

El acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores

(BOCG, Congreso, Serie A Núm. 52-1, 3 de julio de 2013)

Fernando Marín de la Bárcena

Profesor titular de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

El apartado siete del artículo 21 del Proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización añade un nuevo Título X a la Ley Concursal integrado por doce artículos (231 a 242) que regula el expediente de *Acuerdo extrajudicial de pagos*.

El acuerdo o arreglo extrajudicial de pagos es un procedimiento de negociación de deudas de los empresarios, excluidas las de derecho público, que será impulsado por mediadores concursales retribuidos conforme al arancel de los administradores concursales, una duración estimada no superior a tres meses y con la posibilidad de pactar quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años. Los acreedores con garantía real no están obligados a participar en él, pero pueden hacerlo.

El intento fracasado de llegar a un acuerdo o su incumplimiento determinará la incoación de un denominado concurso de acreedores *consecutivo* al acuerdo extrajudicial de pagos, en el que el mediador concursal ejercerá la función de administrador concursal sin derecho a percibir más retribución salvo causa justificada.

Entre las especialidades más significativas de la tramitación de este concurso consecutivo, puede destacarse que, para el empresario persona física, se dulcifican los requisitos que generalmente se establecen para lograr la *remisión de las deudas* que la norma proyectada prevé introducir en la Ley Concursal para todo deudor persona natural que sea declarado en concurso

de acreedores (reforma del apartado 2 del artículo 178 LC).

2. Ámbito subjetivo de aplicación

2.1. El deudor

El expediente de acuerdo extrajudicial de pagos está a disposición de los empresarios persona física (comprende a trabajadores autónomos o profesionales liberales) y de personas jurídicas (salvo entidades aseguradoras o reaseguradoras) que se encuentren en estado de insolvencia, pero dispongan de la liquidez suficiente para hacer frente a los gastos propios del procedimiento y tengan posibilidades de cumplir un acuerdo con las limitaciones expuestas en cuanto a las quitas y esperas.

El procedimiento está pensado para pequeños empresarios. Quedan fuera los deudores persona física con pasivo superior a cinco millones de euros y, en el caso de las personas jurídicas, aquellas cuyo concurso presentaría especial complejidad (más de 50 acreedores, activo y pasivo superiores a cinco millones de euros conforme al art. 190 LC).

Como ocurre con la posibilidad de presentar una propuesta anticipada de convenio, se prohíbe la solicitud de un expediente de este tipo a los condenados por determinado tipo de delitos, a los que hubieran incumplido deberes de depósito de cuentas o a quienes hayan acudido a

algún proceso concursal u homologado un acuerdo de refinanciación en los últimos tres ejercicios.

Aunque sea difícil de comprender, también se impide promover este tipo de expediente a quien tenga un acreedor, potencialmente vinculado por el acuerdo, que hubiera sido declarado en concurso de acreedores.

2.2. *Los acreedores potencialmente vinculados*

Todos los acreedores del deudor pueden quedar vinculados por un acuerdo de este tipo, salvo los acreedores con garantía real, salvo que voluntariamente decidan hacerlo y en los términos que consideren.

Los créditos de derecho público no serán afectados, en ningún caso, por este tipo de expedientes, sino que su pago se convierte en una prioridad e incluso se establece una nueva Disposición adicional séptima dirigida a regular el *Tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos*.

La solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de estas deudas, en el caso de que no se puedan pagar, se concibe prácticamente como un deber del deudor cuyo cumplimiento habrá de acreditarse a los acreedores en el marco del expediente. A su vez, los acuerdos de resolución del aplazamiento o fraccionamiento sólo podrán dictarse tras la formalización del acuerdo extrajudicial de pagos y su concesión tendrá como referencia temporal máxima en el acuerdo extrajudicial de pagos, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario.

3. Descripción breve del procedimiento

3.1. *Fase de iniciación*

El expediente se inicia mediante solicitud de nombramiento de un mediador concursal ante Notario de la circunscripción correspondiente al domicilio del deudor o ante el Registrador Mercantil en el caso de empresarios o sujetos inscribibles (art. 81 RRM).

Es una solicitud sencilla, acompañada de un inventario de bienes y derechos, lista de acreedores con expresión de cuantía y vencimiento, previsión de ingresos y gastos mensuales y expresión del efectivo y activos líquidos de los que se dispone. Los obligados a la llevanza de contabilidad acompañarán además las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

El mediador concursal será designado de la lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y deberá reunir no sólo las condiciones previstas en la Ley 5/2012 de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino también alguno de los requisitos que permiten su nombramiento como administradores concursales (art. 27.1 LC). Su retribución se ajustará a las normas que regulan la retribución de los administradores concursales (art. 34 LC).

La aceptación del mediador concursal y la apertura del expediente se publicará en los registros correspondientes (Propiedad, Civil, Mercantil y Registro Público Concursal) y se dará cuenta a los Juzgados de lo mercantil del domicilio del deudor de la apertura de negociaciones.

La iniciación del expediente tiene *efectos frente al deudor*. El más importante se produce con la aceptación del cargo por el mediador concursal, que se comunicará al Juzgado de lo Mercantil afectará a los plazos sobre incoación obligatoria del concurso en los términos del artículo 5 *bis* LC (que se modifica al efecto) e impedirá que el deudor pueda ser declarado en concurso a instancia de terceros legitimados (reforma del apartado 3 del artículo 15 LC). La mera solicitud activa también una sorprendente prohibición sobre el deudor de utilizar medios de pago electrónico y de devolver las tarjetas de crédito a las entidades que las hubieran emitido.

La publicación de la apertura del expediente surte también ciertos *efectos frente a los acreedores*, en particular, la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta

un plazo máximo de tres meses y la prohibición de anotar embargos posteriores a la solicitud del nombramiento de mediador concursal. Además, se establece un deber de abstención dirigido a los acreedores y que consiste en no realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en la que se encuentren respecto del deudor común. Como es natural, la tramitación del expediente no afecta al ejercicio de acciones frente a los garantes personales del deudor.

3.2. Fase de negociaciones

La función principal que se le atribuye al mediador concursal consiste en convocar a los acreedores que consten en la lista adjunta a la solicitud (incluidos los acreedores con garantía real aunque no puedan quedar afectados) para que acudan a una reunión con la finalidad de aprobar un *plan de pagos* de los créditos pendientes que, como hemos dicho, podrá comprender una quita (no superior al 25%) y/o una espera (no superior a 3 años).

Dicho plan debe ir acompañado de un *plan de viabilidad* y una *propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones*, que incluirá, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos y un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial. También es posible proponer la cesión de bienes a los acreedores en pago de deudas.

La norma trata de procurar que los acreedores asistan a la reunión convocada o manifiesten su aprobación o rechazo previos en un plazo de diez días desde que hayan recibido la convocatoria: el que no lo haga verá subordinado su crédito en el concurso de acreedores consecutivo (habrá que reformar el artículo 92 LC).

El rechazo previo a la reunión por una mayoría del pasivo determinará la incoación de la declaración de *concurso de acreedores consecutivo* al expediente de acuerdo extrajudicial de pagos a instancias del mediador concursal (se modifica el apartado 1 del artículo 3 LC).

En caso de llegar a celebrarse la reunión con los acreedores, el plan de pagos se

entenderá aprobado con el voto a favor de acreedores titulares de, al menos, del 60 por ciento del pasivo y, si consiste en un pago mediante cesión de bienes, del 75 por ciento (más la aprobación de los acreedores con garantía real sobre los bienes cedidos). A efectos del cómputo de las mayorías se tendrá en cuenta el pasivo correspondiente a los acreedores con garantía real cuando voluntariamente se hubieran incorporado al procedimiento.

Conforme al tenor literal de la norma, la aprobación del plan (no el cumplimiento) determinará la remisión o aplazamiento de la deuda conforme a las quitas y esperas acordadas o, en caso de cesión en pago de bienes, la extinción de los créditos. Las acciones frente a los obligados solidarios y los garantes personales del deudor permanecen intactas.

El acuerdo puede ser objeto de impugnación ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor y por los trámites del incidente concursal. Esta impugnación trata de proteger a los acreedores no convocados (porque no constan en la lista de acreedores presentada por el deudor) a los que no hubieran votado a favor del acuerdo o hubieran manifestado su oposición. Está limitada en cuanto a sus motivos: falta de mayorías, teniendo en cuenta a los acreedores no convocados; superación de los límites o desproporción de la quita o moratoria exigidas. La anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado implicará la apertura del concurso de acreedores consecutivo.

3.3. Apertura de concurso consecutivo de acreedores

El rechazo del plan de pagos o el incumplimiento del acuerdo extrajudicial (de cuya supervisión se encarga el mediador concursal) determinará la tramitación de un concurso consecutivo de acreedores instado por el mediador concursal, que presenta algunas especialidades respecto de un proceso concursal general.

El juez designará administrador del concurso al mediador concursal, salvo justa causa y no podrá percibir más retribución que la fijada en el expediente extrajudicial

salvo casos excepcionales. Los gastos del expediente tendrán la consideración de créditos contra la masa, así como aquellos surgidos durante la tramitación si reúnen los caracteres del artículo 84 LC. El plazo para la delimitación de los actos rescindibles (art. 71 LC) se contará desde la solicitud de apertura del expediente.

3.4. *La remisión general de las deudas del empresario persona física*

La especialidad más importante del *concurso consecutivo a un acuerdo extrajudicial de pagos* se refiere a la posibilidad de obtener una remisión general de las deudas insatisfechas mediante la reforma del apartado 2 del artículo 178 LC.

La norma proyectada dispone que la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo las deudas de derecho público a que se refiere el artículo 91.4º LC, siempre

que el concurso no se haya declarado culpable, el deudor no haya sido condenado por insolvencia punible o delitos singularmente relacionados con el concurso y haya pagado los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

Sin embargo, en el caso de empresario persona natural que haya intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos (se supone que incumplido o rechazado) tal remisión se puede lograr mediante el pago de los créditos de derecho público, los créditos contra la masa y todos los privilegiados.

Conforme a la justificación que acompaña a la norma, este *fresh start* trata de garantizar que el fracaso no cause empobrecimiento y una frustración tales que desincentiven al empresario persona física de comenzar un nuevo proyecto, sino que sea concebido como una segunda oportunidad.