

LA NUEVA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PRECONCURSAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

Por

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Procesal
UNED

mdmartinez@der.uned.es

Revista General de Derecho Procesal 52 (2020)

RESUMEN: El legislador, consciente de la necesidad de crear un instituto preconcursal que diera respuesta a los problemas que plantea la insolvencia de los deudores personas naturales y las empresas de pequeñas dimensiones, que en muchas ocasiones no pueden acudir a los acuerdos de refinanciación, ha regulado un procedimiento extraconcursal y facultativo del deudor destinado a reestructurar su pasivo, mediante un acuerdo negociado con sus acreedores, tramitado al margen del Juzgado de lo mercantil, con la finalidad de descargar de trabajo a estos juzgados y reducir los costes temporales asociados a todo procedimiento judicial, que, en el caso del concurso de acreedores, resultan mucho más significativos en razón del carácter de procedimiento colectivo y especialmente complejo inherente al mismo. En este trabajo se analizan las principales novedades introducidas en el acuerdo extrajudicial de pagos por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

PALABRAS CLAVE: Acuerdo extrajudicial de pagos, mediador concursal, comunicación de la apertura de negociaciones, concurso consecutivo, beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. PRESUPUESTO SUBJETIVO Y OBJETIVO. 1. Delimitación positiva. 2. Delimitación negativa. III. SOLICITUD DE DESIGNACIÓN DE MEDIADOR CONCURSAL. IV. EL MEDIADOR CONCURSAL. 1. Nombramiento, aceptación y remuneración. 2. Requisitos. 3. Funciones. V. LA COMUNICACIÓN AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES. 1. Efectos sobre el deber de solicitud de concurso y sobre las solicitudes de concurso necesario. 2. Efectos sobre los acreedores. VI. LA REUNIÓN DE ACREEDORES Y EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. VII. SUJETOS AFECTOS POR EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. VIII. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGO: LEGITIMACIÓN, MOTIVOS, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO. IX. EL CONCURSO CONSECUTIVO. 1. Delimitación. 2. Régimen especial del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos. X. EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: ASPECTO NOVEDOSOS. 1. Ámbito de aplicación. 2. Régimen general. 3. Régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos.

THE NEW REGULATION OF THE PRE-INSOLVENCY PROCEEDINGS OF THE EXTRA-JUDICIAL PAYMENT AGREEMENT IN THE CONSOLIDATED TEXT OF LAW OF INSOLVENCY PROCEEDING

ABSTRACT: The legislator, conscious of the need for creating a pre-insolvency proceedings institution which could answer the problems posed by the insolvency of individual businessmen and small companies, which in many occasions cannot accede to those refinancing agreements, has regulated extra-insolvency proceedings, optional for the debtor, aimed at the restructuring of his/her liabilities through a negotiated agreement with his/her creditors, and which is processed outside of the Mercantile Court with the intention of alleviating the work load of those courts and reducing the temporal costs associated with all judicial procedures, particularly high in insolvency proceedings as a result of their collective character and their inner complexities. This work analyzes the main novelties introduced in the extra-judicial payment agreement by the RDL 1/2020 of May 5, by which the consolidated text of Law of Insolvency Proceedings is approved.

KEY WORDS: Extra-judicial payment agreement, the insolvency mediator, communication to the mercantile court about the beginning of negotiations, the consecutive insolvency proceedings, the benefit of the exoneration of the unsatisfied liabilities.

SUMMARY: I. GENERAL CONSIDERATIONS. II. SUBJECTIVE AND OBJECTIVE PRESUPPOSITIONS. 1. Positive Delimitation. 2. Negative delimitation. III. REQUEST FOR APPOINTMENT OF INSOLVENCY MEDIATOR. IV. THE INSOLVENCY MEDIATOR. 1. Appointment, acceptance and remuneration. 2. Requisites. 3. Functions. VI. COMMUNICATION TO THE MERCANTILE COURT ABOUT THE BEGINNING OF NEGOTIATIONS. VII. EFFECTS OF THE BEGINNING OF THE PROCEEDINGS. 1. Effects on the legal duty for the petition of voluntary insolvency proceedings and on the petitions of the mandatory insolvency proceedings. 2. Effects upon the creditors. VI. THE CREDITORS MEETING AND THE EXTRA-JUDICIAL PAYMENT AGREEMENT. VII. SUBJECTS AFFECTED BY THE EXTRA-JUDICIAL PAYMENT AGREEMENT. VIII. IMPUGNATION OF THE EXTRA-JUDICIAL PAYMENT AGREEMENT: LEGITIMATION, MOTIVES, COMPETENCE AND PROCEEDINGS. IX. THE CONSECUTIVE INSOLVENCY PROCEEDINGS. 1. Delimitation. 2. Especial regime of the consecutive insolvency proceedings. X. THE BENEFIT OF THE EXONERATION OF THE UNSATISFIED LIABILITIES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización introdujo en la Ley Concursal (LC, en lo sucesivo) un nuevo Título X, titulado «el acuerdo extrajudicial de pagos», que sufrió importante modificaciones tras la aprobación del RDL 1/2015, de 27 de febrero, sobre «Mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social», en el que se regula un procedimiento alternativo al concurso de acreedores que tiene como finalidad esencial que el deudor alcance un acuerdo con sus acreedores a partir de una propuesta elaborada por un mediador concursal, si bien también contempla una solución liquidativa del patrimonio del deudor consistente en la cesión de bienes a los acreedores en pago o para pago de sus créditos y subsiguiente liberación total o parcial de las deudas.

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR, en lo sucesivo), dedica el Libro Segundo (Del derecho preconcursal), Título III (Del acuerdo extrajudicial de pagos), dividido en siete Capítulos, a la regulación de este procedimiento (arts. 631 a 693 TRLR).

El legislador, consciente de la necesidad de crear un instituto preconcursal que diera respuesta a los problemas que plantea la insolvencia de los deudores personas naturales y las empresas de pequeñas dimensiones, que en muchas ocasiones no pueden acudir a los acuerdos de refinanciación a los que se refiere el Libro Segundo, Título II del Texto Refundido, ha regulado un procedimiento extraconcursal y facultativo del deudor destinado a reestructurar su pasivo mediante un acuerdo negociado con sus acreedores, tramitado al margen del Juzgado de lo mercantil, con la finalidad de descargar de trabajo a estos juzgados y reducir los costes temporales asociados a todo procedimiento judicial, que, en el caso del concurso de acreedores, resultan mucho más significativos en razón del carácter de procedimiento colectivo y especialmente complejo inherente al mismo.

Cabe añadir que el acuerdo extrajudicial de pagos no sólo es una alternativa al concurso de acreedores, sino que también constituye un procedimiento alternativo a los acuerdos de refinanciación en sus dos modalidades (acuerdos colectivos de refinanciación y acuerdos singulares de refinanciación), con los que presenta, no obstante, diferencias notables.

Conviene advertir al lector, ya desde el inicio, que la «mediación concursal» no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es simple y llanamente intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la Ley atribuye unas funciones concretas y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas en la forma, en los tiempos y con los límites y condicionamientos que marca la Ley¹.

II. PRESUPUESTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO

Los arts. 631-633 TRLC delimitan el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos tanto desde un punto de vista positivo, esto es, indicando quiénes pueden solicitar el nombramiento de un mediador concursal, como negativo, estableciendo un listado de prohibiciones que impedirán acceder al mismo.

1. Delimitación positiva

1.1.- El deudor persona física

¹ SENÉS MOTILLA, C., CONDE FUENTES, J., «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», en *Revista General de Derecho Procesal*, Revista @iustel.com, Núm. 32, 2014, pg. 12; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», en *Diario La Ley*, Núm. 8225, Sección Doctrina, 2014, pg. 8.

Atendiendo al criterio de delimitación positiva, podrán solicitar el nombramiento de un mediador concursal y, en su caso, alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos el **deudor persona natural, tenga o no la condición de empresario**, siempre y cuando se encuentre **en situación de insolvencia actual o inminente** (presupuesto objetivo) **y la estimación inicial del valor del pasivo no supere los cinco millones de euros** (art. 631.2 TRLC), para cuyo cómputo entran la totalidad de los créditos del deudor, se vean o no afectados por el eventual acuerdo al que se llegue.

A diferencia de lo que sucede en otros Ordenamientos de Derecho comparado², nada obsta a que pueda entrar en este procedimiento preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos el deudor que se encuentra en situación de insolvencia «definitiva», siendo indiferente que la insolvencia sea reversible o irreversible.

Como es sabido, la diferencia esencial entre ambas clases de insolvencia radica, por una parte, en el factor *tiempo*: la actual existe en tiempo presente; la inminente es la que amenaza o está para suceder prontamente y, en tal sentido, es previsible objetivamente, vista con anticipación y, por otra, en la distinta significación del verbo cumplir: en la insolvencia actual, el deudor «no puede cumplir *regularmente* sus obligaciones exigibles»; en la inminente, prevé que «no podrá cumplir *regular y puntualmente* sus obligaciones» (art. 2 TRLC).

Así, pues, tras la aprobación del mencionado RDL 1/2015, se extiende el ámbito de aplicación subjetivo de los acuerdos extrajudiciales de pagos a todo deudor persona natural, que acudía básicamente a estos acuerdos como vía para acceder a los mecanismos concursales de exoneración del pasivo o al menos a uno de éstos ex art. 178 bis.3.5º LC, para el que parecía ser requisito necesario haber intentado previamente un acuerdo extrajudicial de pagos³.

Sin embargo, a diferencia de la regulación anterior (art. 178.3.3º y 5º LC), tras la aprobación del TRLC, el intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos, naturalmente cuando concurren los requisitos para poder hacerlo, ya no se configura como un presupuesto imprescindible ni en el régimen general, ni en el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos.

1.2.- El deudor persona jurídica

² En el Ordenamiento alemán (*Schutzschirmverfahren* parágrafo 270 n InsO) la Ley reformada impide el procedimiento preventivo a los deudores que se encuentran en estado de insolvencia definitiva; en el Derecho francés, el art. L. 611-4 CCom francés habilita el procedimiento de *Conciliation* para el tratamiento de las *difficulté juridique, économique ou financière*, actual o previsible, siempre que no exista una *cessation des paiements*. Más en detalle, *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», en *ADCo*, Núm. 32, pg. 107-111.

³ *Vid.* PULGAR EZQUERRA, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», en *Diario La Ley*, Núm. 8538, 2015.

También podrán instar el acuerdo cualesquiera **personas jurídicas**, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones (art. 633 TRLC:

- a) Se encuentren **en estado de insolvencia, sea actual o inminente**⁴.
- b) Que la estimación inicial del valor del activo o del importe del pasivo no sea superior a cinco millones de euros, o que tenga menos de cincuenta acreedores
- c) Que acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de tramitación del expediente, esto es, el coste previsible de los honorarios devengados por el servicio que debe prestarse por el Registrador, Notario o Cámara Oficial, mediador concursal y demás gastos derivados de la tramitación del procedimiento.

El cumplimiento de estas condiciones revela el propósito del legislador de «reservar» el acuerdo extrajudicial de pagos a quienes tengan una aptitud objetiva para cumplirlos, en el supuesto de que sea aceptado por los acreedores, sin que pueda servir de vestidura formal para un incumplimiento del deber de solicitar el concurso que afecta a todo deudor (art. 5 TRLC), con la única intención de beneficiarse de la protección que su tramitación dispensa frente a los acreedores⁵.

2. Delimitación negativa

Desde un punto de vista negativo, el legislador contempla un catálogo de circunstancias que impiden al deudor persona física o jurídica formular solicitud de nombramiento de un mediador concursal y, en consecuencia, alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, unas de carácter subjetivo, como lo son determinadas prohibiciones legales contenidas en el art. 634 TRLC⁶, y otras de carácter objetivo, ligadas a la incompatibilidad existente entre mecanismos concursales y preconcursales, y entre estos últimos entre sí.

⁴ Nótese que, a diferencia de lo acontece con la persona física, tratándose de personas jurídicas en la regulación anterior sólo se decía que se encuentren en estado de insolvencia, sin especificar si había de ser actual o podía también ser inminente. Acertadamente, actualmente, el art. 631 TRLC no hace distinción entre el deudor persona natural o jurídica, siendo a ambas de aplicación el presupuesto general de encontrarse en insolvencia, ya sea actual, ya sea inminente. Así lo reclamaron, entre otros, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», cit., pg. 117; GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Mediación concursal», en *Diario La Ley*, Núm. 8384, 2014, pg. 6.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ-CALERO, J., «El acuerdo extrajudicial de pagos», en *ADCo*, Núm. 32, 2014, pgs. 18 y 19.

⁶ Así, dichas prohibiciones ya no se conectan, como sucedía en la redacción original, con el incumplimiento de los deberes contables o registrales, ni tampoco con la declaración en concurso de algunos de los acreedores que pudieran verse vinculados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

2.1.- Prohibiciones legales

De conformidad con lo dispuesto en el art. 634 TRLC, no podrán formular solicitud de nombramiento de un mediador concursal:

1º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

2º Las personas que, dentro de los cinco años anteriores a la solicitud, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso de acreedores.

El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.

2.2.- Incompatibilidad procedimental

Tampoco podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 634.3º y 4º TRLC).

Como puede apreciarse, el TRLC establece en este punto una regla general de incompatibilidad procedimental con el siguiente contenido:

a) **Incompatibilidad entre mecanismos concursales y preconcursales**, por cuanto la admisión a trámite de la solicitud de concurso de acreedores excluye la posibilidad de iniciar negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, así como la de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, mientras se tramita el concurso (art. 634.4º TRLC LC).

Ha sido suprimida acertadamente la prohibición que impedía iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente debieran verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso, prohibición ésta que limitaba seriamente la aplicación práctica del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que, en la situación económica actual, no es difícil que algún acreedor del deudor pudiera estar en estado de insolvencia.

b) **Incompatibilidad entre procedimientos preconcursales**, que se traduce

en la prohibición de que puedan acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación.

III. SOLICITUD DE DESIGNACIÓN DE MEDIADOR CONCURSAL.

El inicio del expediente tendente a la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos dará comienzo con la solicitud de nombramiento de un mediador concursal⁷, estando legitimado exclusivamente para ello el deudor y, en el caso de tratarse de persona jurídica, el órgano de administración o de liquidación (arts. 631 TRLC).

La solicitud de nombramiento de mediador concursal no impide al deudor la continuación en el ejercicio de su actividad profesional, empresarial o laboral, pero deberá abstenerse de la realización de cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 639 TRLC).

Acertadamente, ya desde la modificación operada por el RDL 1/2015, ha sido suprimida la prohibición que recaía sobre el deudor de solicitar la concesión de nuevos préstamos o créditos, así como de utilizar medio electrónico de pago alguno, que dificultaban que el deudor pudiera continuar con su actividad empresarial o funcional y, por tanto, desincentivaban el recurso a este mecanismo preconcursal⁸.

Dicha solicitud, que se hará mediante formulario normalizado firmado por el deudor, habrá de realizarse al **Registrador Mercantil** correspondiente al domicilio del deudor, en el caso de que el deudor persona natural fuera empresario⁹ o el deudor persona jurídica fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, aunque cuando no esté inscrita.

Tratándose de deudor persona natural no empresario o deudor persona jurídica no inscribible en el Registro mercantil, la solicitud se presentará ante el **Notario** del domicilio del deudor

En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse ante la **Cámara Oficial** de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara de esta naturaleza, que haya asumido funciones de mediación con conformidad con su normativa específica.

⁷ Sobre la naturaleza jurídica del mediador concursal, *vid.* SANJUÁN Y MÚÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión en los supuestos de insolvencia», en *Diario La Ley*, sección tribuna, Núm. 8230, 2014.

⁸ Cfr. GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Mediación concursal», cit., pg. 8; FERNÁNDEZ SEIJO, «Legislar a Contra Coeur. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 7, 2013, pgs. 6 y 7.

⁹ A los efectos de lo establecido en este título, serán considerados empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos (art. 638 TRLC).

A la solicitud habrá de acompañarse la documentación en la que se haga constar:

1º) **Un inventario de bienes y derechos** de que sea titular, con expresión de su naturaleza y lugar en que se encuentren, los datos de identificación registral, el valor de adquisición y la estimación del valor actual, los gravámenes, trabas y cargas que sobre ellos recaen; en anejo al inventario, se especificarán el efectivo y los activos líquidos de que disponga, así como los ingresos regulares previstos;

2º) **Una lista de acreedores**, incluidos los de derecho público, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales prestadas o reales constituidas a favor de cualquier acreedor o de tercero. Si existieren ejecuciones pendientes contra el patrimonio del deudor se indicará la identidad del ejecutante, el juzgado en que se estuviere tramitando y el número de autos, indicando cuáles de esos bienes el solicitante considera necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial; en anejo a la lista, se incluirá una relación de contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos y

3º Las **cuentas anuales** correspondientes los tres últimos ejercicios, si el deudor estuviere obligado a la llevanza de contabilidad (arts. 636 y 637 TRLC).

4º Una **relación de los trabajadores**, si los tuviera, con expresión de la identidad y dirección de sus representantes.

Si el deudor fuera persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico matrimonial. Si los cónyuges fueren propietarios de la vivienda familiar y ésta pudiera quedar afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá firmarse necesariamente por ambos cónyuges o presentarse por uno con el consentimiento del otro.

El receptor de la solicitud, si fuera competente, efectuará un examen de la documentación presentada, inadmitiendo la misma: a) cuando el deudor no cumpla o no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos o b) cuando los datos incluidos en la documentación contengan defectos y sean insuficientes, siempre y cuando la no justificación de los requisitos legales y la falta de información no se subsanen en el plazo señalado, que no podrá exceder de cinco días.

A diferencia de lo que sucede en el concurso voluntario, en donde se ha optado por un sistema de comprobación *a priori* del presupuesto objetivo del concurso efectuado por el órgano judicial (art. 6 TRLC), en el procedimiento para alcanzar un acuerdo

extrajudicial de pagos rige un sistema de **prueba confesoria** a cargo del deudor de su estado de insolvencia.

Dicho sistema de prueba confesoria comporta, siguiendo a FERNÁNDEZ DEL POZO¹⁰, las siguientes consecuencias:

a) El deudor no soporta una carga de justificación de su estado de insolvencia distinta de la que consiste en la aportación de los documentos exigidos en los arts. 636 y 637 TRLC.

Dicha documentación, junto con la solicitud de nombramiento de un mediador concursal, permite su admisión a trámite previa comprobación, meramente formal, por parte del Registrador, Notario o Cámara Oficial del cumplimiento de los requisitos legales.

b) Ninguno de esos órganos receptores de la solicitud tienen facultades para apreciar, a partir del examen de la documentación aportada y examinada ésta en su conjunto, si resulta suficientemente justificada la existencia del presupuesto objetivo del procedimiento extrajudicial de pagos (insolvencia actual o inminente), o si es manifiestamente improbable poder alcanzar un acuerdo de continuidad mediante una reorganización de la situación que haga eventualmente posible, revertiendo la situación, que pueda seguir explotando su actividad empresarial.

c) Ni siquiera el mediador concursal designado por la autoridad pública debe/puede entrar a verificar el fondo de esa situación de (pre) insolvencia, debiendo proceder a la elaboración de una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, acompañada de un plan de pagos y de un plan de viabilidad y convocar a una reunión con los acreedores, aun cuando considere que es manifiestamente improbable alcanzar un acuerdo con sus acreedores.

Cuestión distinta es que, en todos los casos en que exista un deber por parte del mediador concursal de solicitar el concurso consecutivo de acreedores (propuesta no aceptada, incumplida o anulada), dicha solicitud aparezca condicionada a la presencia de dicho presupuesto objetivo del concurso de acreedores (art. 705.3 TRLC), entendido como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir sus obligaciones exigibles (insolvencia actual) o que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (insolvencia inminente) .

IV. EL MEDIADOR CONCURSAL

¹⁰ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», cit., pgs. 137-142.

1. Nombramiento, aceptación y remuneración

Examinado el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad del acuerdo, el Registrado Mercantil, el Notario o la Cámara de Oficial, según corresponda, procederá al **nombramiento** de mediador concursal¹¹, que habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que *de forma secuencial corresponda* de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

Dispone a tal efecto el art. 19 del RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que los Registradores Mercantiles y los Notarios accederán al Portal mediante certificado reconocido de firma electrónica, requiriendo el suministro de los datos del mediador concursal que de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante. En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma. En último lugar, señalará el Portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado.

Si el deudor fuera persona natural no empresario, el Notario receptor, salvo oposición del deudor, podrá asumir la condición de mediador (art. 642.2 TRLC).

Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación, pudiendo designar una subcomisión, en cuyo seno deberá figurar, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediador concursal (art. 644 TRLC).

La **aceptación** por el mediador concursal del cargo determina propiamente el inicio del correspondiente expediente extrajudicial, siendo el Registrador, el Notario o la Cámara Oficial, según se trate, a quienes corresponde dar cuenta de ello por medio de copia auténtica del acta, certificación del asiento o del acuerdo de nombramiento, que deberán remitir a los Registros Públicos de personas en que estuviera inscrito el solicitante y de los bienes o derechos de su propiedad, al Registro público concursal, otros organismos públicos (AEAT y TGSS) y a la representación de los trabajadores.

¹¹ Tal y como señala GALLEGO, el hecho de que se haya encomendado el nombramiento del mediador al Notario o al Registrador y la necesidad de que el acuerdo sea elevado a escritura pública y, en su caso, depositado en el Registro mercantil puede ocasionar gastos adicionales en comparación con los que se generan en los sistemas comparados, en los que la designación es competencia del Juez o de órganos administrativos. *Vid.* GALLEGO, E., «La mediación concursal», en *ADC*, Núm. 31, 2014, pg. 26.

Al mismo tiempo, deberán realizar la comunicación al Juzgado competente para la declaración de concurso del deudor de la apertura de negociaciones con los acreedores con el fin de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, momento a partir del cual los acreedores deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor (art. 664 TRLC).

La falta de aceptación dentro de plazo determinará la caducidad del nombramiento.

Queda pendiente de desarrollo reglamentario la determinación de las reglas para el cálculo de la **retribución** del mediador concursal, que dependerá, en todo caso, del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación.

2. Requisitos

Para ser nombrado mediador concursal es necesario acreditar el cumplimiento de los siguientes **requisitos**:

a) El mediador concursal, sea persona natural o jurídica, debe tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles. Para ello deberá estar en posesión de título oficial universitario o formación profesional superior y contar con formación específica, dirigida a proporcionar a los mediadores conocimientos jurídicos, psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, tanto a nivel teórico como práctico (arts. 3 y 4 RD 980/2013).

b) Figurar inscrito en la lista confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

c) Tener contratado un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación, tanto por su naturaleza de mediador (art. 11 LM)

d) Tener una dirección de correo electrónico que cumpla las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones (art. 646 TRLC).

3. Funciones

Un análisis general de lo dispuesto en el Libro Segundo, Título III TRLC, permite afirmar que el mediador concursal en el procedimiento extrajudicial de pagos tiene unas **funciones proactivas**, que brevemente expuestas podemos resumir en:

a) La **comprobación de los datos obrantes en la documentación y de la**

existencia y cuantía de los créditos.

Dentro de los diez días siguientes al de la aceptación del cargo, el mediador concursal deberá comprobar, de un lado, la realidad y exactitud de los datos que figuren en la solicitud y la documentación que la acompañe y, de otro, la existencia y cuantía de los créditos que figuren en la lista de acreedores en función de dicha documentación y con los demás medios que considere oportunos (arts. 659 y 660 TRLC).

b) **Convocar a una reunión, en la localidad en que el deudor tenga su domicilio, al deudor y a los acreedores** que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio, en la que deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas (art. 662 TRLC). Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público.

Tratándose de deudor persona natural que no tuviera la condición de empresario y si el mediador fuera el propio Notario, tanto el plazo para la comprobación de la solicitud, de la documentación y de los créditos, como para la convocatoria de la reunión será de quince a computar desde la presentación al Notario de la solicitud de nombramiento de mediador.

c) **Elaborar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos** sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.

La propuesta incluirá: a) un *plan de pagos* de los créditos pendientes de pago, con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, así como de los nuevos créditos, entre los que se incluyen los que se devenguen en concepto de alimentos para el deudor y su familia; b) un *plan de viabilidad*, cuando para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad, especificando los recursos necesarios y los medios y condiciones de su obtención (arts. 671 y 672 TRLC).

También se incluirá copia de la solicitud de aplazamiento del pago de los créditos de derecho público o de la resolución que se hubiere dictado o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

Dicha propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, en la medida que compromete la acción futura del deudor, deberá contar con su consentimiento expreso (art. 666 TRLC). La negativa del deudor a prestar su consentimiento a la propuesta de plan de pagos

debiera ser motivo suficiente, pese al silencio legal, para que el mediador inste el concurso consecutivo.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podrá contener cualquiera de las siguientes medidas:

1ª Esperas por un plazo no superior a diez años.

2ª Quitas.

3ª La conversión de los créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad, la conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en obligaciones convertibles, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios.

4ª La cesión de bienes o derechos en pago o para pago de la totalidad o de parte de sus créditos, siempre y cuando no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

Si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, la propuesta únicamente podrá contener esperas, quitas y cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.

En ningún caso la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos podrá alterar el orden de prelación de pagos establecido para el concurso de acreedores, ni podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para la satisfacción de los créditos.

d) **Supervisar el cumplimiento del acuerdo alcanzado** (art. 693 TRLC).

Con el fin de facilitar dicha labor de seguimiento, resulta aconsejable advertir a los acreedores en la reunión y en el mismo momento de adopción del acuerdo extrajudicial de pagos que deberán comunicar cualquier incumplimiento de pagos por el deudor, sin perjuicio, por ejemplo, de enviar un e-mail con un periodicidad de 6 meses a todos los acreedores que dispongan de este medio para que informen si se está cumpliendo el acuerdo, recordándoles que, en caso contrario, lo notifiquen al mediador.

e) Solicitar de inmediato la declaración de concurso consecutivo del deudor si, dentro de los diez días naturales a contar desde el envío de la propuesta de acuerdo, los acreedores que representen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por ese acuerdo decidieran no iniciar o no continuar las negociaciones, o si la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos no fuera

aceptada por los acreedores, así como también cuando el acuerdo fuera anulado por el Juez o fuera incumplido (art. 705 TRLC).

En todos los casos anteriores, el deber de solicitar la declaración de concurso consecutivo no existirá si el deudor no se encontrara en estado de insolvencia actual o inminente.

f) Por último, en el caso de declararse el concurso consecutivo, una vez nombrado administrador concursal (lo que acaecerá, salvo que exista justa causa apreciada por el Juez del concurso para no hacerlo) y si procediese la apertura de la fase de liquidación, el mediador concursal -ya administrador concursal- tendrá que proceder a la calificación del mismo como fortuito o culpable, así como también tendrá que valorar la procedencia de interponer alguna acción de reintegración, para todo lo cual difícilmente podría sustraerse a aquello de lo que tuvo conocimiento en el previo expediente de acuerdo extrajudicial de pagos¹².

Por esta razón, se prevé expresamente que en el concurso consecutivo no regirá la regla de la confidencialidad del mediador concursal que hubiera sido nombrado como administrador concursal (art. 709 TRLC).

V. LA COMUNICACIÓN AL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE LA APERTURA DE NEGOCIACIONES

En el caso de que se solicite el nombramiento de mediador concursal para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el Registrador mercantil, el Notario o la Cámara oficial ante los que se hubiera presentada la solicitud, una vez aceptado el cargo por el mediador concursal, deberán comunicar al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de las negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 648 TRLC).

Dicha comunicación, al igual que sucede con la que tenga por objeto la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada

¹² Tal y como señalan SENÉS y CONDE FUENTES: «Qué diferente la tarea del «mediador concursal», consistente en comprobar la existencia y cuantía de los créditos y elaborar un plan de pagos, y la asistencia a las partes del mediador, a secas, para que éstas alcancen un acuerdo por sí mismas (art. 1 Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles); qué diferentes los límites legales del contenido del acuerdo extrajudicial de pagos y el límite genérico de que el acuerdo de mediación no sea contrario a Derecho (art. 25.2 LM); qué diferente el carácter reglado del procedimiento extrajudicial y la flexibilidad del procedimiento de mediación (art. 10.1 LM); y qué desmesurada parece la extrapolación al acuerdo extrajudicial de la confidencialidad propia del mediado cuando lo único que la Ley Concursal toma de la Ley de Mediación es la formación en técnicas de negociación que se exige al «mediador concursal». SENÉS MOTILLA, C., CONDE FUENTES, J., «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», cit., pg. 12.

de convenio o un acuerdo refinanciación, podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo legal establecido para el cumplimiento del deber de solicitar el concurso, esto es, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5 TRLC).

Efectuada la comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto dejando constancia de la comunicación y ordenará la publicación en el Registro Público Concursal de edicto conteniendo extracto de esa comunicación.

1. Efectos sobre el deber de solicitud de concurso y sobre las solicitudes de concurso necesario

La comunicación efectuada al órgano judicial competente y en el plazo señalado produce una doble consecuencia: la **prórroga del deber legal de solicitud de concurso voluntario ex art. 5 TRLC y la imposibilidad de solicitudes de concurso necesario**.

En efecto, formulada la comunicación en tiempo no será exigible el deber de solicitar la declaración del concurso voluntario. Tan sólo transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor que no hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente si se encontrara en estado de insolvencia actual, a menos que ya la hubiera solicitado el mediador concursal (art. 595 TRLC).

Por su parte, de conformidad con lo dispuesto en el art. 594 TRLC, las solicitudes de concurso presentadas después de la comunicación por otros sujetos legitimados distintos del deudor o del mediador concursal, no se admitirán a trámite mientras no transcurra el plazo de tres meses a contar desde la fecha de esa comunicación o de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario.

Las que se presenten con posterioridad a la expiración de ese plazo sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes hábil sin que el deudor hubiera presentado solicitud de concurso.

2. Efectos sobre los acreedores

Dejando al margen la prohibición de los acreedores de instar el concurso del deudor durante el plazo previsto en el art. 594 TRLC, ya estudiado, el legislador impone a la totalidad de los acreedores que pudieran verse afectados por el eventual acuerdo con su deudor un deber de **abstención de realizar cualquier acto orientado a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor** (art. 664 TRLC).

Por otra parte, recae sobre los acreedores una verdadera **carga de asistir a la reunión convocada** por el mediador concursal para discutir la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, salvo que hubiesen manifestado la aceptación de la propuesta o se hubiesen opuesto a la misma dentro de los diez días anteriores a la fecha prevista para la reunión, sancionándose su inasistencia con la calificación de sus créditos como subordinados en el eventual concurso consecutivo (art. 712 TRLC).

Dicha subordinación no procederá si el crédito tuviera la condición de privilegiado especial por tener constituida garantía real sobre bienes o derechos de la masa activa.

Pero, sin duda alguna, el efecto patrimonial de mayor transcendencia aparece contemplado en el art. 588 TRLC, que ordena que, hasta que transcurran tres meses desde la fecha de presentación de la comunicación de apertura de negociaciones para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, **los acreedores no podrán iniciar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor**. Dicho plazo será de dos meses si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario.

Las ejecuciones sobre los bienes y derechos que estén en tramitación se suspenderán por el Juez que estuviere conociendo de las misma

Para afianzar dicha prohibición general de acciones ejecutivas, se establece que, practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes y derechos, no podrán anotarse respecto de los bienes y derechos del deudor embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal, con la excepción de los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos de ejecución seguidos por los acreedores de derecho público.

Quedan excluidos de dicha prohibición, por una parte, los acreedores de derecho público, en todo caso, y, por otra, los acreedores de créditos con garantía real, que, no obstante la comunicación de la apertura de negociaciones, podrán iniciar ejecuciones sobre los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía. Ahora bien, si la garantía recayera sobre la vivienda habitual del deudor o sobre bienes o derechos necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, una vez iniciado el procedimiento, la ejecución sobre tales bienes o derechos habrá de suspenderse por el Juez que estuviera conociendo de las mismas hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación de la apertura de negociaciones o dos meses si el deudor fuera persona natural no empresario (arts. 591.2 y 592TRLC).

Por otra parte, durante el plazo de negociación del acuerdo, **se suspenderá el devengo de los intereses, legales o convencionales**, de los créditos que pudieran

verses afectados por el mismo, sin más excepciones que las previstas para el caso de concurso de acreedores (art. 665 TRLC).

VI. LA REUNIÓN DE ACREEDORES Y EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Dentro de los diez días siguientes al de la aceptación del cargo, el mediador concursal convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista que acompaña a la solicitud o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión en la localidad en la que el deudor tenga su domicilio.

La convocatoria deberá realizarse en la dirección electrónica de los acreedores, si le constase al mediador concursal por haberla aportado el deudor o facilitado los acreedores. En otro caso, se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción.

Con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para su celebración, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, acompañada del plan de pagos y del plan de viabilidad, que podrá ser modificados en la reunión, siempre y cuando no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aceptación a la propuesta dentro de los diez días naturales anteriores a la fecha prevista, no hayan asistido a la reunión (art. 675 TRLC).

Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere adoptado, serán necesarias las siguientes mayorías:

- a) 60 % del pasivo computable, cuando la propuesta de acuerdo contenga esperas, ya sea de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, por un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al 25% del importe de los créditos.
- b) 75 % del pasivo computable, cuando la propuesta de acuerdo tuviera cualquier otro contenido.

El pasivo computable para la adopción del acuerdo comprenderá la suma del importe de los créditos que no gocen de garantía real, el importe de los créditos que exceda del valor de esa garantía y el importe de los créditos con garantía real que hubieren aceptado la propuesta. En ningún caso integrarán el pasivo computable los importes correspondientes a los créditos de derecho público.

Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará a escritura pública que otorgará el mediador concursal. Quienes hubieren realizado el nombramiento del mediador concursal comunicarán el cierre del expediente al Juez

competente para la declaración de concurso y a los Registros Públicos pertinentes y publicarán la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal.

Si, por el contrario, el plan no fuera aceptado, y el deudor siguiera en estado de insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del Juez competente la declaración de concurso consecutivo, que el Juez acordará.

VII. SUJETOS AFECTADOS POR EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

De la regulación legal del acuerdo extrajudicial de pagos se infiere que todos y cada uno de los acreedores susceptibles de ser afectados, sin distinción o discriminación alguna, quedan sujetos a un mismo e idéntico régimen legal de exigibilidad de sus créditos y, por tanto, a lo que resulte del procedimiento y, eventualmente, a lo convenido en él regularmente en paridad de condición¹³.

Esto diferencia nuestro procedimiento extrajudicial de pagos de aquellos otros existentes en Derecho comparado en el que el arreglo solamente se traba con los acreedores que voluntariamente se presten a aceptarlo y sin posibilidad de extender el contenido del acuerdo a los externos¹⁴.

Por otra parte, no se discrimina dentro de los acreedores afectados entre los que, de declararse el concurso, serían calificados de privilegiados (p. ej. trabajadores por créditos salariales) o los que habría de calificarse de subordinados (p. ej. personas especialmente relacionadas con el deudor).

Quedan excluidos, en todo caso, los titulares de créditos de derecho público, aunque gocen de garantía real (art. 683.2 TRLC), lo que determina que fuera del concurso de acreedores no pueda establecerse la graduación del crédito público en crédito privilegiado, crédito ordinario y crédito subordinado. Por lo tanto, en el acuerdo extrajudicial de pagos el deudor queda obligado a satisfacer partes del crédito público que dentro del concurso quedan limitadas o graduadas (piénsese en la subordinación de recargos e interés o en la suspensión del devengo de interés en el concurso)¹⁵.

Los acreedores con garantía real, por la parte que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo extrajudicial de pagos si hubieran manifestado la voluntad de aceptarlo.

¹³ En relación con esta cuestión, Cfr. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», en *Diario La Ley*, Sección Tribuna, Núm. 8196, 2013.

¹⁴ Tal y como señala FERNÁNDEZ DEL POZO, ese modelo es más respetuoso con el principio del *res inter alios acta*, pero resulta menos ambicioso. A este modelo responde la *conciliation* francesa en sus dos modalidades y los *acordi di ristrutturazione di debiti* italianos y, entre nosotros, los acuerdos de refinanciación generales (los no homologados judicialmente) del art. 71.6 LC. Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos».cit., pgs. 101-104.

¹⁵ En este sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, «Legislar a Contra Coeur...», cit.

Sin embargo, tales acreedores, aunque no hayan aceptado el acuerdo, pueden también quedar vinculados, por la parte de sus créditos que no exceda del valor de la garantía, siempre y cuando se obtengan las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas (art. 684.2 TRLC):

1º El 65 % cuando el acuerdo contenga esperas, de cualquier clase, con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al 25 % de los créditos.

2º El 80 % cuando el acuerdo tuviera cualquier otro contenido.

En relación con la eficacia objetiva del acuerdo, los créditos que resulten afectados por el acuerdo quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del acuerdo. Sin embargo, el acuerdo no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el deudor, ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubieran mostrado su conformidad con el acuerdo (arts. 685 y 686 TRLC).

VIII. IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS: LEGITIMACIÓN, MOTIVOS, COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

La impugnación del acuerdo habrá de presentarse ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo en el Registro público concursal, estando **legitimados activamente** el acreedor que, ostentando derecho de voto, no hubiera sido convocado a la reunión y que no hubiera aceptado el acuerdo, siempre que, en este caso, la eficacia del acuerdo se extienda a los créditos de los que sea titular.

La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y tan sólo podrá fundarse en las siguientes **causas de impugnación**: a) falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados; b) infracción de las normas sobre el contenido de la propuesta; y c) en la desproporción de las medidas acordadas.

Todas las impugnaciones serán tramitadas conjuntamente por los trámites del **procedimiento incidental**. La sentencia que resuelva el incidente podrá ser recurrida en apelación, que tendrá tramitación preferente, y una vez firme será publicada en el Registro Público Concursal.

Por último, la anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo.

IX. EL CONCURSO CONSECUTIVO

1. Delimitación

El Título IV, del Libro Segundo del TRLC contiene la regulación legal de un nuevo tipo de concurso de acreedores, que recibe la denominación de «concurso consecutivo», con la que se quiere significar que sigue a la tramitación previa del procedimiento extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación.

En efecto, tiene la consideración de concurso consecutivo el que se declara a petición del propio deudor, de acreedor o mediador concursal, en los siguientes casos: 1º) No haberse alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, ya sea porque acreedores que representen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectado por el acuerdo decidiesen no iniciar o no continuar las negociaciones, ya sea porque la propuesta presentada no resultara aceptada por los acreedores; 2º) Incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos aceptado o, finalmente, 3º) Declaración judicial de nulidad o de ineficacia del acuerdo alcanzado (art. 695 y 705 TRLC).

Conviene advertir que la solicitud de concurso consecutivo efectuada por el mediador concursal aparece condicionada, en todos los supuestos anteriores, a la presencia del presupuesto objetivo del concurso de acreedores, esto es, a que el deudor se encontrara en estado de insolvencia, actual o inminente.

Tratándose de deudor persona natural no empresario, si el notario o, en su caso, el mediador concursal considerase, una vez transcurridos dos meses de la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, que no es posible alcanzar un acuerdo, también deberán solicitar la declaración de concurso consecutivo.

2. Régimen especial del concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos

2.1. Tramitación y contenido de la solicitud

El concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos se tramitará como procedimiento abreviado con las especialidades siguientes.

Cuando la solicitud de concurso consecutivo hubiera sido formulada por el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o de un plan de liquidación, que se acomodarán a las disposiciones generales. Tratándose de persona natural que no tuviera la condición de empresario, la solicitud deberá ir acompañada de un plan de liquidación de la masa.

Lo mismo podrá hacer el deudor, cuando el concurso hubiera sido declarado a solicitud de acreedor.

Si la solicitud hubiera sido realizada por el mediador concursal, deberá acompañar, además, un informe con el mismo contenido que el que ha de elaborar la AC, con el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y demás documentos legalmente exigidos.

Así mismo deberá pronunciarse, de un lado, sobre la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y, de otro, sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación.

2.2. Designación del mediador concursal como administrador concursal y su remuneración

Otro rasgo destacable del concurso consecutivo viene determinado por el hecho de que, **«salvo justa causa», en el auto de declaración de concurso el Juez nombrará administrador concursal del concurso al mediador concursal**, que reúna las condiciones establecidas para ese nombramiento¹⁶, lo que podría suscitar importantes problemas desde la óptica del principio de confidencialidad al que viene sujeto ex art. 9 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

En efecto, la posible doble función, como mediador en el acuerdo extrajudicial de pagos y como administrador concursal en el eventual concurso consecutivo, provoca una tensión importante en relación con el principio de confidencialidad, habida cuenta que el ejercicio de las funciones de mediación implica necesariamente el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo referente a la actividad económica del deudor, que quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9 Ley de Mediación, lo que, en principio, provocaría la imposibilidad de uso de tales datos e información para, por ejemplo, el ejercicio de acciones de reintegración y calificación concursal.

Consciente de ello, desde la reforma operada por el RDL 1/2015, la confidencialidad resulta expresamente excepcionada. En este sentido, el art. 709 TRLC señala

¹⁶ Téngase en cuenta que la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, con el objetivo de asegurar que las personas que desempeñen las funciones de administrador concursal cuenten con las aptitudes y conocimientos suficientes, establece las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal.

Dichos requisitos, que habrán de ser desarrollados reglamentariamente, podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar, así como a la realización o superación de pruebas o cursos específicos, pudiéndose exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño. En este mismo sentido, cfr. art. 61 TRLC.

expresamente que «*en el concurso consecutivo no se registrará la regla de confidencialidad del mediador concursal que hubiera sido nombrado administrador concursal*».

En cuanto a su **remuneración**, el mediador concursal nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo no podrá percibir por el ejercicio del cargo más retribución que la que le hubiere sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial (art. 709.3 TRLC).

Del tenor gramatical de dicho precepto parece desprenderse que lo que el legislador ha querido es que el mediador concursal nombrado como administrador concursal en el concurso consecutivo no pueda percibir más retribución que la ya recibida durante el desempeño de las funciones de mediador concursal, lo que implica que las funciones que efectúe en el concurso consecutivo no serán retribuidas, lo que hace poco atractivo la labor del administrador concursal durante el concurso consecutivo.

2.3. La masa pasiva: reconocimiento de créditos y consideración de determinados créditos contra la masa

La regulación del concurso consecutivo también contiene algunas reglas que afectan a la formación y ordenación de la masa pasiva.

La primera de tales reglas establece que **la declaración de concurso consecutivo exime de la carga de comunicar la existencia de créditos y solicitar su reconocimiento a los titulares de créditos que hubieran suscrito el acuerdo extrajudicial** (art. 71 TRLC), lo que no supone, en modo alguno, que su reconocimiento sea automático, especialmente en los casos en los que el administrador concursal designado por el Juez no coincida con el que actuó previamente como mediador concursal.

Si la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedores o si el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal, el informe de la administración concursal deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos, pudiéndose impugnar el inventario y la lista de acreedores por las partes personadas en el concurso consecutivo¹⁷.

Como segunda regla, se contempla la **creación de una nueva categoría de créditos contra la masa**, considerándose como tales, además de los previstos con carácter general en la Ley, los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos generados durante la tramitación de ese expediente que hubieran tenido tal consideración si, en

¹⁷ Facultad de impugnación que, en la regulación anterior, era defendida por BAENA, P.J., «El concurso consecutivo», en ADCo, Núm. 33, 2014, pgs. 44 y 45.

lugar de un acuerdo extrajudicial de pagos, se hubiera tramitado un concurso de acreedores y todavía no hubieran sido satisfechos (art. 715 TRLC).

A diferencia de lo que sucede con los ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, que tendrán la consideración de créditos con privilegio general (art. 280.6º TRLC), no reciben el mismo tratamiento las aportaciones de tesorería efectuadas en el contexto del procedimiento extrajudicial de pagos, lo que puede constituir, una vez más, un desincentivo al acuerdo extrajudicial de pago.

2.4. Dies a quo del cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones de rescisión concursal y su legitimación

En relación con el ejercicio de las acciones de reintegración, se puntualiza que, declarado el concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos que hubiera sido o fuera nulo o que no reúna los requisitos establecidos legalmente, **serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa desde la solicitud de nombramiento de mediador concursal** (art. 697 TRCL).

Con la finalidad de conceder protección a los acuerdos extrajudiciales de pagos de una eventual rescisión concursal, se prevé expresamente que, en caso de concurso consecutivo, no podrán ejercitarse acciones de rescisión concursal de los acuerdos extrajudiciales de pagos, así como tampoco de los actos, los negocios jurídicos y los pagos que se hubieran realizado en ejecución de esos acuerdos, ni de las garantías que se hubiesen prestado o constituido (art. 698 TRLC), dejando la duda de si resultan procedentes o no el ejercicio de otras acciones de impugnación que procedan conforme a derecho (nulidad, anulabilidad, rescisión por lesión, etc.).

En el concurso consecutivo, tan sólo la AC está legitimada activamente para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales o cualesquiera otras acciones de impugnación que proceda conforme a derecho, sin que, en ningún caso, puedan ser ejercitadas por los acreedores.

2.5. Remisión de deudas

Por último, en el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el Juez declarará, en el mismo auto de conclusión de concurso, la exoneración del pasivo insatisfecho, siempre y cuando concurran los presupuestos legales y con los efectos establecidos en la Ley.

X. EL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

El TRLC dedica el Capítulo II del Título XI del Libro I a la regulación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, dividido en tres secciones: la primera, delimita su ámbito de aplicación (art. 486); la segunda, contiene el régimen general de la exoneración (arts. 487-492) y la tercera, dedicada al régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos (arts. 500-502).

1. Ámbito de aplicación

De conformidad con lo dispuesto en el art. 486 TRLC, el deudor persona natural podrá solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo satisfecho cuando la causa de conclusión del concurso fuere la finalización de la fase de liquidación de la masa activa o su insuficiencia para satisfacer los créditos contra la masa.

En relación con esta segunda causa, el texto refundido, al igual que el vigente texto, permite al Juez acordar en el mismo auto de declaración de concurso la conclusión del procedimiento cuando aprecie de manera evidente la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los posibles gastos del procedimiento y no sea previsible el ejercicio de acciones de reintegración ni de responsabilidad de terceros ni la calificación culpable del concurso.

Si el concursado fuera persona natural, el Juez, en el mismo auto de conclusión, designará un AC que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa (arts. 470 y 472. 1 TRLC).

Una vez comunicada al juzgado la finalización de la liquidación, el deudor, dentro de los quince días siguientes, podrá solicitar la exoneración de pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso.

Con esta nueva redacción otorgada al art. 472 TRLC, no admite duda alguna la posibilidad de declaración y conclusión simultánea del concurso, no siendo necesario esperar a la firmeza de la resolución que conceda o deniegue el beneficio de exoneración de pasivo para que pueda dictarse auto de conclusión del concurso, tesis está última defendida por nuestras Audiencias Provinciales durante la vigencia del art. 176 bis.4,II LC)¹⁸.

2. Régimen general

2.1. Presupuestos subjetivo

¹⁸ Cfr. SAP de Pontevedra 12 de febrero de 2020; SAP de Madrid de 25 de enero de 2019.

Siguiendo la doctrina establecida por nuestro TS¹⁹, en el TRLC la exigencia de **buena fe**, como requisito esencial para que el deudor persona natural pueda acogerse al beneficio de exoneración, se vincula al cumplimiento de una serie de requisitos específicos.

En efecto, el art. 487.2 TRLC considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los siguientes requisitos:

1º Que el concurso no haya sido declarado culpable. Tan sólo cuando la declaración de concurso culpable tenga como causa el incumplimiento en el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el Juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiere producido el retraso²⁰, dejando de este modo un excesivo margen de apreciación al órgano judicial poco deseable en una materia tan sensible.

2º Que el deudor no haya sido condenado por sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública ya la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso. Si existiere un proceso penal pendiente, el Juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.

2.2. Presupuesto objetivo

En el régimen general, la obtención del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho puede conseguirse en la actual regulación del texto refundido de dos maneras alternativas: a) cuando en el concurso de acreedores se hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y el deudor, por reunir los requisitos para ello, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores²¹ o b) simplemente habiendo satisfecho además de los créditos contra la masa y los privilegiados, al menos, un 25% de importe de los créditos concursales ordinarios (art. 488 TRLC).

¹⁹ Cfr., por todas, STS núm. 381/2019, de 2 de julio.

²⁰ En el art. 178 bis. 3.1º LC, se contemplaba expresamente que el Juez en tales casos podría conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciara dolo o culpa grave del deudor.

²¹ La STS 150/2019, de 13 de marzo, exige para que pueda considerarse intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, que exista una propuesta real a los acreedores, al margen de que no fuera aceptada, sin que pueda entenderse intentado cuando como ocurrió en el supuesto analizado en dicha resolución la propuesta formulada era la extinción o quita del 100% de los créditos.

Dos son las novedades que introduce el TRLC en esta materia.

La primera de ellas consiste en que, acertadamente, el cumplimiento de la clase de créditos y en el porcentaje establecido, así como la celebración o intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos se configuran como presupuestos objetivos para la obtención del beneficio y no como requisitos vinculados a la consideración del deudor como de buena fe que efectuaba el art. 178 bis 3 LC.

La segunda, y más importante, es que, a diferencia de la regulación anterior (art. 178.3.3º LC), **el intento de celebración de un acuerdo extrajudicial de pagos**, naturalmente cuando concurren los requisitos para poder hacerlo, **ya no se configura como un presupuesto imprescindible para la obtención del beneficio**, ya que, aun cuando no se hubiere intentado, el deudor podrá alcanzar el citado beneficio si satisface, junto a los créditos contra la masa y los privilegiados, al menos, un 25% del importe de los créditos ordinarios.

Por otra parte, aunque la redacción del precepto no lo concreta, una interpretación lógica del mismo ha de conducir a sostener que el concursado que haya satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa y los privilegiados, y no haya podido intentar el acuerdo extrajudicial de pagos por no concurrir los requisitos legales para ello, podrá obtener el beneficio de forma automática sin necesidad ni de tener que abonar el 25 % del pasivo ordinario ni de sujetarse a la presentación y aprobación de un plan de pagos, pues carece de sentido someter a este deudor a peor condición que al que pudiendo hacerlo no lo hubiera intentado. En definitiva, sólo en defecto de un acuerdo extrajudicial de pagos intentado, si hubiera sido posible legalmente hacerlo, debe exigirse al deudor el pago de la cuarta parte del pasivo ordinario²².

2.3. Extensión de la exoneración

A diferencia de la regulación contenida en la regulación anterior que guardaba silencio sobre este aspecto, el TRLC aborda la extensión de la exoneración y distingue nuevamente la conducta del deudor que, reuniendo los requisitos para ello, hubiese intentado el acuerdo extrajudicial de pagos y el que no lo hubiera hecho (art. 491 TRLC).

En el primero de los casos, si se hubieren satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extiende a la totalidad de los créditos insatisfechos, con la única excepción de los créditos de derecho público y por alimentos.

En relación a estas dos categorías de créditos (derecho público y por alimentos), habrá de entenderse que se tratará de los que compartan la clasificación de créditos

²² En este sentido, AAP de Barcelona 217/2016, de 21 de noviembre.

concursoales no privilegiados, dado que para tener acceso al beneficio de exoneración de pasivo en la modalidad directa deberán haber sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los privilegiados. Así sucede, por ejemplo, con los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso, que tendrán la consideración de créditos ordinarios, aun cuando si titular fuera alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 281.2.1º TRLC).

La exclusión de esta clase de créditos de la exoneración supone una novedad frente a la interpretación que se venía dando durante la vigencia del art. 178 bis LC, según la cual la exoneración concedida a los deudores exigía que se hubieran pagado los créditos contra la masa y los créditos con privilegio general, y respecto del resto, sin distinción alguna, el deudor quedaba exonerado²³.

Tal y como fue señalado al analizar el presupuesto objetivo, creemos que el deudor que no intentó el acuerdo extrajudicial de pagos por no reunir los requisitos para ello, debe ser equiparado en cuanto a la extensión de la exoneración al deudor que pudiendo hacerlo sí que lo intentó.

Si, por el contrario, el deudor no hubiera intentado un previo acuerdo extrajudicial de pagos, el beneficio se extenderá al 75 % de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados. Así, pues, la omisión del intento de acuerdo extrajudicial de pagos conlleva para el deudor un cargo adicional al pago de la totalidad de los créditos contra la masa y los privilegiados, ya que habrá de satisfacer, además, el 25 % de los créditos concursales ordinarios, quedando exonerado del 75 % restante y de todos los créditos subordinados.

Nada se dice, en este caso, acerca de lo qué sucede con los créditos de derecho público y por alimentos cuando su clasificación fuere la de créditos ordinarios o subordinados (en el caso de los de derecho público), debiéndose entenderse, pese al silencio legal, que también quedan exceptuados del régimen de exoneración, pues carecería de toda lógica hacer de peor condición al deudor que intentó el acuerdo extrajudicial de pagos que al que, pudiendo hacerlo, ni siquiera lo intentó.

3. Régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos

3.1. Presupuesto objetivo especial

Resulta de aplicación de aplicación a esta modalidad especial la exigencia de que el deudor sea de buena fe en los términos a los que se refiere el art. 486 TRLC.

²³ Cfr. STS 381/2019, de 2 de julio

Sí que existen modulaciones en cuanto al presupuesto objetivo, por cuanto el deudor que no pueda cumplir el umbral de pasivo exigido en el régimen general podrá suplirlo mediante la presentación de un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada, **con independencia de haya intentado o no un acuerdo extrajudicial de pagos**, siempre y cuando cumpla los siguientes requisitos:

1º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

2º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la AC.

3º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

4º Aceptación expresa por el deudor en su solicitud de exoneración de someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el Juez y la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años.

3.2. Propuesta de plan de pagos

En el nuevo TRLC, a la solicitud de exoneración habrá de acompañarse una propuesta de plan de pagos y una aceptación expresa de someterse al plan que resulte aprobado por el Juez, sin los cuales el Juez no podrá pronunciarse sobre la concesión provisional del beneficio.

Dicha propuesta deberá contener: a) los créditos contra la masa; b) los créditos concursales privilegiados, c) los créditos por alimentos, cualquiera que sea su naturaleza y clasificación crediticia en el concurso y d) la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan.

En relación con los créditos de derecho público, se prevé que la tramitación de las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento se regirá por su normativa específica.

En la propuesta de plan de pagos el deudor deberá incluir expresamente el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados, que deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior. Se especifica que los créditos incluidos en la propuesta no podrán devengar intereses.

3.3. Extensión de la exoneración

De conformidad con lo dispuesto en el art. 497 TRLC, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecho, de los siguientes créditos:

1º Los créditos ordinarios y subordinados pendientes de a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieren sido comunicados, exceptuando los créditos de derecho público y por alimentos.

2º Respecto de los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general.

Las solicitudes de aplazamiento o de fraccionamiento del pago de créditos de derecho público se regirán por lo dispuesto en su normativa especial.

3.4. Exoneración definitiva

La regla general para que se conceda definitivamente la exoneración del pasivo insatisfecho se supedita, por una parte, a que lo solicite el deudor y, por otra, a que durante el plan fijado para el cumplimiento del plan de pagos no se haya revocado el beneficio.

Excepcionalmente, se prevé que, aunque el deudor, no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos, se pueda acordar por el Juez, previa audiencia de los acreedores, la exoneración definitiva, siempre y cuando haya destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en el art. 3.1 a) y b) del RD-Ley 6/2012, de medidas urgentes de protección a los deudores hipotecarios sin recursos, respecto de los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.