

CAPÍTULO III

Mediación concursal y acuerdo extrajudicial de pagos

Francisco de Asís González Campo

Sumario

I. INSOLVENCIA, CONCURSO Y MEDIACIÓN: ¿MEDIACIÓN CONCURSAL?

II. LA MEDIACIÓN CONCURSAL: CONTEXTO Y SÍNTESIS

III. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

1. Concepto, naturaleza y régimen jurídico

2. Presupuestos

2.1. Ámbito subjetivo

2.2. Ámbito objetivo

3. Procedimiento

3.1. Legitimación y representación

3.2. La comunicación previa de inicio de negociaciones
(artículo 5 bis LC)

3.3. Inicio y solicitud

3.4. Nombramiento de mediador concursal

3.5. El Registro Público Concursal y el listado de mediadores
concursoales

3.6. Convocatoria a los acreedores (artículo 234 LC)

3.7. Efectos de la iniciación del expediente (artículo 235 LC): li-
mitación de facultades, medios de pago y preclusión de nuevos
procedimientos de ejecución, concursos y embargos contra el
deudor

3.8. Convocatoria de reunión de acreedores y plan de pagos
(artículos 236 y 237 LC)

3.9. Solicitud inmediata del concurso consecutivo (en su caso)

4. El acuerdo extrajudicial de pagos. Aprobación del acuerdo, cierre del expediente y cancelaciones registrales. Efectos y publicación en el Registro Público Concursal (artículo 238 LC)

4.1. Aprobación y publicidad del acuerdo alcanzado

4.2. Efectos del acuerdo extrajudicial de pagos: la extensión a los acreedores

4.3. Impugnación del acuerdo (artículo 239 LC)

5.- La intervención del mediador concursal posterior al acuerdo alcanzado: supervisión del cumplimiento (artículo 241 LC)

6.- Especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios (artículo 242 bis LC)

IV. EL CONCURSO CONSECUTIVO

V. ESTATUTO DEL MEDIADOR CONCURSAL

VI. LA MEDIACIÓN CONCURSAL Y EL DERECHO PRECONCURSAL TRAS LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL DE 2020

BIBLIOGRAFÍA

I INSOLVENCIA, CONCURSO Y MEDIACIÓN: ¿MEDIACIÓN CONCURSAL?¹

Tradicionalmente, en España, las situaciones de insolvencia y concurso se habían constreñido al ámbito de las personas jurídicas y empresarios. Sin embargo, tal situación se revierte –al menos, en cuanto a existencia de norma legal- precisamente (si bien de modo muy tardío para causar efectos positivos inmediatos en las personas físicas) en el contexto temporal de la crisis económica de nuestro país desde 2008 hasta 2014². En efecto, en 2013³ se introduce el *acuerdo extrajudicial de pagos* y, por su escasa incidencia, en dos ocasiones en 2015 (primero, mediante un Real

¹ Estando la presente obra ya en fase de impresión, en el Boletín Oficial del Estado de 7 de mayo de 2020, se publicó el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC). Dicho texto, dictado al amparo del título competencial exclusivo del Estado sobre «*legislación mercantil*» y «*legislación procesal*» (disposición final primera TRLC), prevé que, tanto el real decreto legislativo como el texto refundido de la Ley Concursal por aquel aprobado, entrarán en vigor el 1 de septiembre del año 2020 (disposición final segunda TRLC).

En su muy extensa Disposición derogatoria única, intitulada *Derogación normativa*, se establece que «*1. Se derogan los artículos 1 a 242 bis, así como las disposiciones adicionales segunda, segunda bis, segunda ter, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava y las disposiciones finales quinta y sexta de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*». En el resto de dicha disposición se contienen, igualmente, otras previsiones derogatorias y de vigencia de diversas normas. Se establece, igualmente, una expresa disposición transitoria única que pospone, a resultados de su ulterior desarrollo reglamentario, determinadas previsiones afectas a la reforma de la ley concursal por Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y, en especial, de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

En ambos casos, resulta obvia la afección al derecho positivo sobre el que se realiza el presente capítulo y, con ello, a la exposición realizada; no obstante, dicha reforma mantiene en su mayoría el contenido material. Destaca, según se dirá luego, un nuevo Libro segundo, titulado *Del derecho preconcursal*. Por ello, se ha considerado mantener el texto original del capítulo pero, igualmente, por considerar imprescindible conocer la futura normativa, incluir, mediante un nuevo epígrafe del presente capítulo, un breve resumen de las disposiciones anteriores –aún vigentes en este momento dada la *vacatio legis* señalada- y las que, en el futuro, resultarán vigentes.

² En tal periodo, se produjo una gran depresión de los indicadores económicos y una influencia negativa en la vida social y económica de los ciudadanos. Conforme a la estadística oficial, la tasa anual de crecimiento del Producto Interior Bruto disminuyó, en tasa total del periodo 2009-2014, en un 8,8% desde un positivo crecimiento en 2007 del 3,6%; y en 2008 paso del 0,9% a un crecimiento negativo del 3,8 % en 2009, no recuperado más que en 2014 con un crecimiento positivo del 1,4% (fuente: Instituto Nacional de Estadística; disponible en https://www.ine.es/prensa/pib_tabla_cne.htm).

³ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Publicada en B.O.E. de 28 de septiembre y objeto de posteriores reformas parciales. Conforme a su disposición final decimotercera, la entrada en vigor de los preceptos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos («*Capítulo V del Título I*» introducido por la norma), se produjo a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Decreto Ley⁴ y, luego, mediante la Ley 25/2015⁵) se reforma para, a la par que extendiéndose a las personas físicas no comerciantes, regular la institución de la así denominada «mediación concursal».

No se trata, tampoco, de una reforma aislada sino que se inserta en la creación de un «derecho preconcursal» tendente a lograr acuerdos del deudor con los acreedores en aras a evitar el concurso de acreedores, cual el antecedente de los acuerdos de refinanciación previstos en la reforma operada por la Ley 17/2014⁶.

Se trata, pues, de la previsión de mecanismos alternativos de resolución de conflictos de insolvencia o concursales entre los que se encuentra la mediación concursal y el acuerdo extrajudicial de pagos.

Dada la normativa vigente, nos centraremos en el estudio de la actual mediación concursal. No obstante conviene señalar que, en puridad, y al menos, en su inicio, la mediación concursal no se concibe como tal sino que se diferencia del referido acuerdo extrajudicial pues la referida reforma del 2013 no se refiere –salvo al mencionar al mediador– a dicha mediación concursal ni, tampoco, a la mediación civil y mercantil regulada en norma anterior (Ley 5/2012).

Regula el referido Real Decreto Ley el denominado *mecanismo de segunda oportunidad* por el que, con determinados controles y garantías para impedir la discrecionalidad y abuso, se permite que quien «lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación»⁷.

Para ello, se reforma el título X de la Ley Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC)⁸ regulando los «acuerdos extrajudi-

⁴ Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Publicado en B.O.E. de 28 de febrero y objeto de posteriores reformas parciales; fue convalidado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados del 12 de marzo (B.O.E. de 18 de marzo).

⁵ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Publicada en B.O.E del 29 de julio con reforma puntual por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público; y con corrección de errores en B.O.E. de 11 de diciembre. Entró en vigor al día siguiente de su publicación en el referido boletín oficial.

⁶ MOYA BALLESTER, Jorge. «La insolvencia de la persona física: la «Mediación» concursal y el expediente de liberación de deudas», en *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Servizo de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2018.

⁷ Preámbulo de la referida norma.

⁸ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Publicada en B.O.E. de 10 de julio y con corrección de errores en B.O.E. de 4 de septiembre de 2015; ha sido objeto de numerosas reformas así como de parciales derogaciones.

ciales de pago» de modo parejo a los «*acuerdos de refinanciación*» previstos en aquel Real Decreto Ley. Y, en lo más relevante, se amplía su ámbito de aplicación a las personas físicas no empresarias, previéndose incluso un procedimiento abreviado en dicha norma concursal. Refuerza las funciones del mediador concursal y amplía los sujetos e instituciones que podrán realizar las mismas en tanto que, tras la norma, también realizarán tal actividad las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios –para cuando el deudor sea empresario-⁹ o los Notarios –para cuando el deudor sea persona física no empresaria-.

Se establece *ex novo* el régimen de exoneración de deudas para los deudores que sean personas físicas y reúnan dos requisitos esenciales:

- (i) ser deudor de buena fe, y
- (ii) que haya previa liquidación de su patrimonio o declaración de concurso concluido por insuficiencia de masa.

Dicha exoneración, con determinados requisitos, podrá ser automática (artículo 178 bis LC). Se establece una exoneración provisional durante cinco años que, finalmente, será definitiva si el deudor satisface los créditos no exonerados o realiza «*esfuerzo sustancial*»¹⁰ a tal fin.

La reforma se contempla con diversas disposiciones adicionales tendentes a regular las funciones de mediación concursal, la remuneración

⁹ Señala la disposición adicional primera de dicha norma tales *funciones de mediación concursal*: «1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.3 y 21.1.i) de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación en los términos previstos en su normativa específica así como la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, podrán desempeñar las funciones de mediación concursal previstas en el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

2. El sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflictos de interés. A tal efecto, podrán constituir una comisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto, al menos, por una persona que reúna los requisitos exigidos por el artículo 233.1 de la Ley Concursal, para ejercer como mediador concursal.

3. Sin perjuicio de las funciones señaladas anteriormente, las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, en los términos previstos en su normativa específica, así como la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, podrán desempeñar funciones adicionales que permitan auxiliar a los comerciantes en materia concursal, tales como las de asesoramiento, preparación de solicitudes de designación de mediador, de acuerdos extrajudiciales de pagos, preparación de la documentación, elaboración de listas de acreedores, créditos y contratos, de evaluación previa de propuestas de convenio y cuantas otras funciones auxiliares se consideren precisas a los efectos de facilitar los trámites en los procedimientos concursales que corresponda cumplir al deudor.»

¹⁰ Preámbulo de la norma, apartado III, de la Ley 25/2015 antes referida.

de los mediadores¹¹, y una excepción a la representación procesal en el concurso al considerar no preceptiva la del deudor persona física en el concurso consecutivo¹². La posterior Ley 25/2015 mantiene dichas previsiones en otras tantas disposiciones adicionales con idéntico contenido normativo, manteniéndose también en las respectivas adicionales hoy vigentes en la Ley Concursal.

La reforma introducida pretende ofrecer una segunda oportunidad a las personas físicas que se encuentran en situación de insolvencia al haber visto incrementadas sus deudas o disminuidos sus ingresos de tal forma que no pueden hacer frente a los créditos de sus acreedores. Se trata de que quien, con unos determinados requisitos, se encuentra en tal situación de empobrecimiento pueda reanudar su actividad vital, personal y laboral sin esa situación en tanto que, de no darse tal posibilidad, debería afrontar la totalidad de dicha situación patrimonial con todos sus bienes presentes y futuros conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 del Código Civil). Se trata, finalmente, de un régimen distinto del concurso de personas jurídicas por su finalidad ya descrita, ámbito subjetivo ya anticipado y, en lo que aquí nos interesa, por la introducción –con carácter previo al concurso en sede judicial– de la mediación concursal tendentes a que los acreedores y deudores logren un acuerdo (extrajudicial) de pagos.

Finalmente, el propósito de la norma se observa en el hecho de que, de no alcanzarse el referido acuerdo extrajudicial de pagos, se instará el denominado *concurso consecutivo* a fin de lograr la eventual exoneración de deudas provisional y definitiva prevista en el artículo 176 LC (insuficiencia de la masa activa).

Sin embargo, la bondad de la previsión de un mecanismo alternativo de resolución del conflicto de insolvencia o concursal no alcanza toda su extensión por los requisitos que, para su admisión, establece la norma según se explicará seguidamente.

Ello ha provocado que la valoración de la reforma por la doctrina sea crítica con determinadas omisiones: la exclusión de insolvencia de determinado tamaño o la inclusión de determinadas prohibiciones que impiden el acceso a la mediación concursal; crítica que, precisamente, se rea-

¹¹ *Vid.* la disposición adicional segunda de la norma citada, así como, de modo más extenso, su comentario en el apartado V del presente capítulo.

¹² Así, la disposición adicional tercera de la Ley 25/2015, intitulada *representación del deudor en el concurso consecutivo*, indica que «Por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo».

liza en comparación con la amplitud prevista en la norma concursal para los acuerdos de refinanciación en que no se prevé tal limitación por criterio de volumen de pasivo del deudor y, en especial, el régimen de los créditos insatisfechos. En especial, destaca la mayoritaria opinión sobre el acuerdo extrajudicial de pagos por «*su rigidez y la ausencia de incentivos*» para alcanzar el acuerdo. Tras ello, la reforma de 2015, solventa algunos de esas críticas pero persiste, sin embargo, la dificultad para concebir la mediación concursal como una verdadera mediación¹³.

¹³ MOYA, *op. cit.*, pp. 151-156.

II

LA MEDIACIÓN CONCURSAL: CONTEXTO Y SÍNTESIS

La mediación concursal se caracteriza por incardinarse en un ámbito complejo dados los aspectos que concurren en la misma y por la distancia que mantiene respecto de la pura mediación civil y mercantil.

En cuanto a sus principales componentes, se produce ante situaciones de insolvencia, alcanza a la persona física y requiere de la intervención de un profesional –el mediador concursal– que debe aunar diversas perspectivas en su actividad y formación.

Respecto de la relación con los principios y métodos de la mediación civil y mercantil, no dudándose de su inclusión en tal ámbito, sin embargo, reviste características tan propias y diferentes que, ciertamente, se trata de una mediación alejada de la tradicional mediación civil y mercantil.

En efecto, no es voluntaria sino que, como se verá, la ley que la regula la introduce de modo obligatorio para cuando una persona física no comerciante interesa su declaración de concurso de modo que se contradice con el principio dispositivo y de autonomía de la voluntad propio de la mediación; aun siendo, obvio es, de voluntario inicio por iniciativa del deudor, instada la misma, los acreedores deben participar en la misma –sin perjuicio de la aceptación o no de la propuesta de acuerdo de pagos–.

A su vez, el contenido o actividades previstas se reducen notablemente desapareciendo la actuación sobre emociones y conflictos y aumentando aspectos más propios de la intermediación o de la negociación –si bien no coincidentes con la misma¹⁴–: en concreto, la búsqueda de un acuerdo (extrajudicial) de pagos entre acreedores y deudor. Por último, el profesional llamado a acometer tal procedimiento –mediador concursal– no es designado voluntariamente por el mediador sino que debe ser extraído de entre los integrantes del listado obtenido del Registro oficial; y, en especial, al contrario que en el resto de ámbitos de la mediación civil

¹⁴ La propia norma así lo menciona. No obstante, la doctrina considera que el mediador concursal no es un negociador como tal pues impulsa los trámites del procedimiento, cumple con determinados requisitos de publicación y publicidad registral y, en especial, impulsa «*la avenencia entre las partes*» considerando por ello un error terminológico de la norma el empleo de tal «*negociación*» (AZNAR GINER, Eduardo. *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. Ed. Tiran lo Blanch., Valencia, 2016; pp. 16-17).

y mercantil, no todo profesional con formación –acreditada y suficiente– en mediación puede ser mediador concursal.

Destaca AZNAR cómo el principio de confidencialidad se desdibuja en la mediación concursal en tres aspectos principales:

- el deudor está obligado a presentar determinados documentos y datos, realizar diversas manifestaciones sobre su situación;
- debe realizarse determinada comunicación y régimen de publicidad conforme a los artículos 231 y ss. de la Ley Concursal; y
- la posterior actuación del inicial mediador concursal como administrador concursal en tanto que *«en el ejercicio de su labor mediadora normalmente tendrá conocimiento de circunstancias, hechos, documentos e informaciones susceptibles de incidir en el posterior concurso de acreedores del deudor»*.

Deber de confidencialidad del que, finalmente, quedará *«liberado del mismo una vez declarado el concurso... como administrador concursal y, exclusivamente, a efectos del desempeño del citado cargo y en cuanto lo requiera el procedimiento concursal y el interés del concurso»*¹⁵.

En todo caso la mediación concursal se encuentra íntimamente unida al acuerdo extrajudicial de pagos. Se trata de un binomio por cuyo motivo el concepto, características y regulación de la mediación y mediador concursales deben exponerse junto con el referido acuerdo en el siguiente capítulo

¹⁵ AZNAR, ... *op. cit.*, pp. 16-17.

III

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

1. CONCEPTO, NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

El acuerdo extrajudicial de pagos es introducido en nuestro ordenamiento por la referida Ley 14/2013 mediante la reforma de la Ley Concursal al efecto de contemplar, en esta norma, los preceptos reguladores de tal acuerdo mediante su reforma puntual y la introducción de un nuevo Título X, intitulado *El acuerdo extrajudicial de pagos*, conteniendo los nuevos artículos 231 a 242 bis LC.

Debe señalarse, en muestra de la equiparación del acuerdo extrajudicial de pagos con el procedimiento de mediación concursal, que, en dicho Título X, se contiene, igualmente la normativa del concurso consecutivo.

Asimismo, se prevé, además del resto de preceptos allí contenidos, un artículo 242 bis LC que contiene determinadas especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios que, por su relevancia y especialidad, para mejor exposición, se expondrá como específico apartado siguiente.

La propia norma lo configura como un *mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios*¹⁶ previsto para personas físicas o jurídicas en línea con el derecho comparado y al efecto de dotar de herramientas que permitan nuevos proyectos y progresos.

Cabe definirlo, pues, como un «*procedimiento extrajudicial preconcursal diseñado para el deudor de reconocidas dimensiones... también conocido como la mediación concursal*»¹⁷. También como «*una figura preconcursal de carácter mediatorio*» que facilita a personas físicas y jurídicas celebrar un acuerdo que permita la viabilidad de su actividad personal y profesional, mediante un procedimiento estructurado y directivo en el que interviene una figura híbrida adecuada para tal marco concursal, cual el mediador concursal en tanto, en su caso, se transformará en administrador concursal¹⁸.

¹⁶ Apartado II del Preámbulo de la referida ley.

¹⁷ MOYA, *op. cit.*, p. 153.

¹⁸ SOLETO MUÑOZ, Helena. «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil», en *Icade, revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 98, mayo-agosto 2016. Disponible en < https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24069/mediacion_soleto_IRCFDCEE_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; pp. 77-101.

Es diseñado como un procedimiento flexible y breve en el que participan diversos profesionales. Para ello, previamente, se designará por el registrador mercantil o el notario «*un profesional idóneo e independiente*» (apartado II del preámbulo de la Ley 14/2013)–denominado *negociador* en dicho preámbulo–.

Su función y relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos queda patente en la propia finalidad de la norma. Dicho profesional tiene como objetivo: (i) impulsar la *avenencia* y (ii) asegurar los debidos requisitos que permitan lograr los fines establecidos «*con el arreglo*».

El procedimiento se inicia mediante la convocatoria de los acreedores del deudor a una reunión en la que, sobre la previa propuesta de acuerdo realizada por dicho negociador, se debatirá un plan de pagos o la cesión de bienes en pago de deudas, estableciendo la norma un amplio abanico de negociación entre acreedor y deudor que podrán acordar hasta una quita del 25% y una espera de hasta tres años.

Si no se alcanza un acuerdo –o alcanzado es incumplido, según constate el negociador– el procedimiento se torna en requisito del posterior concurso previéndose la exoneración de deuda cuando haya habido liquidación patrimonial del deudor declarado en concurso no culpable.

2. PRESUPUESTOS

2.1. Ámbito subjetivo

El artículo 231 LC permite al deudor, tanto sea persona natural –empresario o no– como jurídica, que se encuentre en situación de insolvencia o previsible incumplimiento de sus obligaciones, iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores. Para ello, si es persona natural empresario, deberá acreditar, mediante balance, que su pasivo no excede de los 5 millones de euros; límite económico que también se aplica a la persona natural no empresaria.

Se contemplan, pues, tres supuestos que engloban todas las posibles condiciones del deudor: (i) la persona física no empresaria; (ii) la persona física empresaria –entendida a efectos de esta ley no solo la así contemplada en la norma mercantil sino también a los profesionales y trabajadores autónomos–; y (iii) la persona jurídica –sean o no sociedades de capital, con, en tal caso, requisitos específicos–.

Tal distinción es relevante habida cuenta del régimen específico contemplado para el deudor persona natural no empresaria, según se ha indicado antes y se comentará posteriormente¹⁹.

En efecto, el propio precepto delimita con otros requisitos el ámbito subjetivo de tales personas naturales²⁰ o jurídicas²¹ y, en todo caso, lo prohíbe para (i) 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; (ii) los sujetos no inscritos previamente a la solicitud en el Registro Mercantil estando obligados a ello; (iii) quienes, estando obligados a ello, no hubieren llevado contabilidad o incumplido su depósito en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud; y (iv) los que, en los tres últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

Tampoco se permite iniciar el acuerdo extrajudicial de pagos, de modo genérico, a los que ya estuvieren negociando un acuerdo de refinanciación o tuvieren admitido a trámite solicitud de concurso o cuando cualquier acreedor del deudor –de los que quedarían vinculados por el acuerdo- hubiera sido declarado en concurso.

De modo absoluto, no podrán acudir a este acuerdo las aseguradoras y reaseguradoras.

Dichas prohibiciones sancionan incumplimientos previos del deudor que han sido objeto de crítica por limitar, por ello, el ámbito y apertura del acuerdo/mediación concursal. En especial, porque, con tal limitación, se perjudica no solo al deudor, sino también, a todos sus acreedores que se verán «arrastrados» a un concurso de acreedores con posibilidades de cobro reducidas; también por una razón de técnica sistemática concursal: la sanción de la insolvencia se daba en la norma concursal en la pieza

¹⁹ *Vid.* apartado III.- 6 del presente capítulo.

²⁰ Artículo 231.1 párrafo 2º LC: «*A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.*».

²¹ Artículo 231.2 LC: «*También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:*

a) Se encuentren en estado de insolvencia.

b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.

c) Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.».

de calificación y no en el propio concurso «y mucho menos en los expedientes de negociación preconcursales»; impidiendo, a su vez, p. ej., la utilización de esta negociación concursal al deudor que hubiere comenzado un acuerdo de refinanciación²².

En todo caso, establece cautelas en protección de determinados acreedores por razón de la naturaleza de su crédito:

(i) Los créditos con garantía real pueden verse afectados conforme a lo dispuesto en el artículo 238 y 238 bis LC luego comentado.

(ii) Los créditos de derecho público no serán afectados en ningún caso por el acuerdo extrajudicial de pagos aunque gocen de garantía real.

2.2. Ámbito objetivo

El referido artículo 231 LC señala que, por razón del tipo de crédito, se establecen limitaciones pues los de carácter público no se verán afectados y los garantizados mediante garantía real solo lo serán si lo admiten sus acreedores titulares de la misma conforme a lo dispuesto en los artículos 238 y 238 bis LC –relativo a la extensión de efectos a acreedores, luego estudiada–.

En todo caso, debe entenderse que la insolvencia prevista lo es tanto actual como inminente.²³

3. PROCEDIMIENTO

3.1. Legitimación y representación

La solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos corresponde al deudor (artículo 232 LC) y la solicitud de declaración del concurso (consecutivo), en los supuestos ahora estudiados puede realizarla, además del deudor y sus acreedores, el mediador concursal (artículo 3.1 LC).

El artículo 232.2 LC prevé que si el deudor estuviere casado, y los cónyuges fueran propietarios de vivienda familiar que pudiere ser afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos deberá presentarse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

En caso de concurso consecutivo, rigen las normas generales de defensa letrada y representación procesal de la ley concursal (artículo

²² MOYA, *op. cit.*, p. 155.

²³ MOYA, *ibidem*.

148.2 LC) con la excepción de que el deudor persona natural no precisará la representación por procurador (disposición adicional 3ª Ley 25/2015).

3.2. La comunicación previa de inicio de negociaciones: artículo 5 bis LC

El artículo 5 bis LC es reformado a los efectos de introducir, en sus apartados 1, 3 y 4, la previa y preceptiva comunicación, por el registrador mercantil o el notario que conociere de la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, al juzgado competente para conocer del concurso del deudor, del inicio de negociaciones para celebrar dicho acuerdo. Para ello, el mediador concursal propuesto por aquellos deberá haber aceptado el cargo.

Recibida dicha comunicación, el Letrado de la Administración de Justicia de dicho juzgado dejará constancia de dicha comunicación. Dicha constancia supone el inicio del plazo de tres meses tras el que el deudor, «*haya o no alcanzado*» el acuerdo extrajudicial de pagos pretendido, deberá interesar, en plazo de un mes posterior, la declaración de concurso salvo que ya lo hubiera realizado el mediador concursal o no fuere insolvente. Dicho periodo supone, igualmente, un periodo de inadmisión de otras solicitudes de concurso del deudor por sujetos distintos del deudor o del mediador concursal (artículo 15.3 LC).

Finalmente, conforme al artículo 178.2 LC, si el Juez declara la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa, también declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo que el concurso fuere culpable o el deudor hubiera sido condenado por delito del artículo 260 del Código Penal²⁴ o por otro delito «*singularmente relacionado con el concurso*». Para ello deberán haber sido satisfechos los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

²⁴ Artículo 260 del Código Penal –en dicción vigente a la presente edición–: «*1. Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial.*

2. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con preposición del resto.»

3.3. Inicio y solicitud

Quien pretenda alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos deberá solicitar previamente el nombramiento de un mediador concursal (artículo 232 LC).

Establece la norma un requisito formal cual el de que la solicitud de acuerdo se realizará en formulario normalizado suscrito por el deudor. Deberá acompañar a dicha solicitud el inventario conteniendo el efectivo y los activos líquidos, bienes y derechos e ingresos regulares previstos. Debe facilitar, también, mediante listado al efecto, la identificación de sus acreedores (incluidos los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público se vean o no afectados por el acuerdo conforme los efectos que luego se dirán), domicilio de los mismos, incluida cuenta electrónica y, en especial, cuantía y vencimiento de los créditos, discriminando los contratos vigentes y la previsión de gastos mensuales.

El contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, ha sido fijado por Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos²⁵.

Finalmente, si el deudor estuviere casado, deberá, salvo que su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes, facilitar la identidad de su cónyuge, régimen económico-matrimonial vigente y, en su caso, cuentas anuales de los tres últimos años.

La solicitud se dirige al registrador mercantil del domicilio del deudor si se trata de deudor empresario o al notario del domicilio del deudor en otros casos. En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales.

Puede ser inadmitida por dichos profesionales jurídicos si se incumplen los presupuestos subjetivos o requisitos de la solicitud.

3.4. Nombramiento de mediador concursal

Señala el artículo 233 LC que el mediador concursal será nombrado, por los referidos profesionales, entre quienes figuren en la lista oficial publicada en el Boletín Oficial del Estado conformada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

La condición de mediador concursal requiere de varias circunstancias y está dotado de un específico estatuto según se indica más adelante²⁶.

²⁵ Publicada en B.O.E. de 29 de diciembre de 2015.

²⁶ *Vid.* apartado V.- de este capítulo.

De modo supletorio se rige el nombramiento por lo previsto para el nombramiento de expertos independientes en la norma mercantil.

El mediador concursal además de ostentar tal condición de mediador conforme a la Ley 5/2012, deberá, también, reunir los requisitos previstos, para el nombramiento de administradores concursales, en el apartado 1 del artículo 27 LC.

Una vez nombrado, el mediador concursal deberá aceptar el cargo y facilitar a aquellos profesionales una dirección electrónica conforme a los requisitos del artículo 29.6 LC²⁷ a efectos de comunicaciones de los acreedores con aquel. Tras la aceptación, el registrador o notario comunicará la misma a los Registros mobiliarios, inmobiliarios y civil.

Deberá, igualmente, según se ha señalado anteriormente, comunicar al juez competente para declarar el concurso que se han iniciado las negociaciones tendentes a dicho acuerdo extrajudicial de pagos; así como publicar tal hecho en el Registro Público Concursal.

También deberá comunicar electrónicamente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, y en su caso a la representación de los trabajadores, 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.

3.5. El Registro Público Concursal y el listado de mediadores concursales

El artículo 198 LC prevé un Registro Público Concursal a cargo del Ministerio de Justicia que constará de tres secciones: (i) de edictos concursales, (ii) de publicidad registral a efectos de publicar las resoluciones previstas en el régimen legal de publicidad concursal del artículo 24.1, 2 y 3 LC²⁸, concursos culpables, designaciones e inhabilitación de los admi-

²⁷ La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones (artículo 29.6 LC).

²⁸ Artículo 24 LC. *Publicidad registral.*

«1. Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

2. Si el deudor fuera sujeto inscribible en el Registro Mercantil, serán objeto de inscripción en la hoja abierta a la entidad, preferentemente por medios telemáticos, los autos y sentencias de declaración y reapertura del concurso voluntario o necesario, de apertura de la fase de convenio, de aprobación de convenio, la apertura de la fase de liquidación, la aprobación del plan de liquidación, la conclusión del concurso y la resolución de la impugnación del auto de conclusión, la formación de la pieza de calificación y la sentencia de calificación del concurso como culpable, así como cuantas resoluciones dictadas en materia de intervención o suspen-

nistradores y (iii) de acuerdos extrajudiciales, donde constará el inicio y finalización de tales negociaciones.

Los mediadores concursales deberán constar en el listado publicado²⁹ en el Boletín Oficial del Estado que, a su vez, es suministrado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (artículo 233.1 LC).

3.6. Convocatoria a los acreedores (artículo 234 LC)

Tras aceptar el cargo, el mediador concursal debe:

(i) comprobar la existencia y cuantía de los créditos; y

(ii) convocar a acreedores –excepto los de derecho público- y deudor, en plazo de dos meses tras su aceptación del cargo señalando el lugar (domicilio del deudor), día y hora, así como la finalidad y contenido de la misma (alcanzar un acuerdo de pago, relación de acreedores y cuantía de los créditos con sus datos y garantías). Cabe la intervención voluntaria de los acreedores titulares de créditos con garantía real a cuyo fin deberán manifestárselo expresamente a dicho mediador concursal.

sión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa. Cuando no constase hoja abierta a la entidad, se practicará previamente la inscripción en el Registro.

3. Si se tratase de personas jurídicas no inscribibles en el Registro Mercantil y que consten en otro registro público, el secretario judicial mandará inscribir o anotar, preferentemente por medios telemáticos, en éste las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior.

4. Si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, se inscribirán en el folio correspondiente a cada uno de ellos la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales.

Practicada la anotación preventiva o la inscripción, no podrán anotarse respecto de aquellos bienes o derechos más embargos o secuestros posteriores a la declaración de concurso que los acordados por el juez de éste, salvo lo establecido en el artículo 55.1.

5. Los asientos a que se refieren los apartados anteriores se practicarán en virtud de mandamiento librado por el secretario judicial. En el mandamiento se expresará si la correspondiente resolución es firme o no. En todo caso, las anotaciones preventivas que deban extenderse en los registros públicos de personas o de bienes por falta de firmeza de la resolución caducarán a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma y se cancelarán de oficio o a instancia de cualquier interesado. El secretario judicial podrá decretar la prórroga de las mismas por cuatro años más.

6. El traslado de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado a los registros correspondientes.

Excepcionalmente, y si lo previsto en el párrafo anterior no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, con los mandamientos necesarios para la práctica inmediata de los asientos registrales previstos en este artículo.

Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado de oficio se realizará directamente por el juzgado a los correspondientes registros.

7. Reglamentariamente podrán establecerse mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que, con arreglo a lo previsto en los apartados anteriores, habrán de hacerse constar el auto de declaración y las demás vicisitudes de concurso.»

²⁹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/mediadores.php>

3.7. Efectos de la iniciación del expediente (artículo 235 LC): limitación de facultades, medios de pago y preclusión de nuevos procedimientos de ejecución, concursos y embargos contra el deudor

Solicitada la mediación, el deudor puede continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional no pudiendo solicitar nuevos préstamos y debiendo devolver aquellas tarjetas de crédito de que fuera titular. Se impone, asimismo, una obligación de pago en efectivo al prohibirle el uso de medios electrónicos de pago.

Una vez publicado el inicio del procedimiento, no cabe iniciar ni continuar ejecución alguna contra el deudor. Tal imposibilidad se extiende a todo el tiempo que duren las negociaciones para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos con un límite máximo de tres meses.

Tal limitación no alcanza a los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor, si bien, si el mismo decide iniciar o continuar el procedimiento de ejecución, no podrá participar en el acuerdo extrajudicial.

Realizada las anotaciones en los Registros antes señalados, no cabe realizar nuevos embargos *«posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal»* salvo los relativos a procedimientos instados por los acreedores de derecho público o de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

Desde la perspectiva de la igualdad de acreedores y prohibición de privilegios, se establece, también, la prohibición de que ningún acreedor afectado por el eventual acuerdo realicen acto alguno que suponga mejora de su posición.

En todo caso, no cabe declarar en concurso al deudor incurso en negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial salvo en los supuestos del artículo 5 bis LC.

3.8. Convocatoria de reunión de acreedores y plan de pagos (artículos 236 y 237 LC)

El mediador concursal, al menos antes de 20 días de la fecha de celebración de la reunión de acreedores y deudor, deberá remitir a aquellos –con el consentimiento del deudor– un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años; y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos.

Dicho plan de pagos debe ser acompañado de (i) un plan de viabilidad, (ii) una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, (iii) un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, (iv) una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos; y (v) 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 contempla que la propuesta plantee la cesión de bienes en pago de deudas.

Se debe prever, en todo caso, el modo y cuantía que se aseguren las necesidades y prestaciones personales y vitales del deudor y su familia.

Tras la recepción de la referida propuesta y planes, los acreedores, en plazo máximo de diez días tras su recepción, podrán proponer alternativas o modificación.

Tras ello, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

Existe obligación de asistencia de los acreedores a dicha reunión contemplándose solamente dos excepciones: para cuando el acreedor hubiera manifestado su aprobación u oposición en ese mismo plazo de diez días. El incumplimiento de tal deber de asistencia conlleva que, en caso de que no se alcance el acuerdo extrajudicial de pago y se declare el concurso, su crédito sea calificado como subordinados. Se exceptiona de tal consecuencia a los acreedores con crédito constituido con garantía real. Nótese que, lógicamente, si se hubiera manifestado la aprobación y oposición, tampoco se aplica tal consecuencia.

En la referida reunión cabe también la modificación del plan de pagos siempre y cuando no suponga modificación del modo de pago de aquellos acreedores no asistentes, precisamente, por haber dado su aprobación en aquellos diez días.

3.9. Solicitud inmediata del concurso consecutivo (en su caso)

En ese mismo plazo de diez días, los acreedores podrán señalar que no continúan con las negociaciones tendentes a alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos. Si estos representan la mayoría del pasivo afectado (salvas exclusiones previstas³⁰) el mediador concursal deberá instar inmediatamente el concurso consecutivo del deudor.

³⁰ Se excluyen de tal cómputo los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público.

4. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS. APROBACIÓN DEL ACUERDO, CIERRE DEL EXPEDIENTE Y CANCELACIONES REGISTRALES. EFECTOS Y PUBLICACIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL (ARTÍCULO 238 LC)

4.1. Aprobación y publicidad del acuerdo alcanzado

El acuerdo requiere, para ser alcanzado, de unos requisitos tasados y puede, obviamente, ser tanto aceptado como no aceptado, dándose distinta regulación y, en especial, efectos legales en uno y otro caso. Así:

A) El acuerdo extrajudicial de pagos se entiende alcanzado con el concurso de diversas mayorías (entre el 60% y el 75% del pasivo) según la naturaleza de los créditos de los acreedores y el contenido del acuerdo (esperas o quitas) quedando también sometidos –o no– a tales esperas o quitas, en virtud, de dichas mayorías, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real.

B) Si se alcanza el acuerdo, debe ser elevado a escritura pública en todo caso con independencia de quien haya iniciado el procedimiento en tanto dicha escritura cierra el expediente iniciado. Si se comenzó por designación notarial, se protocoliza por dicho notario. Si lo fue por intervención del Registrador mercantil o Cámara oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el cierre del expediente iniciado por el registrador se realizará mediante copia de la escritura.

El cierre del expediente debe ser comunicado por dichos intervinientes al juzgado competente para conocer del subsiguiente concurso.

Asimismo, debe remitirse certificación o copia del cierre a los registros mobiliarios o inmobiliarios para la cancelación de las anotaciones practicadas.

El acuerdo debe anunciarse en el Registro Público Concursal mediante anuncio que contendrá los datos identificativos del deudor, del notario, registrador o Cámara; datos del expediente incoado por los mismos, datos del mediador concursal, así como la posibilidad de acceder al expediente por los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Se establece, finalmente, la imposibilidad de que dicho acuerdo sea objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores.

C) En el supuesto de que no se alcance extrajudicialmente el acuerdo de pagos, es donde se observa la principal novedad introducida por la reforma legal ahora estudiada pues se dará la declaración de concurso y, en su

caso, en lo que es más relevante, la conclusión del concurso si el activo resultare insuficiente.

En efecto, si, por el contrario, no se acepta la propuesta presentada a los acreedores y la situación de insolvencia del deudor continúa, el mediador concursal debe interesar del juez competente la declaración del concurso –que se acordará «*de forma inmediata*»- y, en su caso, la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley³¹.

³¹ Artículo 176 bis. *Especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa.*

«1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. Durante este plazo, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. La tramitación de dicha solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de decla-

4.2. Efectos del acuerdo extrajudicial de pagos: la extensión a los acreedores

El acuerdo extrajudicial de pagos produce efectos en el deudor y en el acreedor si bien, como se ha indicado, de diverso modo según la naturaleza de éstos (artículo 238 bis LC) atendiéndose de nuevo a que sean acreedores con garantía real³².

Alcanzado el acuerdo no cabe iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente pudiéndose instar la cancelación de los embargos previamente acordados al juez que los ordenara en su momento.

ración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad.

El secretario judicial admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el secretario judicial dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el artículo 54.4.»

³² En efecto, pueden darse diversos supuestos conforme artículo 238 bis LC:

Los acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo. Asimismo:

3. No obstante, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior; siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del artículo anterior.

b) Del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 b) del artículo anterior.

Alcanzado el acuerdo los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado y surte efecto con respecto también a quienes hubieren constituido fianza o aval del deudor. Se limitan los efectos para aquellos acreedores que no hubieran aceptado el acuerdo o que hubieran mostrado su disconformidad. En tal caso, conservan sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos. Si el acuerdo hubiera sido suscrito, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá del contenido contractual de la garantía celebrada.

Al respecto de los acreedores disidentes, es donde se observa la principal deficiencia de la norma estudiada pues rompe con la tradición normativa –nuestra y del derecho comparado– «*al conculcar el principio básico de la autonomía de la voluntad*» pues, en un procedimiento extrajudicial, unos acreedores de común acuerdo con el deudor deciden sobre el alcance de créditos de otros acreedores, lo que, paradójicamente, puede perjudicar la seguridad y confianza en acudir a los procedimientos autocompositivos³³.

4.3. Impugnación del acuerdo (artículo 239 LC)

Se prevé la impugnación del acuerdo, que carece de efectos suspensivos, por causas tasadas y con legitimación limitada a tres supuestos:

- (i) Por el acreedor que no hubiera sido convocado;
- (ii) Por el acreedor que hubiera acudido a la reunión y se hubiera opuesto al acuerdo;
- (iii) Por el acreedor que no hubiera acudido a la reunión pero hubiera manifestado previamente a la misma su oposición conforme al artículo 237.1 LC.

Se opta por un sistema de *numerus clausus* en cuanto a los motivos de impugnación, pues, solo cabe la misma, por falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 LC o en la desproporción de las medidas acordadas.

Desde la perspectiva procesal, cabe señalar diversos aspectos:

- (i) Será juez competente para conocer de tal impugnación el que lo fuere para conocer del eventual concurso del deudor. El plazo es de diez días posteriores a la publicación del acuerdo para los tres supuestos antes referidos.

³³ MOYA, *op. cit.*, p. 163.

(ii) La impugnación o impugnaciones se ventilan por los trámites del incidente concursal y de modo conjunto cuantas se presenten.

(iii) La sentencia estimatoria anulando el acuerdo debe publicarse en el Registro Público Concursal y provoca el concurso consecutivo del artículo 242 LC.

(iv) Contra la sentencia –estimatoria o desestimatoria- cabe interponer recurso de apelación –a conocer por la Audiencia Provincial, o en su caso, sección de la misma que, por competencia funcional, conozca de las cuestiones mercantiles de los juzgados de su circunscripción-. Dicho recurso será de tramitación preferente.

5. LA INTERVENCIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL POSTERIOR AL ACUERDO ALCANZADO: SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO (ARTÍCULO 241 LC)

La supervisión del cumplimiento del acuerdo se reserva al mediador concursal y ello no como mera facultad retórica sino como obligación en tanto contempla actuaciones, por su parte, en caso de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo.

Si considera que se ha cumplido íntegramente, el mediador concursal deberá así hacerlo saber mediante acta notarial que, a su vez, se publicará en el Registro Público Concursal.

Si considera que se ha incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso dándose la consideración de que el deudor que incumplió deviene en insolvencia.

Al respecto de tal publicidad, el Reglamento del Registro Público Concursal, aprobado por Real Decreto establece cuatro expresas previsiones sobre su régimen:

- El artículo 4.3. de dicho Reglamento, indica que será en la sección 3ª del Registro donde se recoja la información y los anuncios relativos a tal acuerdo extrajudicial de pagos a fin de que se puedan realizar consultas por el nombre o denominación del deudor y, con referencia a los correspondientes expedientes, por el nombre o denominación del mediador concursal que hubieren aceptado, así como por el número de identificación fiscal, el número de expediente o procedimiento y el Notario o Registrador Mercantil que lo tramite. En el caso de procedimientos de homologación, por el número de autos y el número de identificación general del procedimiento y el Juzgado competente.

- El artículo 6 del citado Reglamento, establece la cancelación de oficio de los datos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos transcurridos dos meses desde la publicación del acta notarial de cumplimiento del

plan de pagos o desde la firmeza de la resolución judicial que declare la conclusión del concurso consecutivo.

- El acta notarial señalada anteriormente para lo supuestos en que el mediador concursal considere íntegramente cumplido el acuerdo extrajudicial de pagos, conforme al artículo 14.3 de dicho Reglamento, deberá remitirse en el formato señalado por el Registro.

- Al respecto de los supuestos de incumplimiento, no diciendo nada el artículo 241 LC, el artículo 14.4 del referido Reglamento, establece igualmente tal comunicación por el Notario -o Registrador Mercantil- que recogiere tal circunstancia señalada por el mediador concursal a los efectos de su constancia en tal sección 3ª si bien, sin perjuicio de la publicación en la sección primera del Registro Público Concursal, de la declaración de concurso prevista en el artículo 241 LC.

6. ESPECIALIDADES DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS DE PERSONAS NATURALES NO EMPRESARIOS (ARTÍCULO 242 BIS LC)

Como señalamos anteriormente, en caso de que el deudor sea persona física no empresario, el artículo 242 bis LC añade, al procedimiento anterior, igualmente aplicable a la persona natural no empresaria, determinadas previsiones específicas y distintas del régimen aplicable con carácter común a todo acuerdo extrajudicial de pagos.

Se trata de especialidades tendentes a alcanzar el acuerdo o, en caso negativo, facilitar la segunda oportunidad del deudor persona física no empresaria. Las mismas afectan a numerosos aspectos (*v.gr.* competencia del juez del concurso, plazos de solicitud del acuerdo y del concurso, liquidación y exoneración de deudas, entre otras). Cabe sintetizarlas del siguiente modo:

(i) Regla de competencia territorial.

La solicitud del acuerdo deberá instarse ante el notario del domicilio del deudor (y no ante el registrador mercantil de su domicilio) y la solicitud de concurso consecutivo será conocida por el Juez de Primera Instancia del domicilio del deudor (artículo 5 bis LC y 85.6 LOPJ). Se observa pues, ya, un doble régimen competencial en el supuesto de las personas físicas (artículo 234 LC para el empresario y 242 bis LC para el no empresario).

(ii) Inicio y actuaciones por parte del notario interviniente.

En primer lugar, el notario deberá realizar un control de admisibilidad de modo que considere suficiente la documentación presentada por el deudor y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de

pagos. Tras ello, comunicará, sin necesidad de petición de parte, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para declarar el concurso del deudor.

De especial relieve, por la voluntad que trasluce y por la relación con la consideración de dicho acuerdo como mediación concursal, resulta la activa participación del notario en las negociaciones entre deudor y acreedores («*impulsará*» dice el artículo 242 bis párrafo 3º LC, si bien con una técnica confusa en cuanto a las funciones notariales y del mediador concursal, incluso sobre la necesidad de designar a tal profesional).

La designación del mediador concursal resulta potestativa a consideración suya o solicitud del mediador. Se establece un breve plazo para tal posibilidad (cinco días) y para aceptar el cargo por el así nombrado (cinco días).

(iii) La comprobación de créditos y convocatoria de la reunión con acreedores se reduce a un breve plazo (quince días desde la solicitud de acuerdo o diez días desde la aceptación del cargo de mediador si se designare tal cargo). Tras la convocatoria, la reunión deberá realizarse en treinta días.

(iv) La propuesta de acuerdo debe remitirse al menos con quince días naturales de antelación a la fecha de reunión y el plazo para que los acreedores propongan alternativas o modificaciones se reduce a diez días naturales desde la recepción de la propuesta de acuerdo.

(v) Asimismo, la propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1 LC³⁴.

(vi) En cuanto a la afección de eventuales procedimientos judiciales de ejecución, la suspensión prevista en el artículo 235 LC será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.

(vii) El concurso consecutivo se instará si, finado dicho plazo de dos meses, el notario o, en su caso, el mediador, consideran imposible alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos. Tal solicitud de concurso deberá realizarse en los diez días siguientes mediante informe «*razonado con sus conclusiones*».

La principal especialidad se establece en el artículo 242 bis 10º LC al

³⁴ Conforme al artículo 236.1 LC, la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos puede contener: a) Esperas por un plazo no superior a diez años; b) Quitas; y c) La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.

señalar que *«el concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación»*.

(viii) Desde el punto de vista de los costes del procedimiento, destaca que las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 LC no devengarán retribución arancelaria alguna. La retribución del notario será como la de los mediadores concursales.

IV

EL CONCURSO CONSECUTIVO

Constantemente se ha ido haciendo referencia a que según resulte el devenir de las negociaciones y del acuerdo, el legislador provoca la declaración subsiguiente del concurso del deudor. Se trata de los supuestos del denominado *concurso consecutivo*.

Su regulación, dispersa en el articulado mencionado, contiene, no obstante, principales especialidades en el artículo 242 LC.

En todo caso, se trata de una de las principales características del sistema establecido para el acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal pues, en síntesis, y remitiéndonos a los supuestos antedichos, el legislador contempla que, en caso de no alcanzarse el acuerdo o incumplirse el mismo, o también por su irregularidad al haber sido anulado judicialmente, debe darse lugar al concurso consecutivo. Dicho concurso se muestra, por tanto, como el colofón obligatorio para cuando no prospera el acuerdo entre acreedor y deudor.

La legitimación del concurso consecutivo corresponde al mediador concursal, el deudor y sus acreedores.

Su tramitación viene dada por la regulación del procedimiento abreviado y por las concretas especialidades contenidas en el artículo 242 LC consistentes principalmente en la documental que debe acompañarse a la solicitud de concurso consecutivo según ésta sea instada por el mediador concursal o el deudor³⁵ o por el acreedor³⁶.

³⁵ Artículo 242.2 LC:

«1.ª Si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación que se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V.

A la solicitud formulada por el mediador concursal se acompañarán, además, los siguientes documentos:

a) El informe a que se refiere el artículo 75, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias.

b) En caso de concurso de persona natural, deberá, asimismo, pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación.

Si el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe del artículo 75 deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos.»

³⁶ Artículo 242.2.1ª *in fine* LC:

«Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso.»

El cargo de administrador concursal se nombrará, en el auto de declaración de concurso, a favor del previo mediador concursal salvo justa causa previéndose una limitación retributiva al mismo.

De relieve resulta, como ya se indicó anteriormente, la enervación del principio de confidencialidad que rige en la mediación concursal para el mediador que luego fuere administrador concursal.

Se incluirán, como créditos contra la masa, los gastos habidos en el procedimiento de mediación concursal y negociaciones para el acuerdo extrajudicial de pagos.

La rescisión de actos en el concurso se dará en los dos años previstos con un específico *dies a quo*: la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

No necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.

El informe de la administración concursal previsto en el artículo 96 LC se podrá impugnar por los acreedores conforme al artículo 96 LC³⁷ y su

³⁷ Artículo 96 LC:

«1. Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior; a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior.

2. La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos.

3. La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos.

4. Cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad.

5. Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al juez los textos definitivos correspondientes. Se harán constar expresamente las diferencias entre el inventario y la lista de acreedores inicialmente presentados y los textos definitivos, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados, pagados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaria del juzgado. En el momento de la presentación al juez del informe con las modificaciones y la relación de créditos contra la masa, la administración concursal comunicará telemáticamente estos documentos a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

6. Todas las impugnaciones deberán hacerse constar, inmediatamente después de su presentación, en el Registro Público Concursal. Igualmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél

tramitación seguirá lo previsto en el artículo 191.4 LC (en síntesis: pieza separada sin incoación de incidente; traslado al administrador concursal –en este caso, quien había sido el anterior mediador concursal-, a efectos de admitir la impugnación u oponerse; proponer prueba; tramitación conforme al juicio verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil; y resolución por el juez competente para conocer del concurso)³⁸.

en que hubiere finalizado el plazo de impugnación, se publicará en dicho Registro una relación de las impugnaciones presentadas y de las pretensiones deducidas en cada una de ellas.»

³⁸ Artículo 191. 4 LC: «4. El secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal.

En el plazo de 10 días, el administrador concursal comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente.

Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la Ley de Enjuiciamiento Civil y será de aplicación el artículo 194.4 en todo aquello que no se oponga a lo previsto en este precepto.

Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.

El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio.

Si las impugnaciones afectaran a menos del 20 por ciento del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

Se impondrán las costas conforme al criterio del vencimiento objetivo, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, la existencia de serias dudas de hecho o de derecho.»

V ESTATUTO DEL MEDIADOR CONCURSAL

Si bien ya se ha hecho referencia a las peculiaridades subjetivas y de funciones del mediador concursal, conviene recapitular aquellos aspectos que pueden configurar un estatuto específico del mediador concursal.

Su principal característica radica en su doble intervención en tanto que es designado, por el notario, registrador mercantil o Cámara Oficial, en el expediente iniciado para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, pero igualmente extiende sus funciones para cuando, por un lado, el acuerdo se ha celebrado y debe comprobar su cumplimiento o incumplimiento; y, por otro, para cuando, de no alcanzarse dicho acuerdo, debe instar el concurso consecutivo del deudor ante el juzgado competente –de primera instancia o mercantil- estando expresamente legitimado para ello y obligado a unas funciones y documentación que cumplimentar y aportar; y, en tal ámbito, finalmente, siendo, a su vez administrador concursal de dicho concurso consecutivo (artículos 234 a 242 bis LC). Así:

a) En la fase del acuerdo, debe comprobar la documental aportada; convocar la reunión de acreedores y deudor; remitir las propuestas de acuerdo y, en especial, preparar los planes de pago, viabilidad y continuación de negocio o actividad del deudor con la previsión de las necesidades vitales alimenticias del deudor y su familia. Debe, igualmente, de alcanzarse el acuerdo, elevarlo a escritura pública y comprobar su cumplimiento, o incumplimiento, con diversas consecuencias, en uno u otro caso, ya señaladas.

b) En la fase del concurso consecutivo, instará éste para cuando el acuerdo no se alcanzó, se incumplió o fue anulado judicialmente, estando legitimado para ello; previéndose unos requisitos de tal solicitud de concurso y siendo, de ser declarado tal concurso, designado como administrador concursal del mismo con las consiguientes obligaciones y derechos de tal cargo (artículo 33 LC).

Las funciones de mediador concursal solo pueden ser realizadas por quienes acrediten determinados requisitos tendentes a aunar el conocimiento de ambas materias: la mediación y lo concursal. Se exigen los relativos a su formación como mediador pero, a la vez, de modo obligatorio, como administrador concursal. En lo no dispuesto, para su nombramiento, se estará a las normas del nombramiento de expertos independientes (artículo 233 LC).

Señala el artículo 233 LC que el mediador concursal deberá ser persona natural o jurídica, incluido en la lista oficial publicada en el Boletín Oficial del Estado suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia³⁹. Expresamente señala que deberá ostentar la condición de mediador conforme a lo previsto en la Ley 5/2012 y la de administrador concursal –regulada a su vez en el artículo 27 LC⁴⁰-. No obstante, en los supuestos de intervención de las

³⁹ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/mediadores.php>

⁴⁰ Artículo 27. *Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.*

«1. La administración concursal estará integrada por un único miembro.

2. Únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso.

3. Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño.

4. A los efectos de la designación de la administración concursal se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Reglamentariamente se fijarán también las características que permitan definir el tamaño del concurso.

5. La designación del administrador concursal recaerá en la persona física o jurídica del listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que corresponda por turno correlativo y que, reuniendo las condiciones exigidas en los apartados anteriores, haya manifestado al tiempo de solicitar su inscripción en dicho registro o, con posterioridad, su voluntad de actuar en el ámbito de competencia territorial del juzgado que lo designe. La primera designación de la lista se realizará mediante sorteo.

No obstante, en los concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo a alguno de los siguientes criterios: la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

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

7. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público podrá nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En estos casos, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal.

Cámaras Oficiales o de entidades aseguradoras se prevé alguna especialidad como ahora se indicará.

El nombramiento de mediador concursal se realizará por el notario o registrador que inicie el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos y deberá ser aceptado por el designado, quien facilitará una dirección electrónica para las comunicaciones con los acreedores que cumpla lo previsto en el artículo 29.6 LC. Si la solicitud se dirigió a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014⁴¹ en cuyo caso se designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal. A su vez, en el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros.

En cuanto a su retribución, corresponde conforme a criterios tasados en la norma concursal. En primer lugar, concurre la limitación establecida en el artículo 242 LC. A su vez, el artículo 233 LC señala que reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal que deberá fijarse en su acta de nombramiento y tendrán en cuenta la condición del deudor, su activo, pasivo y éxito de la mediación. A su vez, según la disposición adicional octava LC, los mediadores concursales serán retribuidos conforme a las normas retributivas de los administradores concursales. Debe señalarse que se contempla una doble consideración: el coste de la fase relativa a la mediación concursal/acuerdo extrajudicial de pagos y el coste de la mediación concursal/administración concursal.

El desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales⁴² por el que, en síntesis, debe calcularse previamente la retribución conforme al volumen del pasivo del deudor y,

La Administración Pública acreedora o la entidad vinculada a ella podrá renunciar al nombramiento.

8. En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de estos podrá nombrar; en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados.

En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.»

⁴¹ Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Publicada en B.O.E. de 2 de abril de 2014, con parcial modificación posterior por Ley 20/2015, de 14 de julio.

⁴² Publicado en B.O.E. de 7 de septiembre de 2004.

posteriormente, aplicar –si bien con dudas en algún sector doctrina-, y conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 25/2015⁴³, unas reducciones (para cuando el deudor fuera una persona natural⁴⁴ sin actividad económica, una persona natural empresario, o una sociedad) y un incremento para cuando se alcanzara el acuerdo extrajudicial de pagos.

⁴³ Disposición adicional segunda L. 25/2015. *Remuneración del mediador concursal.*

«1. La remuneración del mediador concursal se calculará conforme a las siguientes reglas:

a) La base de remuneración del mediador concursal se calculará aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el Anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

b) Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70 por ciento sobre la base de remuneración de la letra a).

c) Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50 por ciento sobre la base de remuneración de la letra a).

d) Si el deudor fuera una sociedad, se aplicará una reducción del 30 por ciento sobre la base de remuneración de la letra a).

e) Si se aprobara el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25 por ciento del activo del deudor.

2. Esta disposición será aplicable hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal.»

⁴⁴ Debe recordarse el amplio ámbito que, a efectos del acuerdo extrajudicial de pagos, señala el artículo 231.1 LC sobre la persona natural en tanto lo será tanto siendo empresario como no y, a su vez, considerando «*empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.*».

VI

LA MEDIACIÓN CONCURSAL Y EL DERECHO PRECONCURSAL TRAS LA REFORMA DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL DE 2020

El texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC) –derogando la Ley Concursal⁴⁵ y manteniendo transitoriamente otros preceptos- establece una regulación unitaria de la mediación concursal y el acuerdo extrajudicial de pagos mediante su inclusión en el nuevo Libro segundo intitulado *Del derecho preconcursal*. De su contenido, se observa, además la ligazón entre ambas figuras, y la búsqueda del acuerdo extrajudicial –ahora, preconcursal- en tanto que, de no darse, abocará al concurso consecutivo. Y, para ello, lógicamente, debe darse un previo inicio de la comunicación por los implicados en el conflicto concursal. Por ello, también, se regula, en dicho Libro II, la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores.

Se configura pues, en dicho Libro segundo, un íter en la resolución –extrajudicial- del conflicto de insolvencia entre acreedores y deudores –ahora, denominado expresamente, *derecho preconcursal*- que comienza con *la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores* (Título I); continúa con toda la regulación de los *acuerdos de refinanciación* (Título II); sigue con la específica regulación *del acuerdo extrajudicial de pagos* (Título III) conteniendo la regulación de dicho acuerdo y de la mediación concursal en diferentes capítulos; y finaliza con las *especialidades del concurso consecutivo* (Título IV).

En el mismo destacan dos cuestiones interrelacionadas: el acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal. La propia regulación y estructura normativa acredita dicha yuxtaposición en cuanto que la mediación concursal se encuentra regulada, dentro del genérico Título III *Del acuerdo extrajudicial de pagos* (artículos 631 a 694 TRLC), en sus capítulo II (artículos 635 a 661 TRLC) y III (artículos 659 a 661 TRLC) sobre *deberes de comprobación* del mediador concursal; en sí, el acuerdo extrajudicial es objeto de regulación específica en su capítulo IV (artículos 662 a 694 TRLC) donde regula el concreto procedimiento de un detallado modo que excede la finalidad de esta nota, estableciendo la convocatoria de acreedores, desarrollo y propuesta de acuerdo, efectos y seguimiento del mismo.

⁴⁵ *Vid.* anterior nota 1

Así, la mediación concursal se incardina en el más genérico procedimiento preconcursal, alternativo y previo denominado *acuerdo extrajudicial de pagos*. Dada la naturaleza del presente epígrafe, debe, por tanto, realizarse mención a los presupuestos básicos del acuerdo extrajudicial de pagos (capítulo I, artículos. 631 a 634 TRLC) y a la mediación concursal (capítulo II y III, artículos 635 a 661 TRLC).

El acuerdo extrajudicial de pagos –en sí, el inicio del procedimiento alternativo o preconcursal– puede ser solicitado por cualquier deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, salvo que ya se encontrare en situación de concurso. Destaca la labor del mediador concursal en tanto que, en sí, la solicitud lo es para «*el nombramiento de un mediador concursal*» a fin de «*tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores*» (artículo 631 TRLC). En el caso del deudor persona natural, se establece un límite objetivo: sólo podrá si su pasivo no es superior a cinco millones de euros. Siendo persona jurídica, dicho límite se mantiene o, alternativamente, deberá tener menos de cincuenta acreedores siempre y cuando, en todo caso, acredite solvencia para pagar los gastos del procedimiento extrajudicial iniciado (artículos 632 a 633 TRLC).

Se mantienen las prohibiciones (de solicitar nombramiento de un mediador concursal) en iguales términos que la norma derogada: carecer de antecedentes penales; no haber alcanzado acuerdos extrajudiciales de pago, homologación judicial de acuerdo de refinanciación o declaraciones de concurso en los cinco años anteriores a la solicitud; estableciéndose específica norma de cómputo del plazo; estar negociando un acuerdo de refinanciación; o tener admitida solicitud de concurso (artículo 634 TRLC).

La mediación concursal se regula más desde la perspectiva del mediador concursal (nombramiento, deberes, estatuto y funciones o procedimiento a seguir) que, en sí, de la *mediación* concursal, dado que los principios, procedimiento, desarrollo y demás cuestiones propias de la mediación no son objeto de regulación al contrario de, p.ej., la mediación civil y mercantil en la Ley 5/2012.

El nombramiento del mediador concursal se contiene en los artículos 635 a 661 TRLC. Se mantiene la misma previsión de solicitud mediante formulario normalizado con contenido y datos mínimos (inventario de bienes y derechos y la lista de acreedores) y la mención del cónyuge del deudor que, en caso de que su vivienda familiar, quedare afecta por el acuerdo extrajudicial de pagos, deberá consentir la solicitud o contar con su consentimiento (artículo 635 TRLC), estándose a orden ministerial posterior sobre tales requisitos documentales. Conforme al prolijo artículo 636 TRLC, al igual que en la norma anterior, deben acompañarse determinados documentos y señalarse

los datos de los bienes y derechos con indicación de sus cargas y valoración (artículo 636 TRLC); así como la lista de acreedores distinguiendo según sean de una u otra tipología (de derecho público o no, garantías y naturaleza de los bienes y créditos), así como contratos vigentes, gastos mensuales y, en su caso, listado de trabajadores; si el deudor tuviere obligación de llevanza contable, deberá aportar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios y, además, siendo empresario, un balance actualizado.

La solicitud se presenta en igual previsión que en la norma anterior: ante notario (en caso de deudor persona natural no empresario o persona jurídica no inscribible en el Registro mercantil), registrador mercantil (en caso de persona natural empresario o persona jurídica inscribible en el Registro mercantil), o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación (en caso de empresario o si tuviera la condición de persona jurídica); y con las mismas reglas de competencia territorial ya señaladas en el capítulo. Al igual que en el régimen derogado, es empresario, a estos efectos, las personas así consideradas en la legislación mercantil o social y *«también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos»*. La solicitud conlleva la abstención de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (artículo 638 TRLC).

El procedimiento de tramitación y admisión, a cargo de los anteriores notario, registrador o Cámara, señala un control de legalidad sobre la concurrencia de los requisitos antes señalados con plazo de subsanación de cinco días, admisión y nombramiento de mediador concursal o inadmisión en caso contrario (artículo 640 TRLC).

El nombramiento del mediador concursal se realiza por los referidos notario, registrador o Cámara (artículo 641 TRLC) en favor de persona que reúna los requisitos para ser mediador concursal: ostentar la condición de mediador y estar inscrito en la lista del Registro que constará en el portal del Boletín Oficial del Estado reseñado en epígrafe anterior (artículo 642 TRLC). El nombramiento debe ser secuencial entre los inscritos en dicha lista si bien se prevén excepciones: el notario interviniente podrá ser el mediador concursal en los casos de deudor persona natural no empresario, salvo oposición del deudor (artículo 642 TRLC); para cuando la solicitud se presenta ante la antedicha Cámara, dicho órgano ostentará tal condición de mediador concursal (artículo 644 TRLC); así como para cuando el deudor fuere una aseguradora o reaseguradora, en cuyo caso, será mediador concursal el Consorcio de Compensación de Seguros (artículo 644 TRLC). Su remuneración

no sufre modificación con respecto al régimen anterior (artículo 645 TRLC). Al igual que en la ley anterior, en lo no dispuesto, se aplicará la normativa relativa al nombramiento de expertos independientes (artículo 653 TRLC).

En este punto debemos llamar la atención sobre el hecho de cómo la norma mercantil, para determinados ámbitos –las anteriores excepciones-, se separa de la norma básica de mediación en cuanto a los requisitos para ser mediador (artículo 11 Ley 5/2012). En efecto, la ley concursal, en esas tres excepciones, no exige la condición de mediador para ser mediador concursal de modo que se incurre en el error –patente en otras leyes: inspección de trabajo, propiedad intelectual, LOPJ, entre otras- de considerar a determinados profesionales aptos, *per se*, para tal labor mediadora sin formación al respecto; ello supone olvidar que la muy cualificada actuación profesional de un sujeto o colectivo no supone reunir, sin más, las competencias y destrezas para la labor mediadora

El cargo deberá ser aceptado, en los cinco días siguientes al nombramiento, por el mediador en cuyo momento deberá facilitar, como ocurría antes, una dirección electrónica a efectos de comunicaciones con acreedores y deudores que reúna determinado requisitos (seguridad, integridad, fehaciencia temporal y no repudio) sin prever sanción o consecuencia en caso de no aceptar el mismo (artículo 646 y 647 TRLC). La aceptación se comunicará, por medios electrónicos, por quienes lo nombraron, al juzgado competente para conocer del concurso en su caso; a los Registros públicos de bienes y Civil a fin de la anotación preventiva de tal nombramiento; y, de modo relevante por sus efectos, al Registro Público Concursal; igualmente a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social si así fueren acreedoras del deudor -y ello conste o no su condición de acreedoras del deudor-; y, en su caso, a la representación de los trabajadores (artículo 648 a 652 y 661 TRLC).

Para el supuesto de que hubiere deudas tributarias o sociales, el artículo 655 TRLC establece la obligación del mediador concursal de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público, salvo que pudiere satisfacer, en plazo tributario o social, los mismos. Tal solicitud se resuelve conforme a la normativa de dichos ámbitos y cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado; salvo que hubieran transcurrido tres meses sin acuerdo extrajudicial de pagos o se hubiera declarado el concurso (artículos 655 a 658 TRLC).

Finalmente, se establecen unos deberes de comprobación a cargo del mediador concursal a fin de que examine la realidad y exactitud de los datos de la solicitud y documentación con posible subsanación; y de la existencia y cuantía de los créditos de quienes figuren en la lista de acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- AZNAR GINER, Eduardo. *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. Ed. Tirant lo Blanch., Valencia, 2016.
- MOYA BALLESTER, Jorge. «La insolvencia de la persona física: la “Mediación” concursal y el expediente de liberación de deudas», en *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Ed. Servicio de Publicacións e Intercambio Científico Campus Vida, Santiago de Compostela, 2018.
- SENÉS MONTILLA, Carmen. «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *Revista de Derecho Civil*, vol. I, nº 1, 2014, pp. 49-68. Disponible en < <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45/26>>.
- SOLETO MUÑOZ, Helena. «La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil», en *Icade, revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 98, mayo-agosto 2016. Disponible en < https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24069/mediacion_soleto_IRCFDCEE_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>