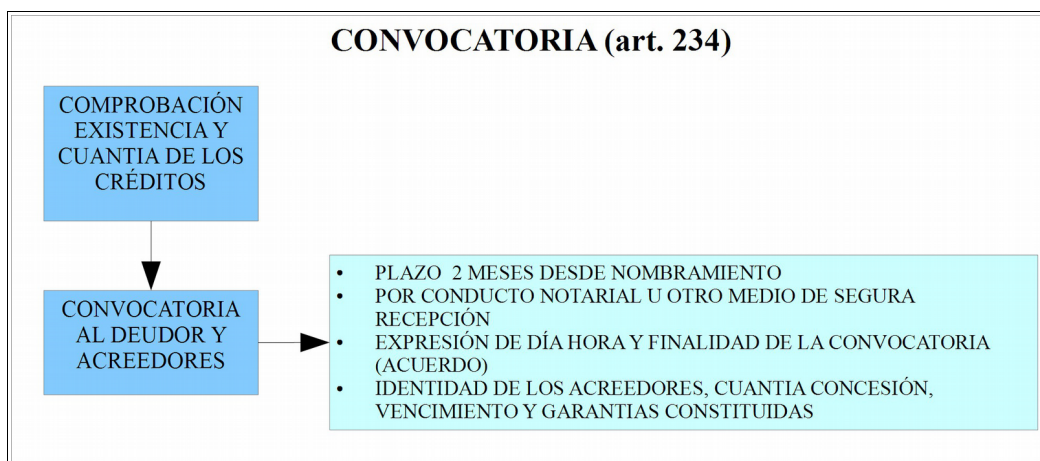
37 Quiero suponer un error del legislador, cuando en el art. 233. 3 in fine al comunicar al juez la apertura de negociaciones, declare el concurso porque no existe tal concurso. En todo caso declarar la existencia de tales negociaciones o del inicio del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

medio electrónico de pago, en parte porque debe devolver las tarjetas de crédito a la entidad emisora³⁸.

En cambio los efectos para los acreedores se producen desde la publicación del expediente. No podrán solicitar la declaración de concurso mientras se negocia el acuerdo hasta un plazo máximo de 3 meses y tampoco continuar o iniciar ejecuciones contra el patrimonio del deudor. Los acreedores con garantía real, si deciden participar en el acuerdo, se abstendrán de continuar o iniciar procedimientos de ejecución. (Art. 235 LCon)³⁹.

- Comunicar también el inicio del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, a la Agencia Tributaria⁴⁰, a la Seguridad Social y a la representación de los trabajadores.⁴¹

CONVOCATORIA (Art. 234 LCon).



38 La crítica a este efecto se basa en el desincentivo que supone para el deudor, para acudir a este procedimiento que es voluntario.

39 Véase Juan Sánchez Calero. "el Acuerdo Extrajudicial de pagos". Anuario de Derecho Concursal. Número 31. Consecuencias y efectos de la comunicación al juzgado, pag.33 y 34.

40 En virtud de la Disposición Adicional séptima de la Ley Concursal, el deudor deberá solicitar una aplazamiento o fraccionamiento de pago, sometido a la normativa especial de la LGT. Lo mismo sucede con la Seguridad Social. Se trata de obtener un acuerdo con las Administraciones Públicas. Los titulares de éstos créditos quedan fuera de las negociaciones.

41 Es la única mención a los trabajadores, y según el informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de junio de 2013, debería regularse de forma más expresa, porque el futuro acuerdo que se pudiera alcanzar es muy posible que incida sobre sus derechos o intereses. Sin olvidar que en un momento dado, pueden optar a la adquisición de la unidad empresarial.

En los diez días (no se excluyen los días inhábiles. Art. 5.2 CC, criterio general) siguientes a su nombramientos el mediador concursal deberá.

- Comprobar la existencia y cuantía de los créditos.
- Convocar al deudor y a los acreedores en los dos meses siguientes a la aceptación del cargo. Se excluyen los acreedores de Derecho Público.

La convocatoria se hará por conducto notarial o por cualquier otro medio siempre que se asegure la recepción de la misma por los acreedores. Esta también podrá efectuarse teniendo los mismos efectos mediante correo electrónico.

En la convocatoria se expresará el lugar⁴², día y hora, así como la finalidad de la misma, que no es otra que alcanzar un acuerdo. En ella constará la identidad de cada uno de los acreedores, la cuantía de su crédito, la fecha de concesión, el vencimiento así como las garantías personales o reales constituidas. Así mismo el mediador podrá añadir las indicaciones que considere oportunas en relación con la Ley Concursal, como el deber de asistencia de los acreedores, la mayorías exigidas etc.. La reunión deberá celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo (art. 234 LCon).

Los acreedores con garantía real⁴³ que voluntariamente quieran intervenir en el acuerdo, deberán comunicarlo al mediador concursal en el plazo de un mes. Su inclusión voluntaria les impide ejecuciones singulares sobre los bienes del deudor.

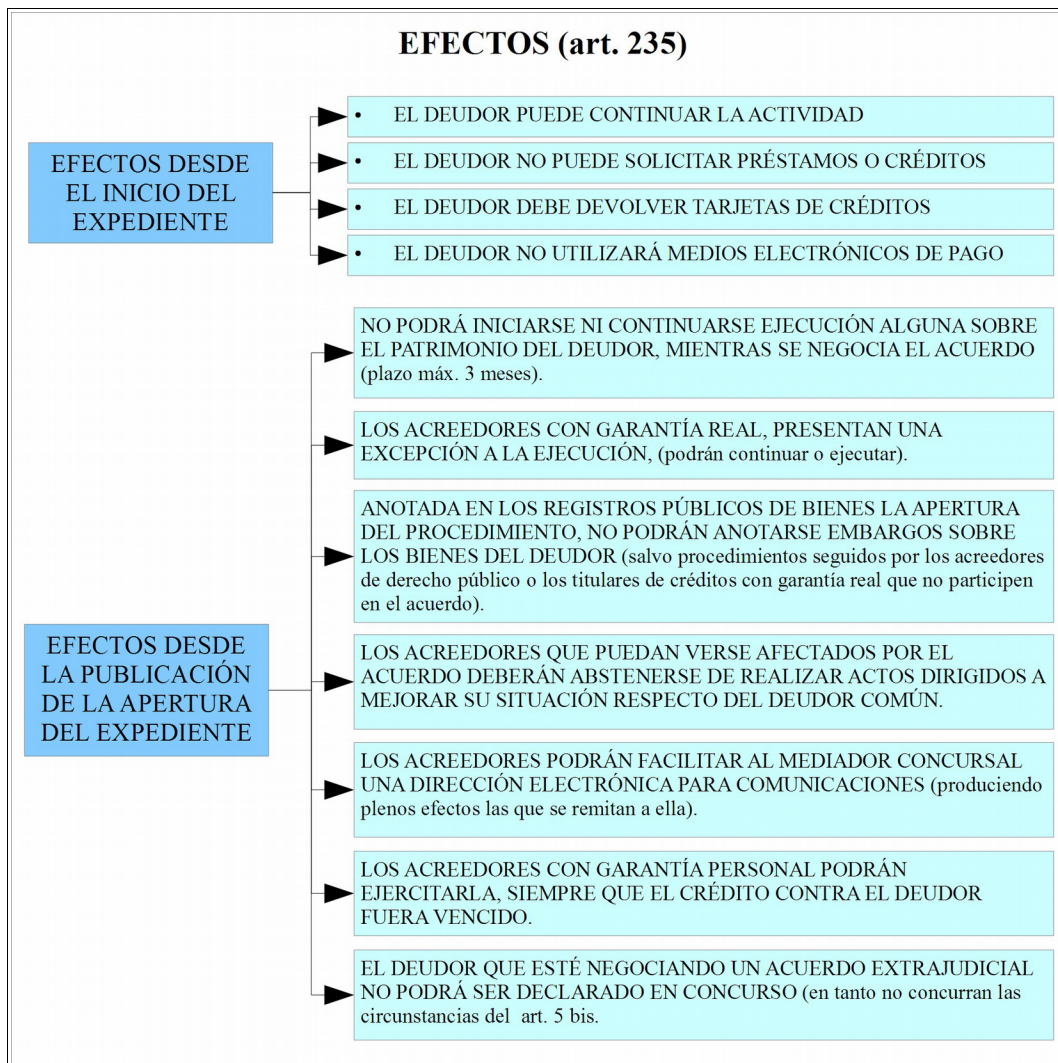
De la misma manera que el mediador convoca la reunión, puede desconvocarla, en el supuesto del art. 236.4 LCon, cuando la mayoría de los acreedores deciden no continuar con las negociaciones, lo que obliga al mediador a solicitar el concurso consecutivo. O bien cuando no ha tenido el tiempo suficiente para realizar todas sus funciones encomendadas antes de la reunión.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o modificaciones.

42 El lugar de celebración de la reunión por razones operativas será el domicilio del deudor, aunque nada impide que el mediador decida celebrarla en otro lugar porque así lo ha requerido cualquier acreedor o un tercero. Lo que si es claro es que es el mediador, el competente en todas las cuestiones organizativas.

43 Quedan fuera del AEP, "*mantienen un derecho de separación respecto de los demás acreedores*". No obstante se les reconoce el derecho a participar en las negociaciones, perdiéndolo se deciden ejecutar la garantía. Juan Sánchez Calero. "el Acuerdo Extrajudicial de pagos". Anuario de Derecho Concursal. Número 31.

EFFECTOS (Art. 235 LCon).



Tal y como se señala en el cuadro, se debe distinguir entre:

1.- Una vez solicitada la apertura del expediente:

- El deudor podrá continuar con su actividad laboral.
- No podrá solicitar préstamos o créditos⁴⁴
- Devolverá las tarjetas de crédito.
- Se abstendrá de utilizar medios electrónicos de pago

⁴⁴ En opinión de algunos autores consultados esta prohibición sobre el deudor de utilizar medios de pago electrónico durante la tramitación del AEP y obligación de devolver las tarjetas de crédito a las entidades que las emitieron reduce considerablemente las operaciones encaminadas a la continuidad de la actividad..

2.- Desde la publicación de la apertura del expediente:

- No podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio de deudor, por lo que la paralización es provisional mientras se negocia el acuerdo, hasta un plazo máximo de tres meses. Se establece por tanto una analogía con el art. 55 LCon, aunque aquí no existe mandato judicial para ello⁴⁵.
- Los acreedores con garantía real presentan una excepción a la ejecución ya que podrán continuar o ejecutar dependiendo de su decisión.
- Anotada en los registros públicos de bienes, la apertura del procedimiento, no podrán anotarse los embargos sobre los bienes del deudor, salvo que correspondieran a procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público o los titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo.
- Los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.
- Los acreedores podrán facilitar al mediador concursal un dirección electrónica para la práctica de las comunicaciones, produciendo plenos efectos todas las que se remitan a la dirección facilitada.
- Los acreedores con garantía personal podrán ejercitarla, siempre que el crédito contra el deudor fuera vencido.
- El deudor que esté negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias del 5 bis LCon.

La iniciación del expediente no impedirá que el deudor continúe con su actividad, si bien su capacidad de obrar no queda restringida como en el concurso necesario, si que se ve limitado en su financiación, puesto que deberá abstenerse de solicitar préstamos, devolverá las tarjetas de crédito a la entidad financiera, no pudiendo en consecuencia utilizar medios electrónicos de pago. Me parece acertada esta previsión legal de limitar únicamente sus medios de pago, ya que de limitar la capacidad del deudor, si que sería necesaria la intervención judicial, tal y como sucede en derecho comparado.

⁴⁵ Tanto Carmen Senés como Juana Pulgar, consideran la paralización de las ejecuciones un exceso, en conexión con lo que supone un mero intento de alcanzar un Acuerdo Extrajudicial de pagos. Senés Motilla, Carmen. Revista de Derecho Civil. Vol.1, número 1. Páginas 49 a 68

Estableciendo una comparativa con la fase común del concurso, en la que se determina la masa activa y la masa pasiva, se comunican y se clasifican los créditos, se califica a los acreedores⁴⁶, en definitiva donde se realizan una serie de actuaciones, en la mayoría de los casos complejas. Con la desjudicialización de esta fase en el AEP, llama la atención porque en apariencia es algo sencillo, y que el mediador efectúa con la información que obtiene de la solicitud del acuerdo y del deudor. Como se explicará más adelante en el apartado de derecho comparado, este tipo de actos están sometidos a supervisión judicial. El tiempo y la práctica dirá cual es la solución más aconsejable⁴⁷.

La mayoría de estos efectos constituyen una protección de gran calado para el deudor, frente a los acreedores y tienen un carácter personalismo, no pudiendo extender sus efectos a sus obligados solidarios ni a sus garantes, ya que podrán ser demandados siempre que su crédito esté vencido, ex lege 235.5 y 240.3 LCon.

PLAN DE PAGOS (Art. 240 LCon).

Como mínimo 20 días naturales antes de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores con el consentimiento del deudor, un plan de pagos. La quita no podrá superar el **25%** del importe de los créditos y la espera tampoco podrá superar los **3 años**.

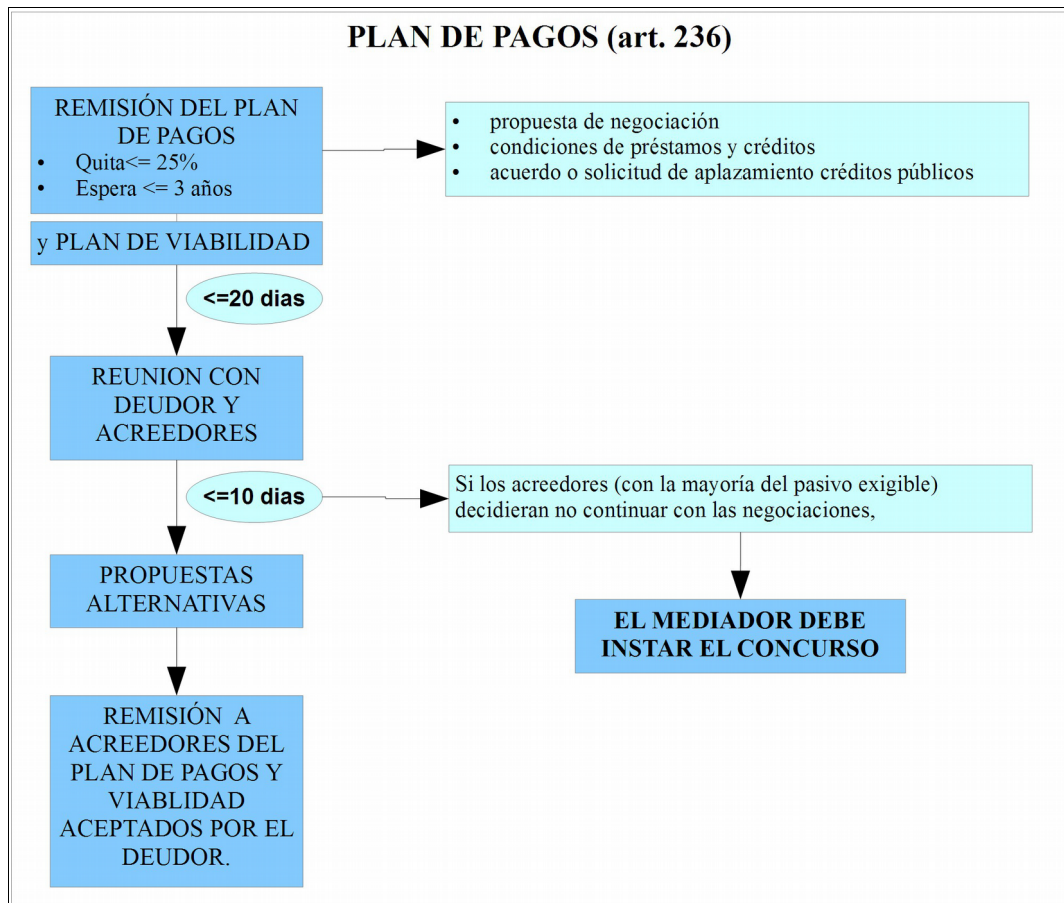
El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad, que contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y un plan de continuación de la actividad profesional.

El plan de pagos debe incluir una propuesta de negociación, de las condiciones de los préstamos y créditos, así como una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público. Esta propuesta de negociación podrá consistir en una cesión

46 No existe una clasificación de los acreedores, solo se excluyen a los que ostenten una garantía real, los acreedores públicos y los acreedores cuyas deudas sean posteriores a la publicación de apertura del expediente. Anuario de Derecho Concursal número 32. Fernández del Pozo, Luis, “la naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial” Páginas 143 y 144.

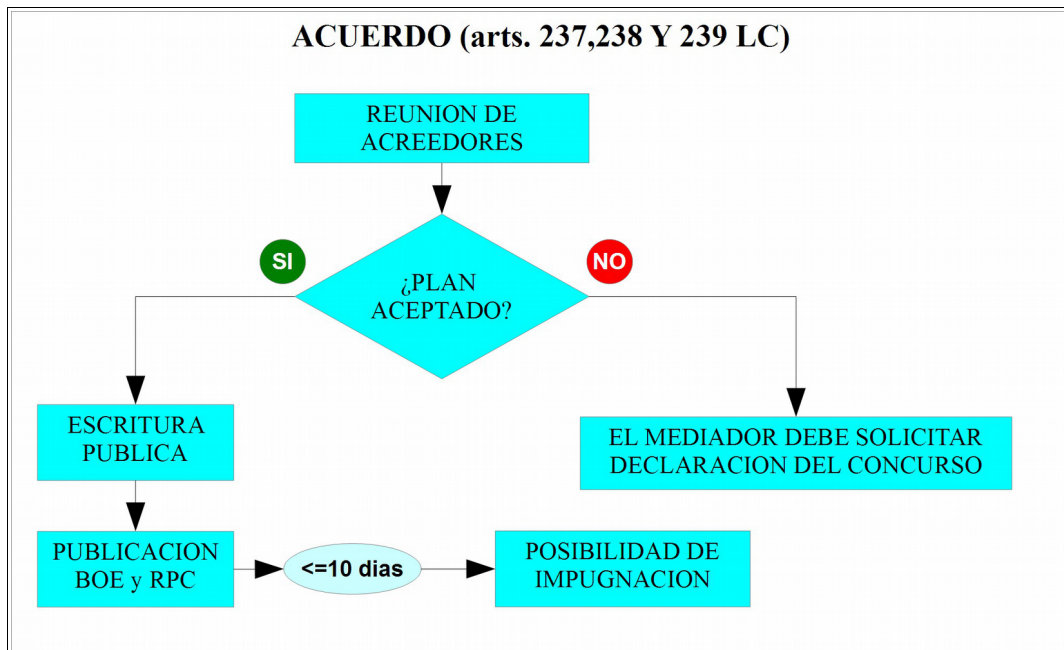
47 A pesar de la absoluta desjudicialización de la tramitación del procedimiento concursal, la ley reconoce efectos rigurosos tanto para el deudor solicitante como sobre cierta categoría de acreedores. Efectos análogos a los de la tramitación del concurso, como puede ser limitar la capacidad de obrar al deudor, en contrapartida al espacio de tiempo que se le concede para que no pueda ser solicitado el concurso necesario.

de bienes a los acreedores en pago por las deudas.



A partir de la recepción de la propuesta de acuerdo, los acreedores tendrán 10 días para presentar propuestas alternativas o de modificación. Transcurrido ese plazo, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad aceptado por el deudor. Si durante este plazo de 10 días, los acreedores que ostenten la mayoría del pasivo exigible decidieran no continuar con las negociaciones, el Mediador Concursal está obligado a instar el concurso.

EL ACUERDO (Arts. 237, 238 y 239 LCon).



Los acreedores convocados tienen el deber de asistir a la reunión, a excepción de los que ya hubiesen manifestado su oposición o aprobación en los diez días naturales anteriores a la reunión.

Se sancionará al acreedor que siendo convocado no asiste a la reunión con la calificación de sus créditos de subordinados, para el caso en el que fracasada la negociación, fuera declarado el concurso.

El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que ya manifestaron su aprobación y no asistan a la reunión. Para que el plan de pagos se considere aceptado será necesario que voten a su favor al menos el 60% del pasivo.

Si el plan de pagos consistiese en la cesión de bienes del deudor, dicho plan deberá contar con la aprobación del 75% del pasivo, más la aprobación de los acreedores que tengan constituida a su favor una garantía real sobre los bienes que constituyan la cesión.

En caso de ser aceptado, el acuerdo se eleva a escritura pública. Si el expediente lo hubiera abierto un Notario, el expediente se cerrará. Para los abiertos por el Registrador Mercantil, se presentará la copia de la escritura al Registrador para que pueda cerrar el expediente.

Tanto el Notario como el Registrador comunicarán al Juzgado de lo Mercantil el cierre del expediente, así como a los Registros Públicos para la cancelación de los asientos pertinentes. Se publicará la existencia del AEP, en el BOE y en el Registro Público Concursal. El contenido de esta publicidad, se determina en el art. 238.2 de la Ley Concursal, poniendo a disposición de los acreedores el expediente.

De no ser aceptado, existe una presunción iuris et de iure por la que el deudor continua siendo insolvente, y en consecuencia el Mediador Concursal deberá ex lege solicitar al Juez la declaración de concurso, que la acordará de forma inmediata, o bien la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa.

La impugnación del Acuerdo regulada en el art. 239 LC. Ésta deberá producirse en los diez días siguientes a la publicación del mismo, en el Registro Público Concursal y en el Boletín Oficial del Estado, ante el Juzgado de lo Mercantil al que se le haya comunicado el inicio del expediente. La legitimación activa corresponde al acreedor que no hubiera sido convocado o hubiera manifestado su oposición⁴⁸, de acuerdo con el art. 237 LCon, en los diez días naturales anteriores a la reunión. La impugnación no suspende la ejecución del acuerdo (Art.239.2 LCon).

Las causas que se establecen para la impugnabilidad del acuerdo son tasadas, tal y como se desprende de la redacción del precepto y por lo tanto solo podrán fundamentarse:

- En la falta de concurrencia de las mayorías exigidas.
- En la superación de los límites fijados en el art. 236. 1 LCon, es decir, la moratoria no podrá superar los tres años y la condonación no podrá superar el 25% del importe de los créditos, o en la desproporción de la moratoria exigida.

La tramitación se hará conforme al procedimiento previsto para el incidente concursal (Art. 239.3 LCon), siendo susceptible de apelación de tramitación preferente, dando lugar al concurso consecutivo en el caso que se declare la nulidad del acuerdo.

⁴⁸ La ley penaliza a los acreedores que habiendo recibido la convocatoria no asistan a la misma “ y no hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, calificándose sus créditos como subordinados, para el caso, de que fracasará la negociación se declarara el concurso consecutivo”. Art. 237 LCon.

EFFECTOS DERIVADOS DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO. (Art. 240 LCon).

El primer y principal efecto es que ningún acreedor podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación del expediente⁴⁹. Por supuesto esta prohibición no afecta ni a los acreedores de derecho público ni los titulares de una garantía real. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor.

El segundo de los efectos se circunscribe a los créditos, que quedarán aplazados y remitidos conforme al Convenio. En el caso de producirse una cesión de bienes, los créditos se considerarán extinguidos, en todo o en parte, en función de lo estipulado en convenio. Si el plan de pagos propuesto es rechazado, el mediador concursal está obligado a instar el concurso del deudor.

Es necesario el voto positivo del 60% del pasivo. El acuerdo también puede consistir en la cesión de bienes en pago de las deudas, si bien es necesario que vote a favor un 75% del pasivo. Si el plan de pagos es aprobado por los acreedores en su reunión, éste se elevará inmediatamente a escritura pública y se cerrará el expediente.

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS (Art. 241 LCon).

El cumplimiento del acuerdo se supervisará⁵⁰ por el mediador concursal. Si fuera íntegramente cumplido, el mediador lo hará constar en acta notarial, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal.

En caso de no ser cumplido, el mediador concursal es el encargado de solicitar el concurso consecutivo (Art.241.3 y Art. 242.1 LCon), estableciendo la ley una presunción iuris et de iure de la persistencia de insolvencia del deudor.

49 En la misma línea, el art. 240.1 in fine faculta al deudor para solicitar al Juez, la cancelación de los embargos. Para ello el deudor deberá aportar la copia del acuerdo y acreditar que la deuda que motivó el embargo, se incluye en el plan de pagos propuesto.

50 Esta supervisión faculta al mediador a recabar la información necesaria, tanto del deudor como de los acreedores, para la ejecución del acuerdo, que puede alargarse durante el plazo previsto en el art. 236.1 (tres años). Con la aprobación del acuerdo, el deudor puede continuar con su actividad profesional o empresarial, sin necesidad de comunicar todas sus decisiones al mediador. Esto no sucede en el deudor-concursado, que tiene obligación de comunicar todas sus actuaciones a la Administración concursal, cuando así lo haya estimado el Juez y se le hayan suspendido sus facultades de disposición.

IV.- IMPLICACIONES PROCESALES EN EL CONCURSO CONSECUTIVO

Se denomina así porque tiene su precedente en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos y es un concurso sin posibilidad de convenio, por que tal posibilidad se brindó al deudor con el acuerdo extrajudicial. Para acceder al mismo deben darse siguientes presupuestos:

1. **Ante el fracaso de las negociaciones.** Una vez enviada la propuesta de acuerdo a los acreedores por el Mediador Concursal, aquéllos dispondrán de diez días para formular alegaciones o proponer las modificaciones que estimen convenientes, pudiendo decidir también no continuar con las negociaciones. Art. 236.4 LCon.

El plazo máximo para alcanzar un acuerdo es de tres meses, tal y como recoge el art. 5 bis LCon y si, durante este tiempo no se llega al mismo o hay una manifestación expresa de los acreedores que representen la mayoría del pasivo de no continuar con las mismas, se entenderá fracasada la negociación. Da igual que la causa sea imputable al deudor o al acreedor. Esta situación puede suponer un claro desincentivo para acudir al Acuerdo Extrajudicial de Pagos al deudor, ya que éste podría haber solicitado el Concurso y haber concluido mediante convenio judicial (art. 111.1 LCon), que en principio y salvo que no se superen los límites establecidos para la condonación o la moratoria, no conlleva la apertura de la pieza de calificación (Véase art.167.1 LCon).

Es importante la duración de los procedimientos desde el punto de vista económico, porque con la inactividad se deterioran los activos (instalaciones, equipos, maquinaria, etc..). Y como el concurso consecutivo, se abre necesariamente con la pieza de liquidación, la asignación de los bienes a los nuevos propietarios debe efectuarse con la mayor celeridad posible. También para el caso en que se llegue a un Acuerdo Extrajudicial de Pagos, y éste consista en la cesión de bienes, también

conviene hacerlo lo antes posible para evitar la incertidumbre en los acreedores y en el proyecto empresarial que intente llevarse a cabo.

2. **No aceptación del plan de pagos por los acreedores** . Sobre el deudor recae una presunción iuris et de iure de insolvencia, por la que el mediador está obligado a solicitar inmediatamente el concurso consecutivo. Parece razonable que esa solicitud se ponga en conocimiento de los acreedores, así como al Notario o Registrador para que procedan al cierre del expediente. Puede suceder, aunque en principio parece improbable, que el deudor superase durante la tramitación del expediente su insolvencia, por lo que parece sensato que se produjese el cierre del expediente y se dispensase al mediador de solicitar el concurso, por faltar el presupuesto objetivo.
3. **Por la impugnación y posterior anulación del acuerdo**. Tal impugnación se cursará ante el juez de lo mercantil competente mediante los trámites del incidente concursal (y por las causas anteriormente expuestas). La anulación firme del acuerdo da lugar al concurso consecutivo de “carácter necesario”, tal y como argumentan en sus conclusiones los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en fecha 11 de octubre de 2013, aunque para algunos autores, como Senés Motilla, el concurso tendría “carácter voluntario”.⁵¹ Hay que recordar que la impugnación del acuerdo no incide en la ejecución del mismo. Si se declara la anulación del acuerdo, desaparecen los efectos novatorios que se hubieran pactado, de tal manera que los acreedores concurrirían al concurso con sus créditos, tal como estaban antes del acuerdo. En lo que se refiere a los posibles pagos efectuados desde la aprobación del convenio hasta su impugnación, se considerarán válidamente efectuados, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71 LCon, ya que pueden ser considerados como reintegrables, si se declara el concurso consecutivo⁵².
4. **Cuando el deudor incumpla el Acuerdo Extrajudicial de pagos**. En este caso también desaparecen los efectos novatorios del acuerdo y ante la ausencia de

51 Tanto Senés Motilla, Carmen Revista General de Derecho Procesal, nº32 (2014). Disponible en Revistas@iustel.com como López Sánchez consideran que esta declaración de concurso consecutivo procede de oficio por el juez que anule el acuerdo. Cabría la posibilidad de declarar el concurso en el mismo auto de anulación Revista General de Derecho Procesal, nº32 (2014). Disponible en Revistas@iustel.com .

52 Véase las conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de 11 de octubre de 2013

previsión procedimental al respecto del art. 241 LCon, en las conclusiones de la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid se propuso por mayoría que el auto que declarase el concurso necesario y consecutivo, contuviera la declaración del incumplimiento junto con la desaparición de los efectos novatorios.

La característica fundamental es que este concurso se abre con la fase de liquidación⁵³ no dando lugar a otro posible convenio, con la excepción de los supuestos de insuficiencia de la masa activa en los que procederá la conclusión del concurso cuando no estén previstas acciones de reintegración, de impugnación, de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable. (Véase art. 176 bis LCon).

La apertura de la fase de liquidación podrá acordarse en el mismo auto que declare el concurso, tramitándose la liquidación conforme al régimen general de esa fase (recogido en los arts. 142 y siguientes de la Ley Concursal). El juez designará administrador del concurso al mediador concursal, no pudiendo percibir una mayor retribución que la ya asignada como mediador.

La legitimación para solicitarlo corresponde al mediador concursal, el propio deudor o los acreedores concursales, según se desprende del art. 242 LCon. En relación con la potestad del mediador concursal para instar el concurso, tanto la doctrina como el Consejo General del Poder Judicial⁵⁴ han criticado esta medida en cuanto que es un deber legal, por considerarlo innecesario para la salvaguarda de los intereses de los acreedores; ya que tanto éstos como el propio deudor tendrán la posibilidad de considerarlo necesario o no.

Salvo “justa causa”, será nombrado administrador concursal el propio mediador y por tanto su retribución será la misma que para aquéllos. Está retribución, según el art. 34 LCon, la fija el juez mediante auto, atendiendo al criterio objetivo de la cuantía del activo y del pasivo. Es decir que el pago de los servicios del mediador se trata en términos generales como el arancel del administrador concursal. tal y como se deduce

53 En opinión de Javier Sánchez López se trataría de un concurso liquidatorio, en el que no se da audiencia al deudor.

54 Para el CGPJ es desproporcionado conferir al mediador concursal, facultades que modifican el contenido de esta figura, ya que le concede incluso más que a los propios acreedores, ya que “el referido mediador carece de la mínima discrecionalidad”, sugiriendo la eliminación de tal facultad, algo que no ha sucedido.

de la disposición adicional octava de la Ley Concursal.

Algún autor ha considerado que el nombramiento del mediador como administrador concursal podría vulnerar el principio de confidencialidad prescrito en el art. 9 de la ley 5/2012 de 6 de julio⁵⁵.

Se Produce una extensión de la categoría de créditos contra la masa al procedimiento extrajudicial de:

- los gastos del expediente extrajudicial
- los demás créditos que tengan esta consideración de acuerdo con el art. 84 LCon, que se generen por la tramitación.

Se establece un plazo de dos años (art. 71.1 LCon) para los actos rescindibles realizados por el deudor y perjudiciales para la masa activa, ya que podrán ser objeto de acciones de reintegración. este plazo se contará desde la solicitud al notario o registrador mercantil.

No necesitarán solicitar el reconocimiento de créditos los que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial. Lo que les dispensa de la carga que establece el art. 85 LCon de comunicar sus créditos, al ser reconocidos de forma automática⁵⁶. Dicho esto, si se llega al concurso consecutivo porque fracasaran las negociaciones, el convenio no podría haber sido firmado por los acreedores y por lo tanto se da la imposibilidad que se haya producido tal reconocimiento. Y si el acuerdo es incumplido, sólo se tendrán acceso a los créditos de los que hubieran firmado o asistido a la reunión. Para Carmen Senés, la justificación a estas incongruencias se centra en que el administrador concursal ha desempeñado el papel de mediador.

Los créditos con garantía real serán reconocidos y clasificados como privilegiados, pues tal es la naturaleza que les confiere el art. 90 LCon, con independencia de su eventual participación en el AEP, porque se ven perjudicados en

55 “La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen 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, excepto: **a)** Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. **b)** Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

56 El CGPJ ha criticado el trato de favor de los acreedores que han participado en el acuerdo frente a los que no. Véase el informe del Consejo al anteproyecto de Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

cuanto a su ejecución conforme al art. 57.3 LCon; como el concurso consecutivo se abre con la fase de liquidación, si los acreedores no hubieran ejercitado sus acciones con anterioridad al concurso, perderían el derecho a hacerlo en procedimiento separado.

Con el concurso consecutivo se puede acceder a la exoneración de las deudas que no queden satisfechas por la liquidación, con excepción de las deudas de Derecho Público, siempre que hayan sido satisfechas en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados. No obstante deben concurrir los siguientes requisitos: a) que el concurso se declara fortuito, b) que el deudor no hubiera sido condenado por el delito tipificado en el art. 260 CP o “*por cualquier otro delito relacionado con el concurso*”.

V.- LA REMISIÓN DE DEUDAS: EL ART.178.2 LEY CONCURSAL

PLANTEAMIENTO GENERAL

El legislador español ante la baja iniciativa empresarial en España (tiene uno de los índices más bajos de la Unión Europea) ha comprendido que debe situarse en el mismo nivel que el resto de Europa, adaptando nuestra legislación a las nuevas exigencias que se han impuesto tras la crisis financiera. En parte, esto se debe a que nuestro ordenamiento jurídico desincentivaba el riesgo empresarial y, por otro lado, a que en nuestra cultura empresarial impera el “miedo al fracaso” que estigmatiza al deudor de por vida. Como bien señala Cuenca. M, *“es antieconómico condenar al empresario persona natural que fracase a responder con todo su patrimonio”*.

Tal como expone el Fondo Monetario Internacional, la instauración del “*fresh start*” es recomendable por los beneficios que comporta a la sociedad (traducción libre del informe) y que se resume en los siguientes puntos:

1. Fomenta la iniciativa empresarial, sobre todo a los nuevos emprendedores, ya que estarán dispuestos a asumir el fracaso si se les concede una segunda oportunidad.
2. Se preserva el capital humano porque la capacidad productiva se mantiene después de la insolvencia.
3. Se produce la participación en la economía del deudor, ya que tendrá menos incentivos para ocultar sus ingresos de la ejecución de los acreedores.

Podemos distinguir dos modelos de “*fresh start*”, respecto al tratamiento de la insolvencia del deudor persona física:

- El *modelo americano*, que viene a constituirse como una dación en pago, como ya

se ha expuesto con anterioridad. Ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante quedará exonerado por decisión judicial y sin el consentimiento de los acreedores.

- El *modelo de rehabilitación*, seguido en la mayor parte de los países de nuestro entorno. Se fundamenta en la idea de que el deudor ha cometido una falta y merece ser ayudado, aunque no exonerado. La negociación de la deuda podrá llevarse a cabo ante los tribunales o extrajudicialmente, que es donde tiene cabida la mediación. Acabado el procedimiento, se someterá al deudor a un periodo de prueba, durante el cual destinará una parte de sus ingresos al pago de la deuda. También se le somete a un seguimiento en el que deberá demostrar que su comportamiento es honesto y de buena fe antes de beneficiarse de la condonación⁵⁷.

Nuestro sistema concursal hasta ahora se basaba en el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, recogido en el art. 1911 CC⁵⁸, lo que suponía un trato desigual entre el deudor persona física y el deudor persona jurídica. Si bien ésta última con su liquidación y posterior extinción, tal como ordena el Código de Comercio y el art. 178.3 LCon, provoca que el pasivo exigible ya no pueda serlo, porque el deudor desaparece como sujeto de derecho. No sucede lo mismo para el deudor persona física, que se ve abocado a responder con todos sus bienes presentes y futuros y, por lo tanto, los acreedores pueden seguir ejercitando acciones contra su patrimonio. En consecuencia el empresario que interviene como persona jurídica puede volver a operar en el tráfico económico y jurídico, mientras que el deudor persona física está condenado a la exclusión social, lo que supone un grave perjuicio a la economía, desincentivando el consumo y la inversión.

La remisión de deudas de nuestra Ley Concursal no sigue ninguno de los anteriores modelos; si bien es cierto que el legislador, siguiendo las recomendaciones de la Unión Europea y del Fondo Monetario Internacional, ha querido configurar un instrumento de

57 Para mayor información consultar el artículo de Matilde Cuenca “*Fresh start y mercado crediticio*” disponible en http://www.indret.com/pdf/842_es.pdf

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/files/sme2chance/doc/failure_final_es.pdf

58 Salvo los límites del patrimonio inembargable del deudor. (arts. 607 y ss LEC)

política económica⁵⁹, con la finalidad de facilitar la reintegración social y económica del deudor⁶⁰, aunque en realidad este instrumento ha quedado muy limitado, porque nunca se van a condonar los préstamos garantizados, las deudas con la administración, ni los créditos privilegiados. Por ello es poco probable que puedan beneficiarse las pequeñas y medianas empresas.

Pero también significa un límite a la ejecución del patrimonio del deudor de buena fe⁶¹ por parte del acreedor.

Con esta medida lo que se intenta favorecer es el préstamo responsable y una mayor diligencia en la obligación de las entidades financieras⁶² de evaluar la solvencia del deudor⁶³.

Un sistema que permita la exoneración del pasivo pendiente, favorece la salida convencional de la crisis porque estimula a la negociación al acreedor, puesto que ahora sí que tiene “algo que perder”. Es decir debían estipularse medidas de contrapartida a la concesión del crédito fácil, porque también era fácil la ejecución de los mismos, por lo que la evaluación de la solvencia del deudor se hace indispensable y promueve el análisis exhaustivo de las inversiones.

Por un lado, en nuestra legislación concursal se ha concedido una tutela excesiva al acreedor, lo que impulsaba ciertamente a la concesión de créditos y por otro lado no se habían puesto límites a la ejecución⁶⁴. En este sentido se expresa Matilde Cuenca “*el*

59 Que además atiende a una de las recomendaciones que hizo el Fondo Monetario Internacional a España. Véase International Monetary Found, Spain 2013 article IV Consultation, IMF Country Report No. 13/245.

60 Para reiniciar su actividad se valdrá de testafierros o por el contrario sus incentivos al empleo serán nulos, teniendo un impacto negativo en los ingresos del Estado, constituyendo un incentivo para la economía sumergida. De esta manera se recupera también al deudor como consumidor.. Anuario de Derecho Concursal número 31. Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh star. Pag 123 y siguientes

61 Se entiende por deudor de buena fe, aquel al que le sobreviene la situación de insolvencia sin haberla provocado, o aquellos deudores cuyo concurso es calificado de fortuito.

62 La profesora Zabaleta en el Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares propone penalizar a las entidades financieras que han dado crédito sin respaldo

63 Se recomienda leer el blog de Sanchez Calero, especialmente el post de 28 de julio de 2014, dentro de la etiqueta de derecho concursal. Disponible en <http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2014/07/fmi-y-segunda-oportunidad.html#more>

64 En este sentido se expresa Matilde Cuenca " *el establecimiento de un régimen de liberalización de deudas, debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis, como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial.*

establecimiento de un régimen de liberalización de deudas, debe ir acompañado de un sistema que favorezca la salida extrajudicial de la crisis, como puede ser una mediación previa que evite el colapso judicial". Esta conjunción de exoneración de deudas, con la mediación ya se quiso introducir en la reforma de la Ley concursal operada por la ley 38/2011 de 10 de octubre, contemplándose en los trabajos preparatorios, aunque finalmente no se aprobó

Aunque no se haya excluido al consumidor⁶⁵ de la posibilidad de exonerar sus deudas, se le exigen unos mínimos de pagos tan elevados, que es tanto como negarle esta posibilidad, algo que se encuentra más favorecido en los países del entorno.⁶⁶

También se le ha excluido al consumidor del acceso al Acuerdo Extrajudicial de Pagos (Véase art. 231 LCon), lo que en opinión de la mayoría de la doctrina consultada⁶⁷, es un error ya que evitaría el saturación que sufren los Juzgados de lo Mercantil, y estaríamos en concordancia con las legislaciones europeas que así lo contemplan.

LA REMISIÓN DE DEUDAS EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

En el caso del AEP, a la remisión de las deudas propuesta en el art. 178.2 LCon. sólo se podrá acceder si:

- Fracasa el acuerdo, porque los acreedores deciden no continuar con las negociaciones. art. 236.4 LCon, o bien porque el plan no es aceptado. art. 238.3 LCon

65 El informe del CGPJ al anteproyecto de la Ley de Emprendedores, sugiere que sería deseable que el procedimiento se extendiera a los consumidores, ya que el sobreendeudamiento personal y familiar constituye un problema de primer orden.

66 Así en el Derecho francés se opta por un procedimiento diseñado especialmente para los consumidores de carácter administrativo, en el que se establece una fase prejudicial (*règlement amiable*), y solo cuando fracase se acude a la vía judicial (*redressement judiciaire civil*). En este mismo sentido se expresa el modelo alemán, aunque se exige que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial como requisito previo a la instalación del concurso (Véase Insolvenzordnung de 1994). En este sentido apunta también Matilde Cuenca en su artículo "*No hay segunda oportunidad para el que menos tiene*", entendiendo que mejor que poner límites, es introducir el fresh start, acompañado de una mediación obligatoria. Artículo doctrinal disponible en: <http://hayderecho.com/2013/06/20/fresh-start-y-anteproyecto-de-ley-de-emprendedores-no-hay-segunda-ortunidad-para-el-que-menos-tiene/>

67 Matilde Cuenca, Luis Fernández del Pozo o Sánchez Calero, J.

- Se incumple por parte del deudor. art. 241 LCon
- Se impugna y se declara nulo.⁶⁸ art. 239. 6 LC

En todos estos casos se constituye una presunción iuris et de iure de la persistencia del estado de insolvencia del deudor, por el que el mediador concursal tiene obligación de instar el concurso consecutivo. Éste se inicia junto a la fase de liquidación, pudiendo suceder que no quede nada que liquidar o bien que la masa activa sea insuficiente para satisfacer el pasivo restante. En ambos casos se declara la conclusión del concurso y la remisión de las deudas, siempre que el deudor haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, el crédito público y los créditos privilegiados. Consiguiendo una exoneración del 75% del pasivo ordinario y los créditos subordinados.

La doctrina critica⁶⁹ que una vez declarado el concurso consecutivo y abierta al mismo tiempo la fase de liquidación, se elimina la posibilidad de Convenio, limitando otra vez la autonomía de la voluntad al no favorecer una solución mediante un pacto. Por lo que solo existe una oportunidad para llegar a una solución paccionada.

En mi opinión una sola oportunidad es suficiente. Al igual que sucede en el concurso ordinario necesario o voluntario, el deudor tiene una oportunidad para llegar a un acuerdo⁷⁰.

La fase de liquidación se abrirá cuando concurren los requisitos del art. 142 LCon, que hace referencia a los supuestos en los que una vez aprobado el convenio, el deudor no pueda hacer frente a los pagos y obligaciones impuestas en el mismo. Esta fase puede ser solicitada por el deudor, el acreedor o la administración concursal, cuando se produzca el

68 En cuanto a las causas para la impugnación ya mencionadas con anterioridad, y tal como señalan Matilde Cuenca y El Consejo General del Poder Judicial, “no queda claro si el acuerdo puede ser impugnado cuando los límites de tres años de moratoria y 25% de condonación no se han superado y al mismo tiempo se considera desproporcionada la quita y la moratoria exigidas”. Cuenca entiende que será un acreedor que no emitió el voto favorable el que impugne, cuando considere que la quita y la moratoria son desproporcionadas, teniendo en cuenta el plan de viabilidad exigido aunque se encuentre dentro de los términos que establece la ley, entorpeciendo así la salida convencional a la insolvencia.

69 En especial Matilde Cuenca, Anuario de derecho concursal, número 31. Página 135 “ *Declarado el concurso, la única solución es la liquidación, en tanto que queda vetada la posibilidad de convenio*”

70 En este sentido se manifiesta Sánchez Calero “ remitir el concurso a la liquidación es coherente ante la imposibilidad de una solución convencional de la insolvencia del deudor, con independencia de que se haya tramitado a través de un procedimiento extrajudicial, de naturaleza preconcursal”.

cese de la actividad. El art. 143 LCon contempla los supuestos de la apertura de oficio de la liquidación, que rige en los casos en los que no haya propuesta de convenio, no se haya aceptado o haya sido rechazado el convenio por resolución judicial firme.

En realidad lo que se ha desjudicializado es la fase común del concurso⁷¹. No es fácil admitir en nuestro país el fracaso empresarial, por lo que el deudor que llega al concurso ordinario voluntario al Acuerdo Extrajudicial de Pagos o mediante acuerdos de refinanciación, va a intentar siempre una solución paccionada a su insolvencia, que ya de por sí le habrá costado aceptar dado que hay importantes intereses económicos y personales en juego.

Deudor persona natural	Se distinguen 2 situaciones: <ul style="list-style-type: none"> • No se ha intentado el AEP: condonación del 75% de los créditos ordinarios debiendo satisfacerse los créditos contra la masa y los privilegiados. • Se ha intentado el AEP: Art. 242.2.5º (concurso consecutivo que se abre con la fase de liquidación) : Remisión de las deudas salvo las de Derecho Público.
Deudor empresario persona natural	Remisión de todas las deudas que no hayan sido satisfechas con la liquidación ⁷² .
Deudor persona jurídica	Se debe declarar la conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, acordándose su extinción y su cancelación en los registros públicos.

Cuadro resumen del régimen jurídico de la exoneración de deudas del artículo 178⁷³ LCon.

⁷¹ He reflejado esta opinión de Matilde Cuenca por considerarla a mi juicio acertada.

⁷² Los requisitos marcados por la ley para la exoneración de las deudas son los recogidos en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010. Es decir que el concurso se declare fortuito, el concursado no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito del art. 260 CP ni cualquier otro relacionado con el concurso, y la satisfacción íntegra de los créditos contra la masa y los privilegiados.

⁷³ El CGPJ, advierte que con la reforma no se ha previsto nada para los casos en que la remisión no sea procedente, debiendo subsanarse esta omisión y mantener la regulación vigente para la remisión del pasivo insatisfecho cuando no concurren los requisitos requeridos.

VI.- MECANISMOS PRECONCURSALES. DIFERENCIAS ENTRE EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LOS ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN.

ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN
Sin homologación judicial se distinguen: <ul style="list-style-type: none"> • Acuerdos. Art. 71.bis. 1 LCon. Acuerdo Marco • Actos. Art. 71.bis.2 LCon que han de formar parte de un acuerdo de refinanciación. • Con homologación judicial. Disposición Adicional Cuarta. LCon
ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. Arts. 231 a 242 LCon
OBTENCIÓN DE ADHESIONES PARA PROPUESTAS ANTICIPADAS DE CONVENIO. Art. 5 bis. LCon

Si la ley 14/2013 introducía los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, en el Real Decreto ley 4/2014, la reforma recae sobre los Acuerdos de Refinanciación⁷⁴. Ambas Instituciones Jurídicas pretenden no sólo la desjudicialización del proceso concursal, evitando sus costes, sino que en la línea marcada por la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, se impulsa un nuevo tratamiento temprano a la insolvencia empresarial, en aras de establecer una reestructuración preventiva de las unidades productivas, posibilitando su viabilidad.⁷⁵

⁷⁴ Esta reforma supone una mejora del régimen jurídico de los acuerdos de refinanciación por una parte limitando el contenido de éstos pero al mismo tiempo implementando la eficacia y seguridad jurídica necesarias, a la hora de instar reestructuraciones financieras en la empresa. Intentando evitar que estas operaciones preconcursales puedan ser rescindidas por medio de las acciones de reintegración concursal, una vez acordado el concurso o si el acuerdo reúne todos los requisitos legales. Comentario de José Ignacio Atienza en su artículo titulado: La tutela pública de la autonomía de la voluntad en el precurso: análisis comparativo

⁷⁵ Entre muchas otras cosas, la Comisión solicita a los Estados Miembros: el establecimiento de mecanismos que faciliten la reestructuración de las empresas antes de iniciar un procedimiento de insolvencia, evitando los largos y costosos trámites, al contribuir a un menor recurso a la liquidación, así como la reestructuración de la empresas sin necesidad de incoar un procedimiento judicial.

La primera diferencia estriba en el presupuesto subjetivo para su aplicación. El AEP se establece para aquellos casos en que el empresario sea persona natural⁷⁶ y por lo tanto un empresario de menor tamaño. El acuerdo se constituye más bien como una flexibilización de los pagos para casos de insolvencia menos graves, puesto que en principio son empresas viables, con un activo suficiente (5 millones de euros) y que puntualmente no puede atender al cumplimiento de sus obligaciones⁷⁷.

Los Acuerdos de Refinanciación están orientados a medianas y grandes empresas, que intentan reestructurar financieramente la empresa, para superar esa insolvencia.

Es importante la modificación del art. 5 bis LCon⁷⁸, ya que se produce una equiparación en relación a los efectos de la comunicación al Juzgado de lo Mercantil, tanto del inicio de las negociaciones en el AEP por el Registrador o Notario (según corresponda) como de los Acuerdos de Refinanciación por el deudor. El efecto fundamental es la paralización de ejecuciones⁷⁹, cuestión demandada por los operadores jurídicos, sobre todo si estos bienes son necesarios para la continuidad de la actividad económica⁸⁰. No debemos olvidar que el fundamento de ambas instituciones y la subsiguientes política legislativa, se corresponde con la filosofía del “*fresh start*”, y de intentar salvar al deudor dentro del tráfico económico.

Otra novedad importante que se establece en este art. 5 bis LCon, es la posibilidad de que el deudor comunique al Juez, al inicio de las citadas negociaciones, que éstas no sean publicitadas en el Registro Público Concursal, siendo esta petición vinculante para el

76 También se establece para las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, pero con ciertos condicionantes: 1) que se encuentren en estado de insolvencia, 2) en caso de declaración del concurso, éste no debe revestir especial complejidad y el art. 231.2 LCon, nos remite al art 190, LCon, que por un lado nos marca unos umbrales y por otro deja a la discrecionalidad del juez, el poder convertir el concurso en ordinario o abreviado. 3) Que disponga de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo y 4) que su patrimonio e ingresos previsibles permita lograr el AEP.

77 En palabras de Luis Fernández del Pozo “estamos ante un procedimiento establecido para prevenir la insolvencia del emprendedor con un patrimonio no excesivamente grande”. Revista Anuario De Derecho Concursal. Número 32.

78 Según la exposición de motivos del RD-ley 4/2014 la modificación pretende mejorar la posición patrimonial del deudor, en la proporción que representan sus activos sobre sus pasivos exigibles y dentro de ellos opta por atender al cumplimiento de sus obligaciones más inmediatas.

79 Véase la modificación introducida en el art. 568.1 LEC. Suspensión en situaciones concursales o preconcursales.

80 Cuestión no baladí, aunque en la reforma no se ha concretado quien determina que bienes son necesarios para la continuidad de la actividad del deudor.

órgano judicial. Como ya se ha dicho en el AEP, esta comunicación la realiza el Notario o el Registrador una vez que ha tomado posesión de su cargo el Mediador Concursal, y según dispone el art. 233.3 LCon, será cuando remitirán certificación de tales acuerdos al Juez, al Registro Público Concursal, al Registro Civil y demás Registros Públicos competentes. Se ha de suponer que la ausencia de publicidad también puede hacerse extensible a los AEP, pudiendo solicitarse ante el Registrado y el Notario, y éstos al Juez y a los Registros Públicos.⁸¹

La segunda diferencia está relacionada con la eficacia de ambas instituciones, para ello es necesario alcanzar unas mayorías para su aprobación. Para el Acuerdo Extrajudicial de Pagos se establecen una mayoría del 60 % de los acreedores titulares del pasivo y un 75% para el caso de que se produzca una cesión de bienes.

El caso de los Acuerdos de Refinanciación es más complejo, porque hay que diferenciar los supuestos que establece el nuevo art. 71 bis LCon, referente a los acuerdos no homologados:

1. **Acuerdos de Masa**, recogidos en el primer epígrafe. En virtud de éstos se debe ampliar significativamente el crédito disponible al mismo tiempo que se deben modificar o extinguir obligaciones, es decir que se trate de un verdadero acuerdo de refinanciación más la presentación de un plan de viabilidad que permita la continuidad empresarial.

Para que estos acuerdos sean eficaces y no rescindibles, si se insta el concurso con anterioridad a este hecho, deben cumplir ciertos requisitos:

- Que el acuerdo debe estar suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos 3/5 del pasivo en la fecha de adopción.
- Que el auditor de cuentas debe emitir certificación que acredite la concurrencia de las mayorías exigidas⁸².

81 La introducción de esta novedad contribuye a combatir el “estigma social y empresarial” que nace para un deudor desde el momento en que incurre en insolvencia y comunica que está intentando negociarla y es de suponer que muchos empresarios se acogerán a esta medida, para que clientes y proveedores sigan siéndolo. Habrá que observar en un futuro las consecuencias positivas y negativas de la ausencia de publicidad.

82 Se ha suprimido con la reforma el preceptivo informe del experto independiente, que ahora se sustituye

- Que la formalización del acuerdo se eleve a escritura pública.

2. **Acuerdos plurilaterales.** Se trata de acuerdos que el deudor puede realizar de forma individual o en grupo con distintos acreedores en ejecución de un acuerdo de refinanciación y que, en el caso de que se inste el concurso, tampoco se declararan rescindibles. Para ello se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Que incrementen la proporción previa del activo sobre pasivo.
- Que el activo corriente sea superior o igual al pasivo corriente
- Que el valor de las garantías resultantes a favor de acreedores intervinientes no exceda del 90% de la deuda pendiente en favor de los mismos.
- Que el interés aplicable a la deuda subsistente no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- Que el acuerdo se haya formalizado en instrumento público, donde se hará mención expresa a las razones de estos actos y negocios jurídicos realizados por el deudor con sus acreedores.

Según se desprende de la exposición de motivos del Real Decreto Ley 4/2014, para estos pactos no existe la necesidad de quórum, pero sí permite la negociación directa del deudor con sus acreedores, siempre que signifiquen una mejora de la posición patrimonial del deudor y no conlleve una merma de los derechos de los acreedores no intervinientes. No obstante se someten a condiciones muy rigurosas para que queden garantizados ante cualquier acto de ejecución o acción de reintegración, por considerarse perjudiciales para la masa activa en caso de concurso.

por la certificación supra mencionada. En este informe se hacía constar no solo las mayorías exigidas sino también la fecha de adopción y los contenidos adicionales que caracterizaban este informe. Una parte de la doctrina opina que este informe sigue siendo muy útil, sobre todo en los pactos de conversión de deuda en capital, pues sólo en este informe se puede hacer efectiva la amenaza de los socios que se nieguen a la capitalización de la deuda sin causa razonable. Véase Carrasco, Ángel. Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto ley 4/2014. Anuario de Derecho Concursal, número 32, páginas 76 y 77, donde se esgrimen argumentos de carácter técnico, por los que se hace necesario, la inclusión del experto independiente y en el que se señala, que esta figura no desaparecerá, puesto que su informe es preciso en los acuerdos homologados de la Disp. Ad. 4ª LCon .

3. **Acuerdos refinanciadores con homologación judicial.** El único que puede solicitar la homologación es el deudor, y el órgano competente es el Juez de lo Mercantil, que también lo es para la declaración de concurso. El juez no podrá oponerse a la homologación del acuerdo por la lesión que el acuerdo pudiera causar a los acreedores que no lo han suscrito. No se limita el contenido del acuerdo, como sucede en los dos anteriores. En cambio sí deberá comprobar que el plan de viabilidad es factible. Los requisitos para la homologación son tres:

- El acuerdo debe consistir en una ampliación del crédito o en bien en una modificación o extinción de las obligaciones, en los términos ya expuestos anteriormente, y descritos en el art 71 bis LCon.
- Debe acompañarse de la certificación del auditor de cuentas
- Se exige formalización en instrumento público.

Los acreedores imprescindibles para lograr este tipo de acuerdo son los titulares de pasivos financieros; por lo que para blindar estos acuerdos de posibles acciones rescisorias a ejercitar en un posterior concurso, se exige el voto favorable de al menos el 51% de los pasivos financieros⁸³.

Se han introducido normas específicas en cuanto a las reglas de cómputo de los porcentajes de pasivos financieros. Así, no se tendrá en cuenta en el cómputo los pasivos, cuyos titulares tengan la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor (según el art. 93.2 LCon), a pesar de que estos acreedores especialmente vinculados sí podrían quedar afectados por la homologación.

El problema estriba en determinar quiénes son estos acreedores, cuando todavía no se han clasificado los créditos porque no hay concurso. En relación con los préstamos sindicados la ley considera que los prestamistas aceptan el acuerdo y computan a efectos de mayorías si vota a favor del acuerdo el 75% del pasivo representado por el préstamo (salvo que las normas que regulan la sindicación hayan convenido una mayoría inferior).

⁸³ Se entenderán por pasivos financieros, los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén sometidos o no a supervisión financiera. Se excluyen de este concepto, tal y como se expresa en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de Derecho Público.

Otra diferencia afecta a los acreedores con garantía real. La realidad se ha impuesto al derecho puesto que no todos los créditos de garantía real tenían la misma condición, ya que la garantía podía tener un rango inferior a otros créditos preferentes (hipoteca legal tácita) o bien podían recaer sobre un activo de escaso valor, o bien ambas cosas a la vez, por lo que se ha optado en la reforma por dar un valor a la garantía real, que será el resultante de deducir del 90% del valor razonable del bien, las deudas que gocen de una garantía preferente sobre el mismo, sin que el valor de esta garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor.⁸⁴

En definitiva supone la posibilidad de imponer los acuerdos de refinanciación, incluso a los titulares de créditos financieros garantizados (siempre que se cumplan los requisitos mencionados). Es decir si los deudores sin garantía deben acatar el acuerdo establecido por la mayoría, lo mismo debe suceder en el caso de los deudores con garantía real, tal y como sucede en el derecho comparado.

En concordancia con lo expuesto anteriormente se prevé extender los efectos del acuerdo de homologación a determinados acreedores con garantía real, simplificando el procedimiento, ya que el juez sólo deberá comprobar las mayorías para homologar el acuerdo, por lo que se atiende a los principios de flexibilidad y celeridad de todo acuerdo preconcursal. Es decir la homologación judicial sólo procede con relación a un porcentaje amplio del pasivo financiero y su principal efecto es extender la espera convenida a las demás entidades financieras acreedoras, salvo las que cuenten con garantía real para su crédito.

En el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, para el acreedor que ostente un crédito con garantía real dependerá únicamente de su decisión, el iniciar o continuar la ejecución de sus créditos garantizados. Pero para el caso que decida ejecutarlos, tiene vetada la participación en el acuerdo. No obstante, siempre se le enviará la convocatoria; si decidiese

84 Se entenderá por valor razonable, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Adicional Cuarta: en el caso de valores mobiliarios que coticen en bolsa o en otro mercado regulado, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado.

Para los bienes inmuebles, el valor será el emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Banco de España. Para bienes distintos de los anteriores, el valor será el emitido por experto independiente. Disposición Adicional 4ª LCon tras la reforma por el RDL 4/2014 de 8 de marzo.

participar en el acuerdo deberá comunicarlo expresamente al mediador concursal en el inexcusable plazo del mes anterior a la convocatoria.

La cuarta diferencia versa sobre la impugnabilidad de los acuerdos. Los acuerdos de refinanciación de mayoría cualificada no homologados no son impugnables; en el nuevo art. 72.2 LCon, se habla sólo de rescindibilidad y solo podrá fundarse en el incumplimiento de las condiciones previstas en dicho artículo, correspondiendo a quien ejercite la acción, la prueba del incumplimiento. Se han suprimido las presunciones de perjuicio patrimonial que contenía el art. 71.3 LCon y que eran consecuencia actos perjudiciales que el deudor pudiera cometer contra la masa activa, la lesión del principio de la “par conditio creditorum” y las garantías prestadas a título gratuito o por obligaciones preexistentes. A partir de la reforma, se han reducido significativamente a dos: en primer lugar que se trate de un acuerdo de refinanciación y en segundo lugar que este acuerdo contenga un plan de viabilidad. La legitimación para la impugnación corresponde al administrador concursal.

Para los acuerdos de refinanciación ordinarios no homologados⁸⁵, (me refiero al supuesto del art. 71. bis.2 LCon) la rescindibilidad de estos acuerdos no está sujeta a condiciones más débiles que los del 71 bis 1, lo que sucede es que las condiciones para que no sean rescindibles son mucho más estrictas. Por lo que si se cumplen los rigurosos requisitos del art. 71 bis 2, el acuerdo no podrá ser impugnado.

En referencia a los acuerdos de refinanciación homologados, que son los recogidos en la Disposición Adicional 4ª, no podrán ser objeto de rescisión concursal del art. 71, aunque si del resto de las acciones de impugnación (pauliana, nulidad y anulabilidad), tal y como se recoge en la misma disposición adicional en su apartado 13, ya que no están sujetas a ninguna condición especial de procedibilidad. La legitimación para ejercitar este tipo de acciones corresponde a la administración concursal⁸⁶.

En el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, el ámbito subjetivo de los legitimados para impugnar el acuerdo se ciñe a los acreedores que no hubieran sido convocados o los que

85 El contenido de este tipo de acuerdos tampoco podrá consistir (a diferencia de los homologados) en una dación en pago ni un contenido exclusivamente liquidatorio, aunque si parcialmente.

86 El procedimiento se sustanciará conforme al apartado 7º de la Disp. ad. 4ª, aunque en principio nada impide acciones autónomas de nulidad fuera de la impugnación específica del apartado 7 que parece sólo atender a cuestiones de fondo.

habiéndolo sido no hubieran votado a favor del acuerdo. Los motivos para impugnarlos se limitan a dos: la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del mismo, o la desproporción en el beneficio de quita o espera acordados.

En cuanto a la rescindibilidad de los actos⁸⁷, de conformidad con el art. 242.2.3º parece entenderse que sólo serán impugnables por vía rescisoria los actos y contratos anteriores a la solicitud de designación del mediador concursal, por lo que no serían rescindibles el AEP ni tampoco los actos de ejecución del mismo.

El órgano que resuelve la impugnación tanto de los acuerdos de refinanciación como del AEP, es el Juzgado de lo Mercantil al que se le hubiera comunicado el inicio de las negociaciones, y se tramitarán por el procedimiento previsto para el incidente concursal.

Los plazos para la impugnación varían; así para el AEP, este plazo se concreta en los diez días siguientes a su publicación y para los Acuerdos de Refinanciación, en los quince días siguientes a la misma. Por lo que el “dies a quo” para la impugnación comenzará al día siguiente a su publicación.

87 La rescindibilidad de los actos en los AEP, es una cuestión que genera dudas. En la reunión de los Jueces de lo Mercantil, celebrada el 11 de octubre de 2013, concluyó que “*los pagos realizados en ejecución del AEP alcanzado pueden ser sometidos a juicio de reintegración, pero ello sin perjuicio de que, en principio, la ejecución del acuerdo alcanzado con la mayoría de acreedores pueda llegar a suponer la justificación en el sacrificio patrimonial que implica el pago, para tratar de evitar, con tal alegación la acción reintegratoria, de acuerdo con el criterio de la Jurisprudencia*”. La justificación de esta elección, según el acuerdo es que se trata de actos de disposición que no están intervenidos, ni siquiera por el órgano jurisdiccional, solo se encuentran bajo la supervisión del mediador. Siendo lo deseable que en aplicación del art. 162.1 LCon se pudieran anular ciertos pagos, por contravenir el convenio o por lesionar la “*par conditio creditorum*”.

VII.- CONCLUSIONES

Las modificaciones expuestas a lo largo del trabajo, nos indican que avanzamos hacia un nuevos modelos de solución de la insolvencia. La situación económica de nuestro país ha puesto de manifiesto que nuestra ley concursal no cumplía con uno de los objetivos que debería considerarse básico, como es la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, evitando la liquidación de la unidad productiva.

Son necesarios profundos cambios de mentalidad empresarial y financiera, que deben unirse al fomento de la iniciativa económica y que el emprendedor no se vea estigmatizado por el fracaso. Se trata de recuperar al deudor, todavía con capacidad productiva, para que pueda seguir ejerciendo una actividad económica.

El Acuerdo Extrajudicial de Pagos, se configura como la desjudicialización de la fase común del concurso, y a pesar de las numerosas críticas que ha recibido, tiene a su favor que al menos evita la saturación de los juzgados de lo mercantil e intenta simplificar, flexibilizar y acelerar el procedimiento. Dada su escasa aplicación a fecha de hoy, todavía no se puede emitir una valoración objetiva.

Con la nueva ley concursal se han quebrado los principios de unidad de disciplina, con la introducción de un presupuesto subjetivo distinto en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos, que como ya he expuesto esta pensado para empresarios de pequeña y mediana dimensión, con exclusión de los consumidores, Cabe mencionar que la nueva reforma concursal prevista por el gobierno, que entrará en vigor a finales de agosto de 2014, ya se incluyen distintos procedimientos atendiendo al volumen de la empresa, siguiendo la línea del derecho comparado.

Otro de los principios que se ha diluido, es el principio de responsabilidad patrimonial universal, aunque la responsabilidad es inherente al crédito, en algunos supuestos es necesario mitigar este principio. La condonación de las deudas en el caso

español se encuentra sometido a unas condiciones tan estrictas que dificulta su aplicación, de esta manera hemos regulado la figura jurídica, por indicación tanto de la Unión Europea como del Fondo Monetario Internacional, pero a mi juicio, resulta insuficiente.

Se pone de manifiesto, la necesidad de mejorar nuestro sistema crediticio, que recibe una gran influencia de los *lobbys* financieros, configurándolo conforme a sus intereses y caracterizado por la poca flexibilidad, ya que se basa fundamentalmente en la garantía real hipotecaria. Se hacen valoraciones prioritarias de los elementos patrimoniales del activo y de los elementos negativos en el análisis de riesgo para los que solicitan la financiación.

Deberían tenerse en cuenta otros criterios como los utilizados en el modelo estadounidense (*credit scoring*) y también en el francés, por el que la evaluación del riesgo no sólo se basa en la capacidad económica, sino que también se atiende a la capacidad del solicitante y la evaluación el proyecto, además del comportamiento del solicitante al que se le exige seriedad y honestidad.

En cuanto a las novedades expuestas en el Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo, caben destacar las reformas hechas en materia de acuerdos de refinanciación, y que tal como propugna la Recomendación de la Comisión Europea de marzo de 2014 se deben tener en cuenta los intereses de los deudores y los acreedores, con vistas a aumentar las oportunidades de salvar a las empresas viables. Es necesario un equilibrio entre los intereses de deudores y acreedores, por lo tanto me parecen interesantes las propuestas formuladas por La Comisión Europea salvaguardando la tutela a los acreedores disidentes, ya que están en juego Derechos Fundamentales como la Tutela Judicial Efectiva, la Libertad de Empresa y el Derecho de propiedad, criterios que deberá tener en cuenta el juez, cuando imponga un acuerdo de refinanciación.

En mi opinión, los acuerdos de refinanciación tal como sucede con “*Scheme*” ingleses deberían tener un contenido más flexible, de tal manera que pudieran ser utilizados como mecanismos de refinanciación para acometer estrategias de mercado. De esta manera se limitaría la entrada de las grandes entidades financieras en el tejido empresarial.

El Real Decreto Ley 4/2014, ha innovado y en esta ocasión para reestructurar de

forma viable la deuda empresarial, ya no sólo hay quitas y esperas sino también recapitalizaciones, es decir transformar la deuda en capital, rebajando los quórum que exige la Ley de Sociedades de Capital, al mismo tiempo que establece ciertas cautelas y garantías. Pero lo más sorprendente de esta regulación es que el socio que impida la recapitalización sin causa razonable, responderá con su patrimonio de las deudas no satisfechas en el concurso. Lo que se deduce que no se puede negar la entrada a un nuevo socio aunque ello conlleve la pérdida de control de la sociedad.

Es de suponer que a este ritmo, en los próximos años, las modificaciones e innovaciones en el Derecho Concursal serán un hecho. Se prevé una nueva modificación a finales de agosto, para cuando este trabajo esté entregado, ya que hay que completar el proyecto de reestructuración y financiación del deudor insolvente, ya sea persona física o jurídica. Sólo cabe esperar que ésta transformaciones, repercutan para bien en el desarrollo económico y social del país.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA LÓPEZ, José Ignacio: Real Decreto-ley 4/2014 de 7 de marzo: La Reforma de la reforma de los acuerdos de refinanciación en el precurso. 17/Marzo/2014.
- CARRASCO, Ángel, Ángel, Ejecución de garantías reales, impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía en la reforma concursal del Real Decreto ley 4/2014. Anuario de Derecho Concursal, número 32, páginas 65 a 88
- CUENA, Matilde. Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh star. Anuario de Derecho Concursal, número 32 pag. 124 a 159.
- FERNANDEZ DEL POZO, Luis. La naturaleza preconcursal del Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Anuario de Derecho Concursal, número 32, pag.91 a 153.
- GALLEGOS SÁNCHEZ, Esperanza.” La mediación concursal”. Anuario de Derecho Concursal, número 31, pag. 11 a 63.
- GONZALEZ NAVARRO, Blas Alberto. El nuevo artículo 5 bis de la ley concursal tras la Reforma de 2014.Revista Aranzadi Doctrinal. Número 2. Mayo 2014. Páginas 43 a 51.
- MARCUELLO SALTO, Juan Ignacio. Los principales procedimientos preconcursales del derecho comparado europeo. Anuario de Derecho Internacional Privado 2012. páginas 149 a 188.
- PULGAR EZQUERRA, Juana. La tradicional ausencia de mecanismos concursales exoneratorio del pasivo insatisfecho en Derecho español. [Hppt//elnotario.es/index.php/tribunales](http://elnotario.es/index.php/tribunales).
- SÁNCHEZ- CALERO GUILARTE, Juan. El Acuerdo extrajudicial de pagos. Anuario de Derecho Concursal, número 32, pag 12 a 61.

- SÁNCHEZ-CALERO GULARTE, Juan.
<http://jsanchezcalero.blogspot.com.es/2014/06/efectos-de-la-rescision-de-una-dacion.html#more>.
- SENÉS MOTILLA, Carmen. Implicaciones procesales de la ley de apoyo a los emprendedores y su Internacionalización. Especial emprendedores, las leyes que los apoyan. Ed. La Ley, Madrid 2013.
- Senés Motilla, Carmen. El acuerdo extrajudicial de pagos ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores? Revista de Derecho Civil. Vol.1, número 1. Páginas 49 a 68
- <http://vosdroits.service-public.fr/professionnels-entreprises/F22311.xhtml>
- http://ec.europa.eu/civiljustice/bankruptcy/bankruptcy_gen_es.htm
- http://www.registradores.org/Actividad__internacional/IC11.pdf
- www.carlosguerrero.es/2013/05/11/como-se-regula-la-segunda-oportunidad-en-el-anteproyecto-de-la-ley-de-emprendedores/#.U9eu3Sjlxco
- http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/5Insolvency.html
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_es.htm
- <http://www.abogacia.es/2013/11/13/el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-la-mediacion-concursal-en-la-ley-de-emprendedores/>
- <http://seccionconcursalicali.wordpress.com/> Blog de la sección de especialistas en Derecho Concursal del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante.
- <http://www.elnotario.es/index.php/tribunales/86-secciones/opinion/opinion/3517-ley-de-emprendedores-y-segunda-oportunidad>
- https://www.registradores.org/estaticasm/Estadistica/concursal/Estadistica_Concursal_Anuario.pdf
- http://eprints.ucm.es/23521/1/Cuenca_conclusi%C3%B3n_concurso_E-prints.pdf

- <http://www.agmabogados.com/es/modificaci%C3%B3n-de-la-ley-concursal-en-materia-de-acuerdos-de-refinanciaci%C3%B3n-y-reestructuraci%C3%B3n-de>
- <http://hayderecho.com/2013/06/20/fresh-start-y-anteproyecto-de-ley-de-emprendedores-no-hay-segunda-oportunidad-para-el-que-menos-tiene/>
- <http://hayderecho.com/wp-content/uploads/2013/04/EN48-Matilde-Cuena1.pdf>

ANEXO DE PRENSA

Se incluye en este anexo, unas breves referencias en los medios de comunicación españoles respecto del tema objeto del trabajo.

ECONOMÍA

España, a la cola en segundas oportunidades

El FMI pide que se estudie exigir que la banca y la Administración perdonen deudas a empresarios que fracasan pasado un tiempo si demuestran buena fe ● Solo otros tres países de la UE carecen de la norma

CRISTINA DELGADO
Madrid

España forma junto a Hungría, Bulgaria y Croacia el pequeño club de los países de la Unión Europea que no dan segundas oportunidades a los empresarios. Estos cuatro países carecen de una legislación que impida, en la práctica, que aquellos que montan un negocio, si fracasan, queden atrapados de por vida en las deudas. El Fondo Monetario Internacional (FMI) considera que la dureza de la normativa española podría ser contraproducente y, en su último informe sobre España, recomienda estudiar a fondo la aplicación del *fresh start*, es decir, permitir que aquellas personas que cumplan determinadas condiciones puedan, pasado un tiempo, hacer borrón y cuenta nueva y olvidar sus deudas.

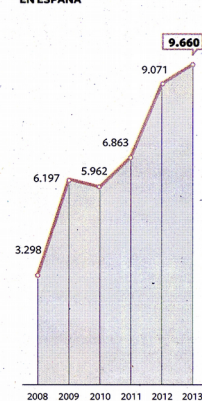
Obligar a un empresario fracasado a rendir cuentas el resto de su vida puede ser, según el FMI, más caro que perdonarle la parte que no haya esperanzas de que devuelva. Porque, si las deudas nunca caducan, los afectados nunca podrán montar otro negocio e incluso es probable que acaben refugiándose en la economía sumergida, para evitar que cada euro que ganen en el futuro acabe destinado a pagar sus compromisos del pasado. Además, la perspectiva de una condena económica tan larga puede desincentivar la iniciativa empresarial, según avisa el organismo que dirige Christine Lagarde. Por eso el FMI cree que en España podría estudiarse, a medio plazo, las ventajas de ofrecer el *fresh start*, e incluso apunta a la necesidad de analizar un sistema de perdón similar "para los consumidores individuales".

El organismo, en el Capítulo IV sobre España —elaborado por la misión de expertos que trimestralmente analiza la situación de la economía— reconoce que el Gobierno si introdujo un sistema para evitar las penalizaciones en la Ley de Emprendedores. Sin embargo, señala que es "muy limitado", porque nunca se perdonan los préstamos garantizados, las deudas con la administración ni las de los acreedores privilegiados (que incluye también a los trabajadores), así como un 25% de los préstamos ordinarios en ciertos casos. "Por lo que es poco probable que beneficie a las pymes con deudas, particularmente aquellas con los mayores pasivos", avisa el Fondo. En España el 92,1% del total de empresas son micropymes —empresas de hasta nueve empleados— o autónomos, los segmentos donde es más difícil conseguir la condonación.

La normativa española "está mal elaborada desde el principio", según considera Matilde Cuenca, profesora de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid. Esta experta, que prepara un libro sobre préstamo responsable y prevención del so-

Empresas insolventes y protección legal

CONCURSOS DE ACREEDORES EN ESPAÑA

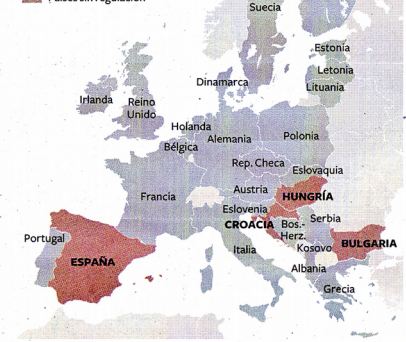


Fuente: INE y FMI.

LAS LEYES DE SEGUNDA OPORTUNIDAD EN EUROPA

Países con regulación (Estados que cuentan con algún tipo de normativa que permite a las pymes y autónomos condonar deudas bajo ciertas condiciones).

Países sin regulación



EL PAÍS

brecendeudamiento, cree que hacer caso al FMI y mejorar la regulación del *fresh start* es "tradicional". En línea con el FMI, avisa de que el sistema actual puede fomentar que quienes quieren volver a montar un negocio "recurran a testaferros o a la economía sumergida. No es de extrañar que España tenga uno de los niveles más altos de fraude", recuerda.

Matilde Cuenca cree que el mayor escollo a la hora de reformar la ley está en la banca. "Tendrían que llevar a sus balances los préstamos que se consideraran no recuperables, y eso iría contra sus cuentas de resultados. No lo van a permitir", considera. Y señala que la ley "trata igual a los buenos que a los malos pagadores", ya que no se tiene en cuenta por qué llegó la quiebra, si por malas prác-

ticas o por circunstancias ajenas. "Una empresa puede acabar en insolvencia porque la Administración no le paga los servicios que le debe. Pero luego, la Administración no le perdonará nunca las deudas al empresario", lamenta.

Los jueces, apunta Cuenca, deberían poder tener margen para

Los expertos avisan de que el sistema actual alimenta la economía sumergida

"Subiría el precio del crédito, pero sería un producto mejor", dice un economista

determinar la buena fe. "No se trata de dar una segunda oportunidad a todos, pero sí usarlo como premio para los deudores que han mostrado buen comportamiento", recomienda. Añade, además, que es necesario valorar también que el comportamiento de quien prestó el dinero, y si fue una concesión irresponsable.

La propuesta del *fresh start* que hace el FMI también apunta a la necesidad de discriminar por casos. "Solo beneficiaría a aquellos endeudados tras un período de esfuerzos de buena fe (y monitorizados) durante el cual paguen tanto como razonablemente puedan y tras haber renunciado a todos los activos que no sean inembargables (como sus casas)", advierte. Sobre el período de tiempo que considera razonable para aplicar el perdón, cita a Alemania, donde son siete años.

Borrón y cuenta nueva al ciudadano

El pasado año se produjeron en España 9.660 concursos de acreedores, un proceso antes conocido como suspensión de pagos. El 90% tuvo como protagonista una empresa. Solo un 2% fueron sobre empresarios individuales (autónomos), a pesar de que en España las llamadas "microempresas sin asalariados" suponen más de la mitad del tejido económico. De esos 9.660 procesos, solo en 726 ocasiones quien se declaró en quiebra, e incapaz de atender las obligaciones con sus acreedores, era una persona sin actividad empresarial. "La cifra choca con la de muchos países europeos, como en Francia, donde hay miles de

individuos al año que se declaran en concurso", comenta la catedrática Matilde Cuenca. ¿Por qué esa diferencia? En España el proceso no supone un alivio de los problemas financieros de las familias.

"Una persona no saca ninguna ventaja de ir a concurso de acreedores, porque en España las deudas le perseguirán el resto de su vida, incluso aunque ya le hayan embargado ya todos los bienes. Los bancos tienen derecho a ir contra el deudor para siempre", apunta el economista Marco Celentani. El FMI cree que esta situación debería revisarse, para analizar las ventajas de que también las familias en

apuros, una vez han cedido todos sus bienes y tras un período en el que demuestren buena fe, puedan empezar de cero.

El Fondo, que se extiende en su último informe sobre España en la necesidad de ofrecer una segunda oportunidad a las pequeñas y medianas empresas, apunta que "aunque las anotaciones se centran en la pymes, incluyendo a los emprendedores individuales, un proceso de condonación [de deudas] sería recomendable también en el caso de los consumidores individuales". Recomienda un proceso que sea simplificado y acelerado, con la mínima intervención judicial.

También la Unión Europea ha recomendado a los países miembro que desarrollen sus leyes de segunda oportunidad. En marzo pidió a los países que "reduzcan los efectos negativos de una quiebra en las posibilidades futuras de los empresarios de abrir una empresa, sobre todo mediante la liquidación de sus deudas en un plazo máximo de tres años". Entre las motivaciones, destacó que "tras quebrar, los empresarios honrados deberían conseguir rápidamente una segunda oportunidad, porque está demostrado que tienen más éxito la segunda vez".

El problema en España, señala Marco Celentani, economista de Fedea y profesor de la Universidad Carlos III, es que en España el emprendedor es el que carga con la gran mayoría del riesgo. Los bancos, recuerda, pueden perseguir eternamente a un deudor, incluso aunque ya no le quede nada. "No es que en España falte cultura empresarial, es que el empresario aquí se expone más que en cualquier otro país desarrollado. Habría que repartir el riesgo de manera eficiente", aconseja. Según el informe GEM de 2013, el estudio anual de referencia sobre emprendimiento, el 47,7% de los encuestados españoles señalaron que el miedo al fracaso era un impedimento para montar una empresa, frente al 35% de EE UU o el 33% de Francia, México y Noruega.

Celentani cree que, además, un mayor equilibrio entre deudor y acreedor puede incidir también en el resultado de los concursos de acreedores. El informe del FMI también advierte, en la misma línea, de que el sistema actual desincentiva los acuerdos: si los acreedores saben que la deuda nunca caducará, nada les impulsa a llegar a un pacto para aplicar quitas.

¿Tiene riesgos para el sistema ofrecer segundas oportunidades? El FMI recomienda estudiar a fondo las consecuencias pero recuerda que "muchos países de la Unión Europea han introducido el *fresh start* sin debilitar la cultura de pago, incrementar el coste del crédito o poner en riesgo la estabilidad financiera". El posible encarecimiento del crédito es a lo que se agarran los detractores de la medida.

"¿Subirían de precio los préstamos? Muy probablemente, es lo lógico. Pero porque el producto sería otro", razona Celentani, que señala que es "obvio" que si al financiar una actividad el inversor asume más riesgos, a cambio, una remuneración más elevada. Pero el deudor tendría a su vez más contraprestaciones, considera el economista. Serían, dice, créditos donde el empresario no pondría en juego el resto de su vida y con un reparto de los riesgos más justo. "Este cambio podría dar la vuelta a la economía. Parece un detalle de poca importancia, pero es crucial, porque contribuiría a un impulso en la creación de empresas", zanja.

LA NUEVA LEY CONCURSAL DISTINGUIRÁ ENTRE CONCURSOS DE PEQUEÑO, MEDIANO Y GRAN TAMAÑO

De la página Web <http://www.aranzadi.es/actualidad/noticias>

(4 de julio de 2014)

MADRID, 3 Jul. (EUROPA PRESS) - El Gobierno recoge como novedades de la reforma de la ley concursal la diferenciación de procesos para pequeña, mediana y gran empresa, así como la designación por sorteo del administrador, y la remuneración en función del tamaño y la eficiencia, entre otros factores.

Así se desprende de las enmiendas al proyecto de ley que serán defendidas por el Grupo Parlamentario Popular en materia de medidas urgentes para refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial a las que ha tenido acceso Europa Press.

Entre las novedades que se contemplan figura la distinción a la hora de designar administrador concursal entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. En los concursos de gran tamaño, el juez podrá designar un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo en el listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que corresponda "cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso".

En caso de concurso de una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, mientras que nombrará administradores de entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas respectivamente a su supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras.

En aquellos concursos en que exista una causa "de interés público que así lo justifique", el juez podrá nombrar e oficio o a instancia de un acreedor de carácter público a una Administración pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella como segundo administrador concursal.

Para concursos conexos, además, se plantea que el juez pueda nombrar una administración concursal única designando auxiliares delegados y, en el caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá caer en una de las administraciones concursales ya existentes.

REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

En las enmiendas al proyecto de ley, el Grupo Parlamentario Popular recoge también una remuneración del administrador concursal mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos y al tamaño del concurso "según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal".

La retribución inicialmente fijada, según se recoge en las enmiendas, "podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos".

"En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso la retribución será reducida al menos en la misma proporción", explica el PP.

Como novedad entre los impedimentos para no ser nombrados administraciones concursales se introduce a quienes estén especialmente relacionados "con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años".

Además, el PP apunta la posibilidad de exigir que el administrador concursal supere una serie de "pruebas o cursos específicos" para acreditar que cuenta con las aptitudes y conocimientos suficientes. Quienes así lo hagan, deberán inscribirse en la creada a tal efecto sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal.