

MODIFICACIONES OPERADAS EN LA LEY CONCURSAL POR LA LEY DE EMPRENDEDORES

Introducción

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en adelante, Ley de Emprendedores), introduce diversas modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (en adelante, Ley Concursal).

En primer lugar, dedica su artículo 21 a la modificación de la Ley Concursal dando nueva redacción a seis artículos de la referida norma, y añadiendo a la misma un nuevo Título. La finalidad de tales modificaciones es, con carácter general, la de prever la posibilidad de que el deudor alcance un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores a través de la nueva figura del mediador concursal.

Así, el artículo 21 de la Ley de Emprendedores modifica los siguientes preceptos de la Ley Concursal:

- El artículo 3.1, para incluir al mediador concursal entre los legitimados para solicitar la declaración de concurso.
- El artículo 5 bis, para introducir la comunicación que el registrador o notario que hubiere nombrado al mediador concursal ha de realizar al juzgado competente para la declaración del concurso con relación a la apertura de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; y para señalar que el deudor no tendrá que solicitar la declaración de concurso transcurridos tres meses desde la referida comunicación si ya lo hubiera solicitado el mediador concursal.
- El artículo 15.3, para contemplar la imposibilidad de que, hasta el transcurso del citado plazo, puedan solicitar la declaración de concurso otros legitimados distintos del deudor o del mediador concursal, en caso de que se hubieran realizado negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- El artículo 71.6.2º, para exigir que el experto independiente designado por el Registro Mercantil del domicilio del deudor, que ha de informar los acuerdos de refinanciación alcanzados por éste, cumpla las condiciones previstas en el artículo 28,

- El artículo 178.2, a fin de indicar que si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieren sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.
- El artículo 198.1, para introducir una tercera sección en el Registro Público Concursal, relativa a los acuerdos extrajudiciales.
- Se añade un Título X, que desarrolla el acuerdo extrajudicial de pagos.

La entrada en vigor de las citadas modificaciones tendrá lugar, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) de la disposición final decimotercera de la Ley de Emprendedores, a los veinte días de su publicación en el BOE, esto es, el próximo día 18 de octubre. Ahora bien, su disposición transitoria única, relativa al régimen transitorio en materia concursal, prevé que los concursos declarados antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de Emprendedores, en lo que se refiere a las modificaciones mencionadas, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa concursal anterior a dicha Ley.

Por otra parte, el artículo 31 de la Ley de Emprendedores introduce un nuevo artículo 71 bis en la Ley Concursal, relativo al nombramiento del experto independiente que ha de informar los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, que ha de conectarse a su vez con la leve modificación operada en el artículo 71.6.2º de la Ley Concursal anteriormente citada. Asimismo, el referido artículo 31 de la Ley de Emprendedores modifica el apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, relativa a la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación. Estas modificaciones han entrado en vigor, según la regla general establecida en la disposición final decimotercera de la Ley de Emprendedores, al día siguiente de su publicación en el BOE, esto es, el pasado día 29 de septiembre,

A continuación, pasan a exponerse resumidamente algunos de los aspectos más relevantes de la nueva figura del mediador concursal y, acto seguido, se mencionan las novedades introducidas en materia de acuerdos de refinanciación:

1. MEDIADOR CONCURSAL. RÉGIMEN JURÍDICO

1.1 Funciones del mediador concursal

La mediación está definida con carácter general en el artículo 1 de la Ley 5/2013, de de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Según el citado precepto, *“se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”*.

Como ha sido puesto de manifiesto en la introducción, la figura del mediador concursal se incorpora a la Ley Concursal por la Ley de Emprendedores, y puede definirse como la persona natural o jurídica designada por el registrador mercantil o notario correspondientes al domicilio del deudor y a instancia de éste, a efectos de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos entre el deudor y sus acreedores.

Por su parte, el acuerdo extrajudicial es una de las vías alternativas a las que puede acudir el deudor a fin de eludir la declaración de concurso, que el mediador concursal, sin embargo, se verá obligado a solicitar si dicho acuerdo no prospera o si, una vez alcanzado, fuere incumplido, en los términos que se exponen más adelante.

Las funciones del mediador concursal en el procedimiento seguido para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos son las siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el nuevo Título X de la Ley Concursal:

- En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad del domicilio del deudor. Se excluirá de la convocatoria a los acreedores de derecho público.
- Tan pronto como sea posible y, con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud al que se acompañará un plan de viabilidad, y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones. El plan de pagos incluirá necesariamente una

propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas.

- Transcurrido el plazo de diez días naturales tras el envío de la propuesta de acuerdo, dentro del cual los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor. El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, dentro del citado plazo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo.
- Si el plan de pagos no fuera aceptado en la reunión convocada por el mediador concursal, y el deudor continuara incurrido en insolvencia, aquél solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley Concursal.
- El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo en caso de alcanzarse éste. Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.
- Se denomina concurso consecutivo al declarado a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por incumplimiento del plan de pagos acordado, o a consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado. Salvo justa causa, el juez designará administrador de este concurso al mediador concursal.

1.2. Condiciones subjetivas del mediador concursal

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 incluido en el nuevo Título X de la Ley Concursal, *“el nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica”* y *“el mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley*

5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27”.

Por tanto, el mediador concursal está sujeto a dos grupos de requisitos para ser nombrado como tal:

- Los previstos en el artículo 11 de la citada Ley 5/2012, de 6 de julio:
 - a) Ser personas físicas en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que la legislación a la que puedan estar sometidas en el ejercicio de su profesión no impida el ejercicio de la mediación. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista en el ordenamiento jurídico, están obligadas a designar para el ejercicio de la mediación a una persona natural que reúna los requisitos legalmente exigidos.
 - b) Estar en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional superior.
 - c) Contar con una formación específica para ejercer la mediación, adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos “por instituciones debidamente acreditadas”, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en todo el territorio nacional.
 - d) Suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.
- Los previstos en el artículo 27.1 de la Ley Concursal, que exige reunir alguna de las siguientes condiciones, que son las previstas para el nombramiento de administradores concursales:
 - a) Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.
 - b) Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

1.3. Procedimiento para el nombramiento del mediador concursal

1.3.1 Nombramiento a instancia del deudor

De conformidad con lo dispuesto en el nuevo artículo 232 de la Ley Concursal, el deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal. En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, solicitarán la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente a su domicilio mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor.

1.3.2 Lista de mediadores concursales

De acuerdo con el nuevo artículo 233 de la Ley Concursal, el nombramiento de mediador concursal recaerá 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. Debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que este registro está pendiente de creación a través del desarrollo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, cuyo proyecto fue informado por el Consejo de Estado el 23 de julio pasado.

1.3.3 Publicidad del nombramiento de mediador concursal

Según el nuevo artículo 233 de la Ley Concursal, una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil o el notario dará cuenta de este hecho a los siguientes organismos:

- A los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral.
- Al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda.

- Al juez competente para la declaración de concurso para que tenga conocimiento de la apertura de negociaciones.
- Al "Registro Público Concursal" para la publicación de la citada apertura de negociaciones.
- A la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social.
- A la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento.

1.4. Retribución del mediador concursal

La nueva disposición adicional octava de la Ley Concursal, introducida por la Ley de Emprendedores, se ocupa de la *"remuneración de los mediadores concursales"* y prevé que *"serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales"*. Lo anterior supone una remisión al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

Ahora bien, en caso de que el mediador concursal fuere designado por el juez administrador del concurso en el supuesto de concurso consecutivo (ver punto 1.), *"no podrá el mediador percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa"*, de conformidad con el nuevo artículo 242.2.1ª de la Ley Concursal.

2. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los acuerdos de refinanciación son aquellos que puede alcanzar el deudor con sus acreedores a fin de proceder, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. Estos acuerdos

no podrán ser objeto de rescisión siempre que reúnan las citadas condiciones con anterioridad a la declaración del concurso, hubieren sido suscritos por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo, y hubieren sido informados favorablemente por experto independiente designado por el registrador mercantil del domicilio del deudor (artículo 71.6 de la Ley Concursal).

2.1. Experto independiente

Las novedades en torno al experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación se contemplan en el nuevo artículo 71 bis de la Ley Concursal, introducido por la Ley de Emprendedores y, en menor medida, en el artículo 71.6.2º de la Ley Concursal, también modificado por la citada norma.

2.1.1. Solicitud de nombramiento de experto independiente

La solicitud de nombramiento de experto independiente se hará mediante instancia firmada por el deudor, incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo. Dicha solicitud, cuyo contenido se especifica en el citado precepto, puede ser dirigida telemáticamente al registrador mercantil competente, y suscribirse por el solicitante o solicitantes del grupo.

2.1.2. Competencia para el nombramiento del experto independiente

Será competente para el nombramiento el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si se tratare de un acuerdo de grupo y el informe hubiere de ser único, el experto será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, de estar afectada por el acuerdo y, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

Antes de proceder al nombramiento, el registrador podrá solicitar varios presupuestos a uno o a varios profesionales idóneos.

Podrá nombrarse al mismo experto en cualquier otra refinanciación que se plantee con posterioridad a la primera o anterior refinanciación acordada por el mismo deudor y grupo aunque cambien parte de los acreedores firmantes.

2.1.3. Condiciones subjetivas del experto independiente

Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas. No puede ser nombrado experto independiente el auditor que lo fuere del deudor o de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas ni tampoco quien hubiere elaborado el propio plan de viabilidad. Lo anterior supone una remisión a los artículos 13 y siguientes del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por Real decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, y los artículos 43 y siguientes del Reglamento de desarrollo de la citada norma, aprobado por Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre.

Destaca la novedad introducida en el artículo 71.6.2º de la Ley Concursal por la Ley de Emprendedores, que exige al experto independiente reunir las condiciones establecidas en el artículo 28 de la Ley Concursal, esto es, las relativas a las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser administrador concursal.

2.1.4. Plazo de emisión del informe del experto independiente

El informe deberá ser emitido en el plazo que hubiere señalado el solicitante y en todo caso en el de un mes, contado desde la aceptación del nombramiento y sin perjuicio de la posibilidad de prórroga o prórrogas sucesivas por causas justificadas. Si el informe no fuera emitido en plazo se entenderá caducado el encargo, procediéndose por el registrador a un nuevo nombramiento.

2.2. Homologación judicial del acuerdo de refinanciación

El nuevo apartado 1 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal rebaja de un 75% a un 55% el porcentaje de acreedores que han de suscribir el acuerdo de refinanciación a efectos de que éste pueda ser objeto de homologación judicial, y especifica que dicha homologación exige que el acuerdo reúna las condiciones del artículo 71.6, "*relativas a designación de experto independiente y elevación a instrumento público*".