

## Doctrina

### Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: aspectos procesales

*Carmen Senés Motilla. Catedrática de Derecho Procesal. Socia de Dictum Abogados*

*Jesús Conde Fuentes. Doctor en Derecho Procesal*

El elenco de materias afectadas por la segunda ley de apoyo a los emprendedores –Ley 14/2013, de 27 de septiembre– es amplísimo. Pero el formato de esta publicación y, sobre todo, nuestra especialización, imponen que nuestras reflexiones se ciñan a los aspectos procesales más relevantes de la nueva ley, sin ánimo de exhaustividad, y sin que ello suponga desconocer sus implicaciones sustantivas. Aunque muchas son las deficiencias técnicas de la Ley 14/2013 –desde la terminología utilizada a la antinomia de algunos de los contenidos que se disponen (remisión de deudas)–, nos limitamos a advertir de la falta de sistemática que preside la reforma de la Ley Concursal, cuyos contenidos se disponen, sin justificación razonable, en sedes diferentes –Capítulo V del Título I (“Acuerdo extrajudicial de pagos”) y Título III (“Apoyo a la financiación de los emprendedores”)–, y a cuya ordenación nos atenemos con la sola finalidad de facilitar al lector la confrontación de nuestras consideraciones y el tenor legal.

#### 1. La tutela jurisdiccional del “emprendedor de responsabilidad limitada”

Con el deliberado propósito de que las personas físicas puedan evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales o profesionales afecte a su vivienda habitual, la Ley 14/2013 ha instaurado una nueva figura, denominada “emprendedor de responsabilidad limitada” (EM II); condición esta que adquiere el emprendedor mediante la inscripción como tal en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio (art. 9.1 LE). La limitación de la responsabilidad patrimonial que el emprendedor “podrá obtener” consiste en la exención de su vivienda habitual de la actividad jurisdiccional solicitada por el acreedor para la satisfacción de su crédito. Tal exención está sometida a requisitos determinados, a saber: que el valor de la vivienda no supere el límite máximo que se establece (art. 8.2 LE) y que la

exención tenga constancia registral, tanto en el Registro Mercantil (art. 8.3 LE) como en el Registro de la Propiedad (art. 10.1 LE), a cuyo efecto, el registrador mercantil expedirá certificación que remitirá de inmediato al registrador de la propiedad, por vía telemática, en el mismo día hábil, para su constancia en el asiento de inscripción de la vivienda habitual del emprendedor (art. 10.2 LE).

La limitación de la responsabilidad universal es un *beneficio personal* del emprendedor persona física, sin perjuicio de que su contenido lo constituya un concreto bien inmueble. De ahí, la neta diferenciación de la exención de la vivienda habitual con la que alcanza a los bienes que la ley declara inembargables (arts. 605.4º; 606-608 LEC). El carácter personal de esta exención justifica su extinción si la vivienda es transferida a un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que el interesado pueda *trasladarla* (sic) a los bienes subrogados mediante “nueva declaración de alta” (art. 10.4 LE).

En tanto que *beneficio* que la ley brinda al emprendedor, no podrá acogerse a él quién hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que tal declaración conste en sentencia firme dictada en proceso declarativo –civil o penal– o en incidente de calificación del concurso del emprendedor. Tratándose de una *prohibición*, normalmente escapará al control del registrador mercantil al tiempo de la inscripción de la condición de emprendedor de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la impugnación que puedan hacer valer los interesados.

La limitación de la responsabilidad universal del emprendedor no es ilimitada en el tiempo. Su perdurabilidad está condicionada a la formulación y depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil (art. 11.2 LE), aunque la ley concede al emprendedor un plazo de benevolencia, de siete

meses, desde el cierre del ejercicio social para el cumplimiento de ese deber. Transcurrido el plazo –que es de caducidad–, el emprendedor “perderá el beneficio... en relación con las deudas contraídas con posterioridad al fin de ese plazo”; beneficio que “recuperará... en el momento de la presentación” de las cuentas (art. 11.3 LE).

La exención de responsabilidad de la vivienda habitual tiene un ámbito de aplicación restringido, que debe ser objeto de interpretación restrictiva en la medida en que constituye una excepción de la responsabilidad universal del emprendedor (art. 8.1 *ab initio* LE). Para la determinación del ámbito de aplicación de la exención habrá que atender a dos factores:

1º) El *origen de la deuda*, por cuanto la exención de la vivienda habitual es eficaz únicamente respecto de las deudas que *traigan causa* del ejercicio de la actividad empresarial o profesional del emprendedor –cualquiera que sea la concreta actividad desarrollada y la cuantía de la deuda (art. 7 LE)– y que hayan sido contraídas con posterioridad a la inscripción del deudor como emprendedor de responsabilidad limitada en el Registro Mercantil (art. 9.3 LE). Respecto de las deudas contraídas con anterioridad a la fecha de esta inscripción subsistirá la responsabilidad universal del deudor, salvo que los acreedores, de forma expresa, presten su consentimiento para que la vivienda habitual del emprendedor quede excluida del embargo (en la línea de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el orden a seguir en los embargos: art. 592.1).

Por excepción, la exención de la vivienda habitual no es de aplicación a las deudas de Derecho público, sin perjuicio de que la ley haya establecido normas especiales para la ejecución *administrativa* por deudas tributarias y de la seguridad social (DA 1ª LE).

2º) La *clase de tutela jurisdiccional solicitada*, por cuanto la exención solo es aplicable en el proceso de ejecución singular –*tutela jurisdiccional ejecutiva*–, cualquiera que sea la naturaleza del título en virtud del cual se procede (judicial, extrajudicial o acuerdo de mediación) y el tribunal competente para despachar la ejecución (art. 545 LEC). A nuestro parecer, la exención de la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada no es aplicable en el proceso concursal. Y ello, por varias razones. En primer lugar, porque el carácter *universal* del concurso de acreedores y la consiguiente proyección de la actividad jurisdiccional sobre la totalidad del patrimonio del deudor es incompatible con la traba de cada bien o derecho singular (*ex art. 584 LEC*) y con la *exención* de un bien concreto: el inmueble propiedad del emprendedor que merezca la consideración de vivienda habitual. En segundo lugar, porque

la propia Ley 14/2013 delimita el ámbito funcional de esta exención, que será eficaz frente a “*la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales*” (art. 8.1 LE); mención esta expresiva del supuesto de hecho tomado en consideración por el legislador, que no es otro que el ejercicio por *un* acreedor singular –o por varios– de la *acción ejecutiva* (art. 517.1 LEC). Y en tercer lugar, porque la Ley Concursal desconoce la condición de emprendedor de responsabilidad limitada del concursado, que resulta irrelevante en el proceso concursal, precisamente, porque el origen de los créditos es relevante para la clasificación de éstos, pero no para la formación de la masa, que tiene como único límite la declaración legal de inembargabilidad de bienes determinados (art. 76.2 LC). Sostener lo contrario, esto es, la aplicación de la exención de la vivienda habitual en el proceso concursal supondría articular, *de facto*, una nueva categoría de acreedores a los solos efectos de la distribución del importe obtenido en la liquidación, y ello comprometería la aplicación de las reglas de pago que disciplina la Ley Concursal y que no han sufrido modificación.

Precisamente porque la exención de la vivienda habitual del emprendedor es aplicable únicamente al proceso de ejecución singular, la Ley 14/2013 sólo contempla el quehacer al que viene obligado el Registrador de la Propiedad, de denegación de la anotación preventiva del embargo trabado sobre el bien no sujeto y sus excepciones (art. 10.3 LE).

El tratamiento procesal de la exención de la vivienda habitual puede ser sintetizado en los siguientes términos: *a)* Corresponde al acreedor-ejecutante la carga de individualizar en la demanda ejecutiva la condición de emprendedor de responsabilidad limitada del deudor (art. 549.1-5º LEC) y la exención de la vivienda habitual del embargo si tal circunstancia constara en el Registro de la Propiedad (art. 549.1-3º LEC, *a contrario*). La identificación de estas circunstancias en la demanda relegará al ejecutante de cualquier responsabilidad en el caso de embargo indebido del citado inmueble (cfr. art. 538.4 LEC); *b)* En el auto de despacho de la ejecución deberá el juez executor indicar la condición de emprendedor de responsabilidad limitada del ejecutado, advirtiendo así de la posible exención de la vivienda habitual del embargo (art. 551.2-4º LEC); y, *c)* El ejecutado tendrá la carga de combatir el embargo indebido de su vivienda habitual, ya que el embargo es eficaz, aunque anulable (art. 594.1 LEC, por analogía).

## 2. El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y el concurso consecutivo

En una sede y con un título inapropiados –Capítulo V–, el artículo 21 de la Ley 14/2013 ha adicionado a la Ley Concursal un nuevo Título X, en el que se regula un procedimiento alternativo al concurso de acreedores –con el que comparte un mismo presupuesto objetivo–, cuyo cometido es que el deudor alcance un acuerdo con sus acreedores a partir de la *propuesta* elaborada por un *experto* al que la ley denomina "mediador concursal".

### Naturaleza jurídica y caracteres

El procedimiento para alcanzar el acuerdo es un procedimiento *extrajudicial* y *facultativo* del deudor, que presenta la singularidad de ser varios los órganos implicados en su sustanciación: el registrador mercantil o el notario correspondientes al domicilio del deudor y el mediador concursal. Al registrador o al notario le corresponde el control de admisión de la solicitud y el nombramiento del mediador; a éste, le corresponde la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos, la elaboración de la propuesta de acuerdo (plan de pagos, plan de viabilidad empresarial y, en su caso, fijación de la cuantía de los alimentos para el concursado y su familia) y la convocatoria de la reunión de los acreedores para debatir y, aceptar o modificar el acuerdo.

Esta alternativa al concurso es concebida por la ley como un "beneficio" al que pueden acogerse deudores insolventes *determinados*, es decir, que ni la ley dispone un procedimiento con un ámbito de aplicación general (*procedimiento ordinario*), ni tiene carácter preceptivo respecto de la declaración de concurso de tales sujetos (*condición de procedibilidad*). Este beneficio tiene carácter personalísimo, es decir, que los efectos de la apertura del procedimiento y, en su caso, del acuerdo, no afectan a los garantes del deudor –tampoco a los obligados solidarios–, que tendrán que hacer frente a la reclamación del acreedor si fuere ejercitada su acción en el transcurso de las negociaciones (arts. 235.5 y 240.3 LC).

### Ámbito de aplicación

Podrán acogerse al procedimiento extrajudicial los deudores insolventes en quienes concurren los presupuestos legales –empresario personal natural con un pasivo no superior a cinco millones de euros o persona jurídica que cumpla las condiciones que se establecen– y en quienes no concurren las circunstancias que excluyen la admisión del procedimiento (*prohibiciones*). La mayoría de estas

circunstancias están referidas al deudor, y confirman que el procedimiento extrajudicial es concebido por la ley como un "beneficio" para determinados deudores: aquellos cuya trayectoria personal, empresarial o societaria denota credibilidad de cara a la conclusión de un acuerdo (art. 231.3 LC). En particular, la prohibición de acceso al procedimiento extrajudicial de las personas que en los tres últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso, persigue evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos. Dicho en otros términos, el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia *inicial* –no *persistente*–.

Por otra parte, la circunstancia de estar en situación de concurso alguno de los acreedores del deudor "que necesariamente debieran verse vinculados por el convenio" –art. 231.5 LC– también enerva la posibilidad de incoar el procedimiento, aunque normalmente esta circunstancia escapará al control de admisión del registrador mercantil o el notario. La razón de estar de esta limitación del acreedor concursado es evitar que el acuerdo conlleve una minoración de la masa pasiva del concurso.

### Solicitud del deudor y control de admisión del procedimiento

La solicitud del deudor para el nombramiento del mediador concursal y la ulterior convocatoria del mediador para la celebración de una reunión debe comprender a *todos* los acreedores (lista de acreedores), salvo los titulares de créditos públicos que, no obstante, deberán figurar en la solicitud del deudor, de forma separada. La ley no admite criterio de selección, por parte del deudor, para que sean convocados algunos de sus acreedores en detrimento de otros. Así se infiere de la Exposición de Motivos de la Ley (E.M. II), así como de la legitimación para impugnar el acuerdo que se atribuye al "acreedor que no hubiera sido convocado" (art. 239.1 LC).

El control de admisión, a cargo del registrador mercantil o del notario es el propio de un control de legalidad sobre la concurrencia de los presupuestos –y la falta de concurrencia de prohibiciones legales– que delimitan su ámbito de aplicación. Con el deliberado propósito de que la presentación de la solicitud sea rigurosa, la ley sanciona con la inadmisión la falta de justificación de la concurrencia de los presupuestos legales o de la aportación de los documentos preceptivos, así como la aportación incompleta de éstos. En particular, la referencia expresa a la presentación de

documentos "incompletos" descarta la interpretación proclive a la concesión de un trámite de subsanación.

### *El nombramiento del mediador concursal*

Será efectuado por el registrador mercantil o el notario, que nombrará a la persona física o jurídica que "*de forma secuencial corresponda*", de entre las integradas en una lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que está pendiente de publicación oficial (art. 233.1 LC). Con independencia de los trámites y/o los medios que integren el orden secuencial a seguir entre las personas incluidas en la lista, es evidente que el nombramiento del administrador concursal no es discrecional, a diferencia de lo que acontece con los administradores concursales.

En buena lectura, la lista *oficial* de mediadores habría de garantizar que los inscritos cumplen las exigencias de la *Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles* a las que se refiere la Ley 14/2013, y en particular, tener "formación específica para ejercer la mediación" y tener suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación (art. 11 LM). Cuestión diferente es la voluntad del Gobierno para reglamentar en *qué* consiste la formación en mediación y *cómo* se acredita su adquisición (*ex DF 8ª LM*) o, en otro caso, si como se infiere del requerimiento ministerial a los colegios profesionales implicados, la formación negociadora se entiende adquirida con la sola comunicación que al respecto remitan los colegios. A la condición de mediador se añade también "alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27", en referencia a la cualificación profesional que se exige al abogado o al economista.

Como quiera que la denominación de "mediador concursal" evoque el régimen jurídico de la mediación, y haya suscitado recelos que el mediador concursal desempeñe la función de administrador concursal en el concurso consecutivo, nos aprestamos a manifestar nuestra opinión sobre esta novedosa figura y su neta diferenciación con la institución que regula la Ley 5/2012. Y es 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 le atribuye unas funciones concretas –la más sobresaliente, elaborar un plan de pagos–, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas, en la forma, en los tiempos, y con los límites y condicionamientos que marca la ley.

Qué diferente la tarea del "mediador concursal", consistente en comprobar la existencia y cuantía de los

créditos y en elaborar un plan de pago, y la asistencia a las partes del "mediador", a secas, para que alcancen un acuerdo *por sí mismas* (art. 1 LM); 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 resulta la extrapolación al acuerdo extrajudicial de la *confidencialidad* propia del "mediador" 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". Algunas referencias legales son significativas al respecto. Así, la Ley de Mediación no es supletoria del procedimiento extrajudicial de pagos; y no lo es, ni en bloque, ni tan siquiera el estatuto orgánico del mediador. En cambio, si integra el estatuto del "mediador concursal" lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes (art. 233.1 LC; cfr. art. 71 bis.4 LC).

### *La apertura del procedimiento y sus efectos*

En la regulación legal del procedimiento extrajudicial –al que con terminología propia de las actuaciones de *jurisdicción voluntaria* se le denomina "expediente"–, se echa en falta la precisa delimitación de su *inicio* y finalización. Esta omisión es tanto más censurable atendidos los efectos que se atribuyen a la iniciación del procedimiento, y que según el tenor de la ley, se producen "desde la publicación de la apertura del expediente" (art. 235.2 LC). Y dado que la publicación que dispone la ley no es la de la presentación de la solicitud del deudor, sino el nombramiento del mediador una vez que es aceptado, todo parece indicar que hasta que la aceptación no se produzca el procedimiento no se tiene por iniciado, ni sus efectos sobre los acreedores podrán retrotraerse a la fecha de presentación de la solicitud (a pesar de que esta fecha sí es relevante respecto de las limitaciones al deudor: art. 235.1 LC). Por su parte, respecto de la finalización del procedimiento, la ley solo prevé el "cierre" del expediente en caso de ser alcanzado el acuerdo y, precisamente, con la elevación a escritura pública del acuerdo o, en su caso, con la presentación de la correspondiente copia al registrador (art. 238.2 LC). Pero nada se dice sobre *cómo* y *cuándo* se tendrá por concluido el expediente en caso de no ser alcanzado el acuerdo, en el bien entendido sentido que teniendo el mediador el deber de instar la declaración de concurso si el deudor continuara en insolvencia, deberá acreditar al juzgado el cierre del expediente notarial o registral.

Desde la presentación de la solicitud, el deudor no podrá solicitar la concesión de préstamos o créditos ni utilizar "medio electrónico de pago alguno" y deberá devolver las

tarjetas de crédito a la entidad, aunque sí podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional (art. 235.1 LC)

Respecto de la actuación de los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo de pagos, la apertura del procedimiento le sirve al deudor de escudo protector, con las manifestaciones siguientes:

1ª) Desde la publicación de la apertura del procedimiento, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones ni continuar las que tuvieran pendientes –suspensión– hasta un plazo máximo de tres meses (art. 235.2 LC). Se sanciona así una nueva causa legal de suspensión de la ejecución –a nuestro parecer, sin justificación razonable–, que deberá ser acordada por el secretario (arts. 565.1 y 568.1 LEC). Se exceptúa la ejecución de la garantía real, que podrá ser iniciada o continuada por el acreedor, en cuyo caso no podrá participar en el acuerdo extrajudicial;

2ª) La inscripción de la apertura del procedimiento en los registros de bienes (de la Propiedad o de Bienes Muebles) evitará el acceso al registro de la anotación preventiva de embargos o secuestros posteriores a la "presentación de la solicitud del nombramiento del mediador concursal". Esta limitación sugiere la retroacción de los efectos de la apertura del procedimiento extrajudicial al momento de presentación de la solicitud, en abierta contradicción con el momento en el que la ley tiene por iniciado el expediente (*ex art.* 235.2 LC). Se exceptúan del cierre registral las anotaciones de embargo en garantía de créditos públicos y, también, los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores titulares de créditos con garantía real (aun cuando la inscripción de la garantía hace innecesaria la traba); y,

3ª) Desde que el secretario haya dejado constancia de la comunicación sobre la apertura de las negociaciones, los acreedores no podrán instar la declaración de concurso en tanto no transcurran tres meses desde la comunicación (arts. 235.6; 5 bis.4; 15.3 LC). Cuestión diferente es si el deudor puede desistir del procedimiento extrajudicial, o en otro caso, si debe *agotar* los trámites que conduzcan a la propuesta de acuerdo. A este respecto estimamos, que al estar concebido el acuerdo extrajudicial de pagos como un *beneficio* del deudor insolvente, el desistimiento unilateral es posible hasta la comunicación de la propuesta a los acreedores, momento a partir del cuál la falta de aceptación por el deudor del plan de pagos *inicial*, no evitará la declaración del concurso consecutivo.

Con claras deficiencias técnicas, la ley ha dispuesto lo que parece ser una admonición a los acreedores que

puedan verse afectados por el acuerdo, consistente en el deber de "abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común" (art. 235.3 LC).

### La propuesta de pagos

Su elaboración es competencia del mediador concursal, a partir de la documentación aportada por el deudor "en" (sic) la solicitud (art. 232.2 LC). La lista de acreedores comprenderá, separadamente, los créditos garantizados con garantía real, los créditos de Derecho público y los restantes créditos. La razón de ser de esta separación obedece al diverso régimen jurídico que corresponde a los titulares de cada modalidad de crédito: a) los acreedores con garantía real son "invitados" a participar en las negociaciones, y de querer participar en las negociaciones, "deberán" comunicarlo expresamente al mediador, en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria (art. 234.4 LC); b) los titulares de créditos de Derecho público no serán convocados por tales créditos no pueden ser objeto del acuerdo, pero al plan de pagos deberá acompañarse "necesariamente" copia de la solicitud o acuerdo de su aplazamiento o, al menos, la indicación de las fechas de pago si no van a ser satisfechos en sus plazos de vencimiento (art. 236.1 LC); y, c) los titulares de los créditos restantes tienen la obligación de asistir a la reunión convocada para la aceptación de la propuesta final de acuerdo, pero pueden eludir esta obligación si *toman posicionamiento* frente a la propuesta inicial, en los diez naturales anteriores a la fecha prevista para la celebración de la reunión (art. 237.1 LC). Con el propósito de favorecer la aceptación de los acreedores, la ley establece que al acreedor que aceptará la propuesta inicial de pago de su crédito no le afectará la alteración de las condiciones que pudieran ser acordadas en la reunión (art. 237.2 LC).

La propuesta inicial comprende un *plan de pagos* con contenido preceptivo (pago de obligaciones futuras, alimentos al deudor, propuesta de negociación de créditos y préstamos, y acuerdo/solicitud de aplazamiento de pago de deudas públicas)– y un *plan de viabilidad*. Deberá ser remitida por el mediador con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión de los acreedores; reunión que habrá de tener lugar "tan pronto como sea posible" (art. 236.1 LC). Los acreedores podrán presentar propuesta de modificación o propuestas alternativas en los diez días naturales siguientes al "envío" –debería ser "*recepción*"– de la propuesta inicial. Transcurrido el plazo, el mediador enviará a los acreedores la propuesta de pagos y de viabilidad *final*, aceptada por el deudor. El plan de

pagos y de viabilidad podrá ser modificado en la reunión con los acreedores, salvo las condiciones de pago de la propuesta inicial que hubieran sido aceptadas en tiempo y forma por los acreedores, que son vinculantes.

### Contenido del acuerdo y sus límites

La propuesta de pagos puede consistir en quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta tres años, en cuyo caso la aceptación del acuerdo requerirá el voto favorable –o la aceptación previa a la reunión– de los acreedores que representen el 60% del pasivo del deudor (excluidos los créditos de Derecho público). También podrá consistir en la cesión de bienes a los acreedores "en pago" –que no "para pago"– de sus deudas, con extinción total o parcial de los créditos según lo acordado (art. 240.2 LC), en cuyo caso el acuerdo deberá ser aceptado por acreedores que representen el 75% del pasivo del deudor (excluidos los créditos de Derecho público), así como por el acreedor que cuente con garantía real sobre los bienes objeto de cesión (arts. 236.2 y 238.1 LC). A fin de clarificar el cómputo de estas mayorías, la ley ha especificado que para su formación "se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo", es decir, que el cómputo de las mayorías no atiende a la modalidad del crédito –según esté o no garantizado con garantía real– sino a la *afectación* resultante del consentimiento prestado por cada uno de los acreedores, incluidos, en su caso, los titulares de los créditos con garantía real.

### Formalización del acuerdo y conclusión del procedimiento

La eficacia del acuerdo extrajudicial de pagos requiere la formalización de éste en escritura pública, que servirá para la conclusión ("cierre") del expediente. La conclusión del procedimiento deberá ser comunicada por el registrador mercantil o el notario al juzgado que fuera competente para la declaración de concurso y a los registros de bienes para la cancelación de las anotaciones sobre el procedimiento; también se comunicará al BOE y al Registro Público Concursal para su publicidad general (art. 238.2 LC). En caso de no ser alcanzado el acuerdo habrá que entender que el mediador concursal deberá poner de manifiesto esta circunstancia al registrador o al notario para que den por concluido el procedimiento sin acuerdo, pues no es razonable entender que éste permanezca abierto *sine die*, con independencia de que se inste la declaración de concurso por el deudor o por el mediador concursal (arts. 238.3; 5 bis.4 LC).

### Eficacia del acuerdo

Los créditos de los que sean titulares los afectados por el acuerdo quedarán aplazados en tanto no transcurra el plazo de espera pactado, o quedarán remitidas las deudas, total o parcialmente, conforme al acuerdo. En caso de cesión de los bienes en pago, los créditos se considerarán extinguidos, en todo o en parte, conforme a la quita pactada (art. 240.2 LC). Estos varios efectos –extintivo o excluyente– confirman la eficacia novatoria del acuerdo extrajudicial de pagos, aunque su proyección en el ámbito procesal sea mucho más contundente que el de cualquier otro acuerdo que pudieran alcanzar acreedor y deudor con vistas al proceso de ejecución singular (cfr. arts. 556.1 II; 557.1, 5ª y 6ª LEC). Y es que el acuerdo extrajudicial alcanzado en "mediación concursal" *extingue* la acción ejecutiva, enervando la posibilidad de que los acreedores inicien o continúen ejecuciones contra el deudor *por deudas anteriores a la publicación de la apertura del procedimiento* (art. 240.1 LC). Esta previsión, que *prima facie* pudiera parecer muy gravosa a los acreedores, es lógica consecuencia de una concepción legal que rechaza los "tiempos muertos" entre la constatación por el mediador del incumplimiento del acuerdo y la presentación de la solicitud de concurso consecutivo; solicitud del mediador y declaración de concurso que bien podrán ser inmediatas, dado que la ley presume que el incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC). Acorde con la extinción de la acción ejecutiva, la ley permite al deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez –querrá decir, del secretario– que los hubiera acordado.

En defecto de previsión legal expresa sobre el tratamiento procesal de la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones *por deudas anteriores*, será este el propio de la declaración de concurso: frente a la interposición de la demanda ejecutiva no se dictará auto despacho ejecución si le constara al tribunal –comúnmente, el Juzgado de Primera Instancia– la conclusión del procedimiento extrajudicial con acuerdo que afectara al acreedor (art. 568.1 LEC). Y respeto de las ejecuciones pendientes, se acordará la continuación de la suspensión decretada tras la apertura del expediente hasta que proceda el sobreseimiento de ésta, por cumplimiento del acuerdo (art. 570 LEC), o la acumulación al concurso consecutivo en caso de incumplimiento o anulación del acuerdo (art. 55.2 LC).

### La impugnación del acuerdo

Se ventilará en un proceso jurisdiccional de doble instancia –con apelación de tramitación preferente– que se sustanciará ante el juez competente para la declaración de concurso y por los trámites del incidente concursal común (aun no siendo un incidente concursal en sentido propio).

La acción de impugnación –que la ley califica de *anulación*– deberá ser ejercitada en los diez días siguientes a la publicación del acuerdo –¿en el BOE, en el Registro Público Concursal o en la que sea la última de estas publicaciones?–. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente y carecerán de efectos suspensivos de la ejecución del acuerdo. La legitimación le corresponde a los acreedores no convocados a la reunión, a los que no hubieran votado a favor del acuerdo –votantes en contra y los que se hubieren abstenido– y a los que hubieran manifestado su oposición al acuerdo *hasta* los diez días naturales anteriores a la reunión.

Los motivos de oposición son tasados: falta de concurrencia de las mayorías exigidas –incluido el porcentaje que corresponda a los acreedores que no hubieran sido convocados–; incumplimiento de los límites legales de la quita y la espera; y la desproporción de éstas, reiterándose una vez más la falta de precisión de la ley sobre los términos para concluir sobre la desproporción, tal y como ya hiciera la reforma de la Ley Concursal de 2011 respecto de la impugnación de la homologación de los acuerdos de refinanciación (cfr. DA 4ª.4 LC).

La anulación del acuerdo firme "dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242" (art. 239.6 LC); tanto la expresión "*dará lugar*", como la consideración legal de que es concurso consecutivo "*el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado*" sugieren que la declaración del concurso consecutivo tiene lugar *de oficio*.

### Especialidades del concurso consecutivo

El calificativo "*consecutivo*" es expresivo de que el deudor ha utilizado el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial con sus acreedores y de que tal procedimiento no ha servido para satisfacer los derechos de éstos, ya por no haber sido posible alcanzar un acuerdo, ya por haber sobrevenido el incumplimiento del acuerdo o su anulación por sentencia firme. Por utilización del procedimiento entendemos los trámites siguientes a la admisión a trámite de la solicitud. Por su parte, la imposibilidad de alcanzar un acuerdo puede ponerse de manifiesto tempranamente (art. 236.4 LC), o bien al inicio o al término de la reunión de los acreedores, si la mayoría crediticia que exige la ley para la adopción de un acuerdo válido no concurrese en los asistentes o los votantes a favor de la propuesta (art. 238.1 LC).

Desde el punto de vista procedimental, el concurso consecutivo es un concurso sin opción al convenio y con la consiguiente apertura inmediata de la fase de liquidación (excepción hecha del supuesto de insuficiencia de masa

activa, que se acomodará a la norma general prevista en el art. 176 bis LC). Por lo demás, las especialidades del concurso consecutivo son índole orgánica y sustantivas (art. 242.2 LC):

a) *especialidad orgánica*: salvo justa causa –auto–, será designado administrador concursal el mediador concursal, cuya retribución será, como regla, la misma que le hubiera sido fijada para el procedimiento extrajudicial; y,

b) *especialidades sustantivas*: la categoría de créditos contra la masa se extiende al procedimiento extrajudicial, tanto respecto de los gastos del expediente en sí como de los que mereciendo tal calificación con arreglo a la norma general –art. 84 LC– se hayan generado durante su tramitación; el *dies a quo* del plazo de dos años para determinar los actos rescindibles del deudor, será la fecha de solicitud del nombramiento de un mediador concursal; los acreedores que hubieren firmado el acuerdo extrajudicial quedan relegados de la carga de comunicar sus créditos, que serán reconocidos de forma automática; y, si el concurso se declarara fortuito, el juez declarará la remisión de las deudas no satisfechas en la liquidación –salvo las de Derecho público–, del empresario persona natural, siempre que se hayan satisfecho los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Esta última especialidad supone una doble distorsión de la remisión de deudas de la persona física –contradictoria con el régimen unitario que postula la Exposición de Motivos de la Ley (II)–, pues ni se compadece con la norma general del concurso "directo" –cuya exigencia de satisfacción de los créditos es más gravosa o más favorable según respecto de *qué* créditos –ordinarios o de Derecho público (art. 178.2 LC)–, ni con la más favorable que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil para el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada si el acreedor hubiera optado por la ejecución separada de la garantía [cfr. art. 579.2 a) LEC].

### 3. La reforma de la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación

La Ley 14/2013 ha dado nueva redacción a la Disposición adicional 4ª de la Ley Concursal, y con ella, ha modificado los presupuestos materiales de la homologación de los acuerdos de refinanciación (art. 31.2 LE). El contenido de esta reforma legislativa es doble. Por una parte, restringe los presupuestos exigibles al acuerdo por vía de remisión al apartado 6 del artículo 71 de la Ley Concursal; presupuestos que pasan a ser, *únicamente*, los relativos a la designación del experto independiente y a la elevación del acuerdo a instrumento público, es decir, se prescinde de la exigencia de que el

acuerdo sea suscrito por acreedores –de cualquier condición– cuyos créditos representen las tres quintas partes del pasivo del deudor; mayoría que, como sabemos, blinda los acuerdos de refinanciación frente a la rescisoria concursal (*ex artículo 71.6-1º LC*). Por otra parte, la reforma flexibiliza el porcentaje del pasivo de las entidades financieras firmantes del acuerdo que se exige para la homologación, que pasa del 77% al 55%. Qué duda cabe que ambos contenidos normativos suponen una notable ampliación de los acuerdos de refinanciación susceptibles de homologación.

De forma paralela, la reforma afecta al régimen de condiciones exigidas al experto que ha de informar el acuerdo de refinanciación (art. 71.6-2º LC, en la nueva redacción dada por el art. 21.4 LE), así como integra el procedimiento para su designación a cargo del registrador mercantil (nuevo art. 71 bis LC, introducido por el art. 31.1 LE). Estas nuevas exigencias están llamadas a incidir en la homologación en tanto que presupuestos materiales del acuerdo susceptible de esta singular tutela jurisdiccional, si bien no deja de ser paradójico el desajuste de la aplicación en el tiempo de las nuevas normas. Así, mientras que el nuevo tenor de la Disposición adicional 4ª está vigente desde el día siguiente a la publicación oficial de la Ley 14/2013 (DF 13ª *ab initio* LE), las normas que integran el Capítulo V del Título I –art. 71.6 de la Ley Concursal incluido– entraron en vigor el 18 de octubre de 2013 [DF 13ª a) LE]. Sea cual fuere la conclusión que se alcance sobre el régimen sustantivo de los acuerdos gestados en el ínterin de esas dos fechas, la duda de mayor calado la suscita la posibilidad de que puedan acceder a la homologación los acuerdos concluidos con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo porcentaje exigido. Posibilidad que, a nuestro parecer, es viable.

Más cuestionable nos parece la posibilidad de reiterar la homologación que hubiera sido denegada –con apoyo en la flexibilización del porcentaje de pasivo exigible–, en vista de la prohibición de solicitar "*otra* (homologación) *por el mismo deudor en el plazo de un año*" (DA 4ª.7 LC), aunque varias son las razones que nos inducen a admitir tal posibilidad: la conveniencia de favorecer la recuperación de la empresa que subyace en las refinanciaciones y en la homologación de los acuerdos; el agravio comparativo que se generaría a los deudores que no la hubieran obtenido respecto de aquellos que, habiendo alcanzado el acuerdo con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, si podrán acogerse a la flexibilización de sus presupuestos; y, en último término, la naturaleza de jurisdicción voluntaria del procedimiento de homologación, que permite la revisión de las resoluciones definitivas (art. 1818 LEC 1881).

Respecto de las condiciones que ha de cumplir el experto independiente designado para informar el acuerdo

de refinanciación, el nuevo tenor de la Ley Concursal apela, con manifiesta falta de rigor, al cumplimiento de "*las condiciones del artículo 28*" (art. 71.6-2º LC), cuando lo que dicho artículo establece es el régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para el nombramiento de administrador concursal. Habrá que entender, por tanto, que la remisión opera en favor de las condiciones establecidas en el artículo 27, con las exclusiones derivadas de las circunstancias que se relacionan en el artículo 28, así como de las circunstancias generales y particulares que se contemplan en el nuevo artículo 71 bis (apartados 4 y 6 LC).

La regulación del procedimiento registral para la designación del experto viene a paliar las deficiencias de la reforma de la Ley Concursal llevada a cabo mediante Ley 38/2011; en particular, en lo que respecta a la forma, el tiempo y el contenido de la solicitud (art. 71 bis.2 LC). A este respecto, merece ser destacada la posible incoación del procedimiento en tanto se desarrollan las negociaciones y antes de la conclusión y firma del acuerdo, en cuyo caso el solicitante deberá aportar, además de un "*detalle suficiente*" del estado de las negociaciones que permita vislumbrar el volumen de acreedores cuya adhesión se contempla –exigible también si las negociaciones han concluido–, un proyecto de acuerdo y del plan de viabilidad o, al menos "*el acuerdo marco o pacto preliminar en que se fijan las condiciones de la negociación*" (art. 71 bis.2, núms. 1º y 2º LC).

#### 4. Otras modificaciones de la Ley Concursal

Junto a las normas ya analizadas, La Ley 14/2013 modifica seis artículos de la Ley Concursal: tres de ellos se modifican en razón del nuevo *acuerdo extrajudicial de pagos*, e incorporan respectivamente, la legitimación del mediador concursal para instar la declaración de concurso (art. 3.1); la comunicación al juzgado competente para la declaración de concurso de la apertura de las negociaciones –a cargo del registrador mercantil o del notario– para su constancia en sede judicial y con los efectos ya conocidos respecto de la negociación de un acuerdo de refinanciación o la propuesta anticipada de convenio (art. 5 bis, apartados 1, 3 y 4); y la protección al deudor frente a la solicitudes de concurso de otros sujetos legitimados en tanto discurren las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 15.2). Los restantes artículos incluyen, respectivamente, las condiciones subjetivas que ha de cumplir el experto independiente llamado a informar el acuerdo de refinanciación que aspire a quedar exento de rescisión concursal (art. 71.6-2º LC); el régimen de la *remisión de deudas* del concursado persona natural en el proceso

concural (art. 178.2 LC); y la implementación de las secciones del Registro Público Concursal –que sigue siendo una de las asignaturas pendientes del Ministerio de Justicia–, con una tercera sección "de acuerdos extrajudiciales" (art. 198.1 LC).

La reforma se complementa con la adición a la Ley Concursal de las Disposiciones adicionales 7ª y 8ª, en las que

se establecen, respectivamente, el tratamiento de los créditos de Derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos y la aplicación a la remuneración de los mediadores concursales de las normas aplicables a los administradores del concurso (art. 21, apartados 8 y 9 LE).