

I FORO CONCURSAL DEL TAP

Comunicación previa de art. 5 bis LC. Nuevos acuerdos de refinanciación (art. 71 bis y DA 4ª LC). Mención al acuerdo extrajudicial de pagos

ANER URIARTE CODÓN
DICIEMBRE DE 2014

1) Introducción:

La institución del precurso, tal y como se configuró en el Real Decreto Legislativo 3/09 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal, ante la evolución de la situación financiera, de 27 de marzo; no consiguió, en la práctica, promover con eficacia las instituciones para las que se diseñó expresamente, o con las que podía llegar a estar relacionado.

Así, el artículo 5.3 LECO, en su redacción original se encontraba relacionado con la finalidad fundamental de proteger la preparación de convenios anticipados, bloqueando (durante un periodo de cuatro meses) la tramitación de eventuales concursos necesarios que pudieran plantearse frente a aquel deudor que se pudiera encontrar en negociaciones con sus acreedores para obtener adhesiones a la propuesta anticipada de convenio. Asimismo, y aunque la ley no lo dijera expresamente, se entendía, o se debía entender relacionado (no sin algunas reticencias doctrinales), también con la posibilidad de alcanzar acuerdos de refinanciación, regulados en la anterior Disposición Adicional 4ª, de manera que, si el deudor obtenía el auto que bloqueaba los concursos necesarios, aquel acreedor que no estaba tomando parte en las negociaciones de refinanciación, no podía alterar el curso de las mismas durante el referido plazo de cuatro meses, mediante la presentación de una solicitud de concurso necesario.

Si bien, tal previsión legislativa, como se ha dicho, no logró los resultados pretendidos. Así, el número de convenios anticipados que, siquiera, se plantearon fue muy reducido; siendo ínfimo el número de aquellos realmente favorecidos con la solicitud de precurso. Y otro tanto ocurrió con los acuerdos de refinanciación; los cuales eran prácticamente residuales en la práctica, cuanto menos, aquellos que reunían los requisitos de la anterior Disposición Adicional 4ª (hoy artículo 71.6 LECO); sin que se siga sin tener conocimiento, a fecha actual, de algún tipo de incidente concursal en el que se

discutan la concurrencia de los requisitos previstos en tales disposiciones legales.

Realidad que contrastó con el asiduo recurso al planteamiento del expediente del artículo 5.3 LECO (hoy artículo 5 bis) ante los Juzgados de lo Mercantil, en el marco de los cuales, la gran mayoría de las solicitudes no respondían a una efectiva negociación con los acreedores, de ningún tipo. Así, en la práctica, se venía a pretender únicamente un respiro de cuatro meses para preparar un concurso sin riesgo de que en el último momento se adelantara una solicitud de concurso necesario con todo lo que ello supone (aplicación, por regla general, de la suspensión de las facultades de la concursada, y sustitución de sus administradores sociales por la administración concursal). Se intentaba, además, lograr dicha resolución judicial para anticipar una defensa posterior frente a una declaración de culpabilidad sobre la base de la presunción del artículo 165.1 LECO; y, en aquellos casos donde la correspondiente junta de jueces hubiera modificado las normas de reparto (de suerte que el conocimiento del futuro proceso concursal correspondía a quien conozca de la solicitud), se buscaba conocer de antemano el Juzgado que tramitaría el más que previsible concurso voluntario.

Ante tal situación, la reforma operada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, intentó potenciar la institución del precurso para lograr su propósito inicial: evitar la declaración de concursos, o favorecer su tramitación ordenada con una propuesta de convenio anticipado.

2) Comunicación previa del artículo 5 bis LC:

Y en esta línea, derogó el apartado tercero del artículo 5, e introdujo un artículo 5 bis que regulaba de forma similar, pero más completa, la comunicación previa preconcursal. En su apartado primero, se determinaba expresamente que las negociaciones con acreedores podían tener como objetivo, además de la obtención de adhesiones para una propuesta anticipada de convenio, la obtención de un acuerdo de refinanciación (que, lógicamente,

supondrá la evitación del concurso), poniendo fin, de esta forma, a la discusión doctrinal teórica mantenida al respecto de la coordinación de ambas instituciones.

Asimismo, en el apartado segundo, relacionó la presentación de la solicitud con el plazo de dos meses previsto en el artículo 5 LECO, estableciendo expresamente la no exigencia de solicitud del concurso, con relación a la eventual apertura futura de la sección sexta. En el apartado tercero se señalaba que (tras presentar la solicitud) el Secretario Judicial, sin más trámite, procederá a dejar constancia de la comunicación presentada; con lo que la práctica anterior de los Juzgados de dictado de un auto en el que se tenía por comunicada la situación (y, en ocasiones, se fijaban los plazos para presentar el concurso), se modificó. Tal resolución dictada por el juez fue sustituida por una resolución del secretario judicial, bien diligencia de ordenación o bien decreto, según el órgano judicial de que se trate; en la que se dejaba constancia de la fecha de solicitud, para desplegar sus efectos posteriormente, a la hora de resolver sobre el carácter del concurso (en el supuesto en que concurren solicitudes de concurso voluntario y necesario), o resolver una oposición a calificación culpable de concurso, en el supuesto de que se discuta la causa de retraso en la presentación del concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165.1 LECO.

Se eliminó la referencia necesaria a la insolvencia actual, permitiendo este tipo de comunicaciones, con independencia de si aquella era actual o inminente, sobre la fase de la frontera difusa entre ambas situaciones en la realidad, de manera que quien se encuentra hoy en insolvencia inminente, puede estar mañana en situación de insolvencia actual. Se terminó así con una línea de jurisprudencia menor que no admitía la comunicación en estado de insolvencia inminente, al no poder implicar (cuanto menos en teoría) un riesgo derivado de una situación que habilitara la presentación con éxito de una solicitud de concurso necesario, y de la que fueron ejemplos los autos del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de fecha 17 de abril de 2009 o del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 25 de febrero de 2011.

Por último, en el apartado cuarto se siguió consignando la obligación de solicitar la declaración de concurso en el cuarto mes a partir de la comunicación previa, si bien introdujo la excepción a dicho deber cuando el deudor no se encontrara en estado de insolvencia; en la lógica de la evitación del concurso que persiguen los acuerdos de refinanciación en análisis.

Con la reforma operada por **el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial**, posteriormente confirmada por la **Ley 17/2014, de 30 de setiembre de sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda**; se he venido a potenciar tal figura, introduciendo la posibilidad de bloquear ejecuciones individuales durante cuatro meses, o bloquear aquellas que se encuentren en marcha (exceptuando aquellas de derecho público). Y ello, cuando recaigan sobre bienes necesarios para continuar la actividad. Si el 51% de acreedores de pasivos financieros apoya el inicio negociaciones, es posible bloquear o paralizar la ejecución de acreedores de dicha clase; extendiéndose a las ejecuciones con garantía real, aunque sólo en la modalidad de suspensión de la ejecución ya iniciada.

La principal cuestión que de ello se deriva, radica en la competencia para decidir sobre tal necesidad (es evidente que quien suspende será el juez natural de la ejecución); pues por un lado, no existe concurso declarado, ni administración concursal nombrada que pueda informar al respecto (una tesis sostiene la competencia funcional del futuro juez del concurso); y por otro, el juez natural carece de elementos para pronunciarse al respecto (otra tesis defiende que sólo él puede pronunciarse).

Finalmente, la comunicación previa es objeto de publicidad mediante extracto en el Registro Público Concursal, salvo que se solicite expresamente por la deudora, el carácter reservado de aquella.

c) Acuerdos de refinanciación de artículo 71.6 LECO:

Asimismo, el contenido de la disposición adicional 4ª inicial fue transportado, al apartado sexto en el artículo 71 (el apartado sexto anterior pasó a ser el séptimo), donde se recogía lo dispuesto en aquella disposición de una forma, también, muy similar, regulando los requisitos del escudo protector que bloquearía el ejercicio de acciones rescisorias concursales.

En relación al primer requisito del cómputo de acreedores y como novedad, se previó expresamente una norma para computar el porcentaje de acreedores en las sociedades de grupo, excluyendo los créditos y préstamos concedidos entre las sociedades de grupo; y calculando aquel desde una perspectiva individual y otra consolidada. Se intentó, de esta manera, que la mayoría de los tres quintos no estuviera inflada de forma artificial con créditos entre las entidades del grupo; extendiendo un matiz de sospecha a tal momento preconcursal respecto a créditos que, en si el concurso se declarara finalmente, serían calificados como subordinados, al ser ostentados por personas especialmente relacionadas con el concursado.

En segundo lugar, se precisaba que el informe del experto independiente se hiciera en sentido positivo, cuando en el momento anterior no se indicaba el sentido del mismo, dando lugar a ciertas dudas cuando el informe se hacía con reservas. Con dicha regulación, y por una mera cuestión de sentido común, el informe debía ser favorable (lo contrario, anteriormente posible en teoría, no tenía sentido), y, si se hacía con reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia debía ser evaluada por los firmantes del acuerdo en cuestión. Además, se señalaba que la designación de dicho experto por el Registrador Mercantil se haría a su prudente arbitrio por el Registro Mercantil del domicilio del deudor (anteriormente se preveía una remisión a los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil); con lo que se habilitaba una mayor discrecionalidad para que aquel individualizara el profesional que realizaría el informe, de la manera más adecuada a la realidad a analizar. En cuarto lugar, se introdujo una norma para el supuesto de grupo de sociedades

(en consonancia con la nueva regulación de los concursos conexos de aquella reforma), permitiendo el informe de un solo experto para los acuerdos que abarcaran a todas o varias de las mercantiles; en la línea de facilitar, operativamente y con reducción de costes, los acuerdos de refinanciación. En este punto, añadía una norma específica para dilucidar el Registrador Mercantil competente para tal designación, de entre aquellos cuya circunscripción correspondía a los distintos domicilios de las sociedades (de haber varios), acudiendo al de la sociedad dominante si estuviera afectada por el acuerdo, o al de cualquiera de ellas, si no lo estuviera.

Y todo ello se complementó con una nueva Disposición Adicional 5ª que, en relación al requisito de documentación pública del acuerdo en cuestión, prevé la aplicación específica de los aranceles correspondientes a los «Documentos sin cuantía» previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprobó el arancel de los Notarios; para el cálculo de los honorarios notariales de la escritura pública de formalización de los acuerdos, señalando expresamente que los folios de la matriz de la escritura y de las primeras copias que se expidieran, no devengarían cantidad alguna a partir del décimo folio inclusive.

Por último, se limitó la legitimación para plantear acciones rescisorias frente a este tipo de acuerdos al administrador concursal, eliminando la posibilidad dispuesta en el artículo 72.1 LECO, de que cualquier acreedor pudiera intimar previamente a aquel para que ejercitara una concreta acción rescisoria; y pudiera ejercitarla directamente en el caso de que el órgano auxiliar del Juzgado no lo hiciera en el plazo de dos meses. Se trataba, de esta forma, de reforzar el escudo protector, incluso antes de discutir si concurren los requisitos del mismo, limitando la legitimación para ello al órgano auxiliar del Juzgado.

Con la reforma legal operada por los dos textos legislativos citados, se deroga el artículo 71.6 LC, trasladando toda la regulación a un nuevo art. 71 bis LC en el cual se distinguen entre:

1.- Acuerdos de Refinanciación Generales, art. 71 bis 1 LC: con objeto de ampliación significativa del crédito disponible, o la modificación / extinción 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. Y ello, fijando los siguientes requisitos:

.- Que el acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos **tres quintos del pasivo del deudor** en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.

.- Se emita certificación **del auditor de cuentas** del deudor (o, en su defecto, del auditor nombrado al efecto por el registrador mercantil) sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo.

.- El acuerdo haya sido formalizado en **instrumento público** con documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Se elimina la obligatoriedad del informe favorable de **experto independiente** designado por el Registrador Mercantil, siendo potestativo (incluso a petición de cualquier acreedor), en el apartado cuarto para que informe sobre:

.-El carácter razonable y realizable del plan de viabilidad.

.- La proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.

.- Demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable, siendo meramente potestativo.

2- Acuerdos de Refinanciación Especiales, art. 71 bis 2 LC. En los cuales se concede la misma protección a los actos o acuerdos que no cumplan los requisitos art. 71 bis 1 LC, pero cumplan **todas** las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

- a) Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.
- b) Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
- c) Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la disposición adicional cuarta.
- d) Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.
- e) Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.”

d) Acuerdos de refinanciación homologables:

En un intento del legislador de dar un impulso definitivo a la actividad preconcursal, la reforma de Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo novedades desde dos puntos de vista diferentes. En primer lugar, y bajo la perspectiva del deudor, la Disposición Adicional 4ª pasó a regular una posibilidad de homologación, en sede preconcursal, de acuerdos de refinanciación (de los previstos en el antiguo artículo 72.6 LECO) reforzados por acreedores financieros que alcanzaran un 75% del pasivo referido a dicho tipo de acreedores. Se configuró, de esta forma, un nuevo concepto de acreedor que distinguía al acreedor genérico, del acreedor financiero, o aquel que, se supone, tenía capacidad de financiar; sin que quedaran demasiado claros los perfiles de aquel.

Como efectos de dicha homologación se preveía la aplicación de la espera pactada (en el acuerdo de refinanciación) a los créditos de entidades financieras no participantes o disidentes de aquel, y que no estuvieran dotados de garantía real; pudiendo extenderse a la paralización de ejecuciones singulares, cuando no supusieran un sacrificio desproporcionado para aquellas, por el plazo de tres años. Tal decisión podría ser tomada provisionalmente mediante decreto por el secretario judicial, por plazo máximo de un mes, con paralización de ejecuciones individuales, a la espera de la resolución judicial que se pronunciara de manera definitiva sobre la homologación. Y sin que ello afectara a las posibilidades de dichas entidades financieras para dirigirse contra los obligados solidariamente con el deudor, fiadores o avalistas.

Asimismo, reguló un trámite de oposición, a partir de la publicación de la homologación en el BOE, a plantear en un plazo de quince días y a tramitar por un incidente concursal (que englobara todas las posibles impugnaciones que se realicen), en el que serían parte el deudor, el acreedor financiero impugnante (que no aceptó el acuerdo o no intervino), el resto de acreedores que suscribieran el acuerdo de refinanciación. En el mismo se podría discutir la concurrencia del porcentaje del 75% del pasivo (debía entenderse, titularidad de entidades financieras en el momento de adopción de acuerdos), así como valorar la desproporción o no del sacrificio derivado de las consecuencias de la homologación. Todo lo cual finalizaría con sentencia no susceptible de apelación con idéntica publicidad a la prevista para el acuerdo de homologación.

Por último, cualquier acreedor podría instar (por los trámites del incidente concursal con sentencia tampoco susceptible de recurso) la declaración de incumplimiento del acuerdo de refinanciación, ante el Juez que hubiera homologado aquel; a tramitar mediante incidente concursal que finalizará por sentencia no apelable. Cuando efectivamente concurriera dicha declaración, de una manera similar a la declaración de incumplimiento de convenio alcanzado en el seno del concurso; cualquier acreedor podrá instar la declaración de concurso o iniciar la ejecución singular correspondiente.

Se vino a regular, de esta forma, una especie de convenio con los acreedores en un ámbito preconcursal o extraconcursal, en el que, lógicamente, no intervenía la administración concursal (que no existía en tal momento), que no afectaba a los acreedores con garantía real (en el concurso, como acreedores con privilegio especial no estarían vinculados por el convenio), al cual podía oponerse el acreedor no aceptante por motivos de forma o por sacrificio desproporcionado (la oposición a convenio aceptado podía revistar un carácter formal o una oposición de fondo, por inviabilidad de aquel), y cuyo incumplimiento podía ser denunciado en un incidente específico que tendría como efecto, normalmente, invalidar el acuerdo, abocando a un concurso con probable liquidación (efecto inmediato del incidente declarando el incumplimiento de un convenio en sede concursal).

La nueva reforma en análisis, profundiza en dicha posibilidad con una nueva disposición adicional cuarta ciertamente compleja, manteniendo las posibilidades de oposición y denuncia de su incumplimiento. Así, como requisitos, se exigen:

1) Los del acuerdo de refinanciación general del art. 71 bis.1 LC (objeto, informe de auditor, e instrumento público).

2) 51% de **acreedores de pasivos financieros**: titulares de cualquier endeudamiento financiero, con independencia de que estén, o no, sometidos a supervisión financiera (es decir, con independencia del acreedor). Se excluyen las personas relacionadas, art. 93.2 LC, los acreedores por operaciones comerciales (que se puede adherir voluntariamente, pero no computarán para la mayoría requerida), los acreedores de pasivos de derecho público. Asimismo, precisará del voto a favor 75% del pasivo representado por el préstamo sindicado.

La principal novedad radica en que afecta a los Acreedores con Garantía Real, en función del criterio del “**valor de la garantía real**”: el resultante de deducir, de los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía

preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente. A estos exclusivos efectos, se entiende por **valor razonable**:

a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

c) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

.- Si la garantía recae sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del párrafo primero, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

.- Si la garantía está constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

Asimismo, se distingue, por un lado a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía

real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real. A los mismos, se les extenderán:

a) Si concurre el 60 %del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si concurre el 75 %del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1.º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2.º Las quitas.

3.º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

i) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar por una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

ii) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en los arts. 198 y 201.1 LSC. A efectos del art. 301.1 LSC, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

4.º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5.º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Por otro lado, a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real:

a) Si concurre el 65 %del pasivo financiero (calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas), las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si concurre el 80 %del pasivo financiero:

1.º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2.º Las quitas.

3.º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

i) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar por una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

ii) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los arts. 198 y 201.1 LSC. A efectos del art. 301.1 LSC, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

4.º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5.º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

e) Acuerdo Extrajudicial de Pagos:

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, presenta una propuesta de ley integral dirigida a poner en marcha medidas para la recuperación de la grave crisis en la cual se encuentra inmersa la economía española, que se centra en el tejido empresarial. Así, al constatar un excesivo mercado laboral empleado por cuenta ajena, y una reducida actividad emprendedora con asunción de riesgos, trata de impulsar la misma en diversos sentidos: en el ámbito educativo, regulando una forma específica forma de responsabilidad limitada del emprendedor, promoviendo beneficios fiscales y de seguridad social, así como un impulso de la financiación pública y una facilitación del desarrollo de proyectos empresariales.

Y paralelamente a todo ello, a los efectos de prever mecanismos para los supuestos en los que esa labor emprendedora no tenga éxito, y se bordee la insolvencia, se modifica de la ley concursal, en un nuevo título X, arts. 231 a 242 LC, en orden a establecer un procedimiento extrajudicial dirigido por un mediador con objeto de explorar las posibilidades de un acuerdo entre el deudor y la pluralidad de acreedores, con el objetivo de evitar un concurso con liquidación (que se solicitaría de no alcanzarse el acuerdo).

Y en segundo lugar, como corolario a todo el impulso del sector, se modifica el art. 178.2 LC, para que si el emprendedor, persona física finalmente acude al concurso, pueda tener una segunda oportunidad bajo determinadas condiciones (que son más relajadas cuando se haya intentado el acuerdo extrajudicial mencionado). Y ello, obligando a los acreedores ordinarios a un sacrificio bajo la idea de solidaridad, socializando las pérdidas ajenas con independencia del futuro del deudor. Extremo que culmina el camino recorrido

desde el inicio de la vigente ley concursal, presidida por el principio de satisfacción a los acreedores; pasando por instituciones que van favoreciendo la continuidad en el concurso (y minando, en consecuencia, dicho principio); hasta la actualidad en la que se regula expresamente, un sacrificio a los acreedores sin contrapartida alguna. Tal posibilidad, entra en vigor el 18 de octubre de 2.013, según Disposición final 13ª de la Ley de Emprendedores, pero sólo se aplica para los concursos declarados con posterioridad, dado que su Disposición transitoria única, relativa al régimen transitorio en materia concursal, dispone que los concursos declarados antes de dicha fecha, seguirán rigiéndose hasta su terminación por la normativa anterior.

1.- Presupuestos subjetivos y objetivos del acuerdo: El art. 231 LC determina, en primer lugar, **los sujetos** que pueden acudir a la mediación extrajudicial, con especial atención al emprendedor, objetivo de la Ley de reforma. Distingue entre el empresario persona natural con pasivos no superiores a cinco millones de euros (que comprende tanto al empresario mercantil, como el profesional autónomo con trabajadores, a efectos de la legislación de la seguridad social, y los trabajadores autónomos); y las personas jurídicas, de cualquier tipo, con masas con encaje en el art. 190 LC (pasivo inferior a cinco millones de euros, patrimonio inferior a cinco millones de euros, y menos de 50 acreedores). Se busca de esta forma, una situación de insolvencia manejable, sin masas desorbitadas, y sin un número de acreedores imposible de controlar.

A continuación se consignan una serie de situaciones en las que se prohíbe la solicitud en análisis, de manera similar a lo que ocurre con las prohibiciones para presentar propuestas de convenio anticipado en el seno concursal, con arreglo al art. 105 LC. Y así, el art. 231.3 LC, descarta tal opción para:

1.- 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.

2.- Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación

3.- Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

4.- Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

5.- Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

6.- El deudor con algún acreedor que, necesariamente vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.

7.- Las entidades aseguradoras o reaseguradoras.

Asimismo, y para los sujetos descritos, el art. 231 LC exige la concurrencia del **presupuesto objetivo de la insolvencia**, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 2 LC; con una especialidad para la persona natural, *“que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”*, que aparentemente, parece recoger una modalidad que va más allá de la insolvencia inminente, en orden a facilitar el recurso al mecanismo en análisis, al emprendedor en un momento anterior a caer en aquella situación. Además, se exige que las personas jurídicas dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo (en un paralelismo en orden a evitar una insuficiencia de masa para el pago de los gastos del concurso, créditos contra la masa, tal y como prevé el art. 176 bis LC), así como un patrimonio con ingresos previsibles que permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago. Extremos, que deberán ser aplicables a la persona natural, por pura lógica, a los efectos de que el mecanismo extrajudicial sea viable.

2.- Solicitud por el deudor: El art. 232 LC prevé una solicitud del deudor ante un órgano diferente, según se trate de empresario o entidad

inscribible (sin previsión concreta, debe entenderse inscribible en cualquier registro), o cualquier otro. En el primero de los casos la solicitud (o instancia, tal y como se define legalmente) se presentará al **Registrador Mercantil** correspondiente a su domicilio, procediendo éste a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. Los demás solicitantes lo harán a cualquiera de **los notarios** establecidos en el domicilio del deudor.

En la solicitud deberá hacerse constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos (que incluirá los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo), una relación de los contratos vigentes, y una relación de gastos mensuales previstos.

Finalmente, se prevé la inadmisión de la solicitud, cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el deudor se encuentre en alguna causa de prohibición descrita, o cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos. No dice la ley, que forma adoptará la decisión que inadmite, del Registrador de lo Mercantil o del Notario, respectivamente, ni la posibilidad de recurso al respecto.

3.- Nombramiento de mediador concursal: El art. 233 LC, y para el caso de que se admita la decisión, prevé el nombramiento de una nueva figura en el sector de la insolvencia, el **mediador concursal**, como profesional que dirigirá el acuerdo extrajudicial, y que, en el supuesto de fracasar el mismo, solicitará la declaración de concurso, con apertura de liquidación, pudiendo ser, además, nombrado como administrador concursal del mismo.

El precepto legal se remite, a la hora de regular sus condiciones a tres normas diferentes. En primer lugar, a la Ley 5/2013, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que en su art. 11 exige:

1.- Que se trate de personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión; o personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2.- Que esté en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior.

3.- Que haya recibido formación específica para ejercer la mediación, consistente en la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

4.- Que haya suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

En segundo lugar, el referido art. 233 LC, se remite a las condiciones para ser nombrado administrador concursal del art. 27.1 LC, esto es: abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal; economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal; o 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. Expresamente se exige, una dirección electrónica que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 29.6 LC, a fin de que los acreedores puedan realizar cualquier comunicación o notificación

Por último, como tercer criterio se remite a lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes en todo lo no previsto, sin que quede claro si la remisión se hace al art. 83 LC, y la facultad del administrador concursal de proponer su nombramiento a los efectos de valorar correctamente

la masa activa del concursado. En todo caso, esta remisión triple deberá aclararse en la futura reglamentación que al respecto se anuncia.

Finalmente, el nombramiento se hará de entre los que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del BOE, elaborada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia; también, pendiente de desarrollo reglamentario.

4.- Efectos del nombramiento: El mediador nombrado deberá aceptar el cargo, momento en el cual, el Registrador Mercantil o el Notario, de una manera similar a lo dispuesto en los arts. 23 y 24 LC, **comunicará** tal circunstancia a:

1.- A los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral.

2.- Al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda.

3.- Al Registro Público Concursal

4.- A la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, haciendo constar la identificación del deudor con su nombre y Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento.

5.- Al Juzgado competente si se declarara el concurso

Asimismo, el art. 235 LC dispone, de manera sorprendente la obligación del deudor de abstenerse de solicitar la concesión de préstamos o créditos, de devolver a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y de abstenerse de utilizar medio electrónico de pago alguno. Extremos que el sentido común revela como incompatibles para la continuidad empresarial dirigida a obtener recursos para, precisamente, poder afrontar el acuerdo con garantías.

Por otro lado, **se bloquea la ejecución separada**, y se suspende aquella que se encuentre en marcha, durante tres meses, excepcionando a los créditos con garantía real (salvo que voluntariamente lo acepten); se prohíbe a cualquier acreedor la realización de acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común; así como la tramitación de solicitudes de concurso necesario frente al mismo. Nada dice la ley al respecto, pero se sobreentiende que deberán ser los correspondientes órganos judiciales o administrativos, los que adopten las decisiones al efecto, una vez que conozcan la puesta en marcha del procedimiento extrajudicial.

5.- Procedimiento: Una vez aceptado el cargo, y desplegados los efectos descritos, conforme señala el art. 234 LC, el mediador procederá, en el plazo de diez días a **determinar la masa pasiva** o colectivo de acreedores, y **convocarles a una reunión** conjuntamente con el deudor en el plazo de dos meses. La convocatoria se hace a los acreedores listados por aquel, sin afectar a los de derecho público; sin que se arbitre ninguna suerte de medida para que aquellos que no constan en la lista, o están disconformes respecto a su forma de constar en ella, puedan plantear su discrepancia.

En segundo lugar, en cuanto se pueda, y con el plazo máximo de veinte días antes de la reunión, el mediador 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 (que podrá comprender la cesión bienes en pago de las mismas), con esperas o moratorias de hasta tres años, o quitas del 25% (repárese que el límite máximo del convenio concursal es cinco años de espera y/o 50% de quita, ampliables cuando se trata de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, conforme a art. 100 LC). Al mismo, se acompañará un plan de viabilidad y una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, debiendo contener siempre una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos; y 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. Se articula, asimismo, la posibilidad de que, en 10 días, los acreedores presenten propuestas alternativas o

propuestas de modificación; tras lo cual el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final, siempre, aceptado por el deudor. Si este momento, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo, deciden no continuar con las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores.

Conforme a los arts. 237 y 238 LC, los acreedores deberán acudir a **la reunión**, salvo que hubiesen manifestado su aprobación u oposición en los 10 días anteriores. Este deber se refuerza en la idea de subordinar el crédito, en el eventual concurso consecutivo, de aquel acreedor que no acuda, ni manifieste su oposición, salvo los que tengan constituido a su favor una garantía real. Además, y siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores previamente adheridos, o que hubieran manifestado su aprobación, el plan de pagos y el de viabilidad podrán ser modificados, como resultado de los debates que tengan lugar en la misma

Si, en la reunión convocada, el 60% de los acreedores afectados por el acuerdo (o el 65% cuando se trate de cesión de bienes en pago de los créditos) aceptan el acuerdo el mediador concursal deberá **supervisar su cumplimiento** del acuerdo en caso de alcanzarse éste; vinculando a todos los acreedores (si bien, conservarán, conforme a art. 240 LC, sus acciones contra obligados solidarios y garantes personales del deudor), salvo los créditos con garantía real (que podrán voluntariamente asumirlo), y salvo los créditos de derecho público (conforme a DA 7ª de la Ley de Emprendedores, el deudor deberá intentar aplazamientos o fraccionamientos de pagos en los términos establecidos en la legislación especial correspondiente a la administración pública de que se trate). El mediador concursal elevará el mismo a escritura pública, lo presentará ante el Registro Mercantil (si fue designado en dicho ámbito), y se dará cuenta a los registros donde figuren inscritos bienes del deudor, además de publicarse en el BOE y en el Registro Público Concursal. El Registrador Mercantil o el Notario, según los casos, lo comunicarán al Juzgado donde se abrió la incidencia.

Frente al acuerdo alcanzado, de una manera similar a lo dispuesto en el art. 128 LC, a la hora de configurar la legitimación para oponerse a acuerdo aceptado; el art. 239 LC legitima a los acreedores no convocados, que no hubieran votado a favor, o que hubieran manifestado su oposición, para **impugnar** aquel en base a la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para su adopción, a la superación de los límites establecidos, o a la desproporción de la quita o moratoria exigidas. La impugnación, que se ventilará ante el Juzgado de lo Mercantil que conoció de la incidencia a través de los trámites del incidente concursal, art. 194 LC, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal, será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente, y si anula el acuerdo, dará lugar al concurso consecutivo.

Finalmente, si el acuerdo de pagos **se cumple**, dispone el art. 241 LC que el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en el Registro Público Concursal. **Si se incumple**, se entiende automáticamente que el deudor se encuentra en insolvencia, y el mediador concursal instará su **concurso, denominado consecutivo** en el art. 242 LC. El mismo se abrirá necesariamente con liquidación, salvo que concurra el supuesto, en sede de art. 176 bis LC, de insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa, en cuyo caso, podrá instarse la conclusión del concurso. Normalmente será nombrado administrador concursal el propio mediador (que se convierte, a la vez, en instante y gestor del mismo), a menos que se acuerde otra cosa por justa causa. La fecha para la consideración de los créditos contra la masa y el plazo para las acciones de rescisión concursal será la del día de la solicitud, sin necesidad de solicitud reconocimiento, conforme a art. 85 LC, de los acreedores que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.