



Universidad de Valladolid

FACULTAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y DEL TRABAJO
DE SORIA

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

TRABAJO FIN DE GRADO

ASPECTOS CONCURSALES DE LA LEY DE EMPREENDEDORES

Presentado por: Aarón de Miguel Calavia

Tutelado por: Flora Martín Moral

En Soria, a 31 de Agosto de 2015

CET

FACULTAD de CIENCIAS EMPRESARIALES y del TRABAJO de SORIA

Aspectos concursales de la Ley de Emprendedores

Índice:

Introducción.	6
--------------------	---

CAPITULO I

El concurso de acreedores.

1.1. Antecedentes del concurso, normativa anterior a 2003.	9
1.2. Nociones generales sobre el concurso de acreedores: La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	10
1.2.1. Concepto	11
1.2.2. Fases del concurso	12

CAPITULO II

Principales novedades de la Ley Concursal introducidas por la Ley de Emprendedores en 2013. Y por el Real Decreto ley 1/2015 de mecanismos de segunda oportunidad.

2.1. Introducción	18
2.2. Modificaciones provocadas por la creación del acuerdo extrajudicial de pagos	18
2.3. Modificaciones sobre los acuerdos de refinanciación	20
2.4. Exoneración del pasivo insatisfecho	21

CAPITULO III

El acuerdo extrajudicial de pagos

3.1. Introducción	24
3.2. El acuerdo extrajudicial de pagos en nuestros países vecinos	25
3.3. Procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos	26
3.3.1. Los presupuestos	26
3.3.2. La solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos	28
3.3.3. Nombramiento del mediador concursal	29
3.3.4. La negociación y el acuerdo extrajudicial de pagos	32
3.3.5. El concurso consecutivo	38
3.3.6. El acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios.....	42

CAPITULO IV
LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO.

4.1. Introducción	45
4.2. Situación anterior a la Ley de emprendedores 14/2013.....	46
4.3. La exoneración de pasivo insatisfecho en nuestros países vecinos	47
4.4. La situación actual en el ordenamiento jurídico español.....	50
4.5. Deudor y tipos de exoneración.....	51
4.6. Deudas objeto de exoneración	53
4.7. Procedimiento de la exoneración del pasivo insatisfecho.....	54
4.8. Efectos de la exoneración.....	56
CONCLUSIONES.	58
BIBLIOGRAFÍA.	61

INTRODUCCIÓN

Justificación:

"La Ley Concursal es una **ley anticíclica**. Se promulgó en una situación de bonanza económica y se está aplicando en una situación de **profunda crisis**. Eso ha hecho que, pese a su corta vigencia, en diez años, haya sufrido **múltiples modificaciones** todas ellas encaminadas a subsanar los problemas que su aplicación originaba en el mundo empresarial. Esta es la, si la memoria no nos falla, **tercera reforma de fondo de dicha ley**, aparte de otras reformas menores sufridas por la misma. No creemos que sea la última".
García-Valdecasas, J.A., y Merino Escartín, J.F. (2013),

Efectivamente, como en septiembre de 2013 vaticinaron García-Valdecasas, J.A., y Merino Escartín, J.F, en febrero de 2015 ha llegado la que hasta ahora es la última reforma de la Ley Concursal, y en total van ya veintitrés reformas desde su aprobación en julio de 2003.

El Derecho Concursal, es una rama importante del Derecho Mercantil. Y las constantes modificaciones a las que está siendo sometida la Ley Concursal, ponen de relieve su importancia, ya que es necesario que esta legislación se adapte a la realidad económica y social, y sea capaz de dar una solución rápida y eficaz a los deudores que no pueden satisfacer de manera íntegra y puntual sus créditos.

Uno de los principales problemas del sistema concursal español, es su judicialización, lo que además hace que aumenten los costes y la duración del proceso. En la reforma que introdujo la ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se dio un gran paso en pro de la desjudicialización con la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos. Y finalmente, la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, introduce la exoneración del pasivo insatisfecho. Con estas medidas se pretende dar respuesta a los principales problemas del Derecho Concursal Español, pero, el sistema no es perfecto, y estas modificaciones, si bien han supuesto un avance y mejoría, no son la solución definitiva.

Objetivos y metodología:

A lo largo del trabajo, trataré de explicar unas nociones generales del concurso de acreedores y su situación antes de la Ley Concursal de 2003. Para después introducirnos en la Ley Concursal y desarrollar las dos grandes reformas de 2013 y 2015, el acuerdo extrajudicial de pagos, y la exoneración del pasivo insatisfecho.

Comprobaremos si el acuerdo extrajudicial de pagos, supone una alternativa eficaz al concurso de acreedores, o si por el contrario, tan solo queda como un paso previo al concurso.

Analizaremos también la exoneración del pasivo insatisfecho, que tanto se ha hecho esperar en nuestro país, cuando en otros países vecinos se regula desde hace años y veremos si supone un sistema eficaz de liberación de deudas.

Para ello, estudiaremos la Ley Concursal, y las modificaciones llevadas a cabo por la Ley de emprendedores 14/2013 y el Real Decreto ley 1/2015, además de revisar la doctrina y opiniones de los expertos. Compararemos la situación anterior, con la actual para comprobar si efectivamente los cambios han servido para algo, y finalmente expondremos mis conclusiones y opiniones sobre el sistema concursal y sus reformas.

CAPÍTULO I

EL CONCURSO DE ACREEDORES.

1.1. Antecedentes del concurso de acreedores, normativa anterior a 2003.

Hasta el año 2003, la legislación en vigor en España era caótica y arcaica. Se mantenían artículos del primer Código de Comercio (de la época de Fernando VII) en concreto de mayo de 1829, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, del Código de Comercio de 1885 y su reforma de 1897, o de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (que se promulgó con carácter provisional, para resolver un caso concreto, y que se convirtió en base del derecho concursal debido sobre todo a su flexibilidad).

Este conjunto legislativo que regulaba el sistema concursal, se fue quedando obsoleto con el paso del tiempo y no se adaptaba a las realidades económicas y sociales, además predominaban ciertos intereses particulares en detrimento de los intereses generales, así como la desigualdad en el trato y las soluciones injustas. Esto es debido en parte al establecimiento de una dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio y a la regulación procesal separada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹

Los procedimientos concursales eran cuatro, lo que contribuía aun más a dificultar la correcta composición del sistema. Se hacía una distinción doble entre comerciantes y no comerciantes y entre insolvencia transitoria y definitiva.

Las normas que regulaban las situaciones de insolvencia de los comerciantes establecían dos sistemas:

- La quiebra: trataba la insolvencia definitiva de comerciantes.
- La suspensión de pagos: trataba la insolvencia transitoria de comerciantes.

Mientras que las normas que regulaban las situaciones de insolvencia de las personas no comerciantes establecían:

- El concurso de acreedores: trataba la insolvencia definitiva de una persona física.
- El procedimiento de quita y espera: trataba la insolvencia transitoria de las personas físicas.

A partir de 1951 la Ley de Sociedades Anónimas introdujo una serie de medidas preconcursales, así como una serie de previsiones para preservar el capital social frente a deterioros patrimoniales importantes, que se basaba en aumentar la financiación propia de las sociedades con continuo deterioro financiero. Además, el ya derogado Reglamento que desarrollaba la Ley de Auditoría de Cuentas de 1988, establecía otras medidas encaminadas a prevenir o evitar la quiebra.

Con toda esta disparidad de normas y la antigüedad de muchas de ellas, era frecuente encontrar casos de abusos o tretas para vulnerar la Ley en beneficio de intereses personales. Por ello, el legislador intenta sin mucho éxito solucionar el problema, ya en 1959 la Sección de Justicia del Instituto de

¹ Exposición de motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

Estudios Políticos elaboró un anteproyecto que intentaba una regulación conjunta y que finalmente no se publicó. En 1983 se presentó un anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación, basado en "principios de unidad legal, de disciplina para deudores comerciantes y no comerciantes, y de un sistema único", que se retomó en 1987 con otro anteproyecto. El 15 de febrero de 1996 la Secretaría General Técnica publica un nuevo anteproyecto que mantiene los principios de unidad legal y de disciplina, pero vuelve al sistema dual de concurso de acreedores y suspensión de pagos diferenciando entre insolvencia e iliquidez. Y finalmente el anteproyecto elaborado por la Sección Especial para la Reforma concursal, terminado en mayo del 2000, es el antecedente de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que pretende una profunda modificación del derecho vigente hasta entonces, teniendo en cuenta aportaciones doctrinales y los instrumentos supranacionales para la unificación y armonización de derecho.

1.2.El concurso de acreedores: La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal aglutina todos los aspectos materiales y procesales del concurso, y adopta los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Es una Ley que viene precedida por la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil². Esta Ley Concursal es, sin duda, un gran avance en la materia, pero nace en un contexto económico de bonanza, y en ningún caso, se podían esperar las dificultades económicas que afectaron a las empresas españolas unos años después, por lo tanto, la Ley no regulaba apenas mecanismos para resolver las situaciones de preinsolvencia, y por ello, a partir de 2008 los Juzgados de lo mercantil, se vieron desbordados por los procedimientos concursales.

La grave situación económica sufrida por España y por el resto del mundo a partir de 2008, azotó también al sistema concursal. Muchas empresas, especialmente del sector de la construcción, necesitaban realizar acuerdos de refinanciación, y algunas de las resoluciones judiciales que fueron surgiendo al respecto, sobre restricciones crediticias, crearon miedo e incertidumbre en las refinanciaciones, que arrastraban también al sector bancario y a otros sectores auxiliares de la construcción. El gobierno promulgó el RDL 3/2009 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la crisis económica. En lo que al concurso afecta, el RDL 3/2009 modificó la Ley Concursal en los artículos 6 y siguientes, añadiendo entre otras cosas, la disposición adicional 4ª "acuerdos de refinanciación" además de añadir también un período de moratoria de hasta cuatro meses.

El nuevo marco legal fue rápidamente extendido y en el año 2009 se registraron muchas operaciones de refinanciación con un total de 14.930 millones de euros de los cuales el setenta y uno por ciento correspondía al

² La disposición adicional decimonovena de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, establece que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, debe remitirse a las Cortes Generales un proyecto de Ley Concursal.

sector de la construcción. Sin embargo, enseguida se advirtieron algunas disfunciones del nuevo sistema, como la ineficacia de la disposición adicional 4ª para poner freno a solicitudes oportunistas, la insuficiencia de la moratoria, y la falta de estímulos de las entidades financieras para ampliar los créditos³.

1.2.1. El concurso de acreedores. Concepto

Según García-Posada, M. y Mora-Sanguinetti, J.S. (2012) "El concurso de acreedores es un procedimiento legal que tiene como objetivo reconducir una situación de insolvencia de un prestatario bien a través de un convenio entre los acreedores y la empresa deudora o bien mediante la liquidación de esta. En el primer caso se fomenta un acuerdo entre las dos partes de tal forma que los acreedores recuperen la máxima proporción de crédito posible y la compañía continúe operando. En la liquidación, por el contrario, esta termina sus actividades y su patrimonio es dividido entre los prestamistas".

El art. 3 de la Ley Concursal (LC) establece, que el concurso puede ser solicitado por el propio deudor, cuando éste no sea capaz de hacer frente a sus obligaciones, es decir, sea insolvente, y es denominado "concurso voluntario", o puede solicitarlo cualquiera de los acreedores, "concurso necesario", en este caso, la situación de insolvencia se presume iuris tantum, (es decir que admite prueba en contrario), el acreedor deberá presentar los medios de prueba que acrediten los hechos en los que se basa para solicitar el concurso (art.7 LC), y el deudor, por su parte, será llamado a comparecer ante el juez en un acto en el que podrá oponerse a la solicitud del concurso, siempre aportando la documentación necesaria (art.15 LC).

Cuando el concurso es voluntario, el deudor conserva la capacidad de administración y disposición del patrimonio, aunque se verá sometido al control o autorización por parte del administrador concursal. Por otra parte, cuando el concurso es necesario, es la administración concursal la que asume las funciones de administración y disposición.

Según la propia Ley Concursal en su art.5, el deudor está obligado a solicitar el concurso en un plazo no superior a dos meses desde que se conoce la situación de insolvencia. En caso de no cumplirse, se podría incurrir en un concurso culpable (art.165.1 LC). En cambio, los acreedores no están obligados a solicitar el concurso, tan solo gozan de una facultad que les atribuye la Ley Concursal para solicitarlo.

La solicitud de declaración de concurso debe presentarse, tanto por parte del deudor, como de los acreedores, en el Juzgado de lo Mercantil del lugar donde tenga el domicilio el deudor. La situación legal de concurso se inicia con el auto de declaración del concurso regulado en el art.21LC. Según el art. 24 de la Ley Concursal el auto deberá publicarse en el BOE, el Registro Público Concursal, en el Registro Civil, (en caso de que el deudor sea persona física), o el Mercantil, (en caso de ser persona jurídica), o en otros registro

³ Nieto Delgado, C. Memento Concursal, Obra colectiva. Capítulo 1. Francis Lefebvre. 2013

públicos. El auto de declaración se ejecuta inmediatamente, a pesar de que puede ser recurrido, y supone la apertura de la fase común del concurso.

Tanto el deudor como los acreedores, que soliciten el concurso deberán aportar la documentación que recogen los art.6 y 7 de la LC.

- Si lo solicita el deudor, deberá presentar los documentos contables (si estuviese obligado a llevar contabilidad) o un inventario de bienes, una memoria de la actividad económica de los últimos tres años, y una relación de acreedores.
- Si lo solicita el acreedor, deberá aportar los datos relativos a su crédito: origen, importe, fechas de adquisición y vencimiento y la situación actual, además de todos los medios que pueda aportar para demostrar que el deudor no puede satisfacer la deuda. Además, la Ley Concursal en su artículo 2.4 prevé una serie de hechos concretos, en los que poder fundamentar la solicitud del concurso, como: incumplimiento general del deudor en el pago de sus obligaciones, concurrencia de embargos sobre la generalidad del patrimonio del deudor, alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de los bienes, o incumplimiento generalizado de las obligaciones en materia tributaria, seguridad social o laboral de las tres últimas mensualidades.

1.2.2. Fases del concurso de acreedores.

El concurso comienza con la presentación de la solicitud, ya sea por parte del deudor o de los acreedores, una vez presentada la solicitud en el Juzgado de lo Mercantil, corresponderá al juez, a la vista de los datos aportados, dictar Auto declarando el concurso, o por el contrario, desestimar la solicitud.

El auto de declaración del concurso recogido en el art.21 de la LC, contendrá: el carácter voluntario o necesario del concurso, los efectos sobre las facultades de administración del deudor, si proceden medidas cautelares...

Cabe destacar que la declaración del concurso no interrumpe la actividad, ya que rige el principio de conservación de la actividad empresarial. Pero sí supone una limitación de las facultades de disposición y administración del patrimonio. En el caso del concurso voluntario, el deudor conserva sus facultades, pero se somete a la intervención o autorización de la administración concursal. En el caso de concurso necesario, el deudor verá suspendidas sus facultades de administración y disposición y será sustituido por la administración concursal.

Las principales figuras del concurso de acreedores son:

- El juez: Es el órgano rector del concurso. Dirige, supervisa y controla todo el proceso del concurso y las actuaciones de los demás órganos.

- La administración concursal: asume las funciones de administración y gestión del patrimonio del deudor y delimita la masa activa y pasiva del concurso.
- La junta de acreedores: se convoca en la fase de convenio para que exprese la voluntad de todos los acreedores respecto de las distintas soluciones propuestas para llegar a un acuerdo.
- El Ministerio fiscal: actúa cuando las medidas que se acuerdan en la fase de convenio, afecten a derechos fundamentales del deudor.

En esta primera fase, se determinará si el concurso es voluntario o necesario, en función de quien lo haya solicitado, y ello supondrá que la administración concursal intervenga en la disposición y administración de los bienes del deudor, o que directamente le sustituya.

1.2.2.1. Fase común

Tras declarar el concurso y nombrar al administrador concursal, se abrirá la fase común, que se inicia con el auto de declaración del concurso y finaliza con la presentación del informe de la administración concursal.

En esta fase, la administración concursal determinará las masas activa y pasiva, que no es otra cosa que establecer todas las deudas reconocidas y los acreedores que tiene la empresa (masa pasiva) y todos los bienes de los que se dispone para satisfacer esas deudas (masa activa). La administración concursal, presentará el inventario de bienes de la masa activa y la lista de acreedores.

Los créditos pueden ser de dos tipos, créditos concursales y créditos contra la masa. El art.84 LC, es donde se establecen los créditos concursales y los créditos contra la masa, y los artículos 90, 91 y 92, los que determinan los tipos de créditos concursales.

- Los créditos contra la masa: son los que se generan tras la declaración del concurso. No son acreedores del concurso, ni votan el convenio. Estos créditos se pagan por completo, siempre que haya dinero para ello, y con carácter previo a los demás créditos⁴.
- Los créditos concursales: son los que se generan antes de la declaración del concurso, y se dividen en cuatro tipos: créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios, y créditos subordinados.

Una vez determinadas las masas activa y pasiva, la administración concursal debe presentar un informe, que debe contener un análisis de los datos y circunstancias expresadas por el deudor, así como el estado de las cuentas y su legalidad, y una memoria con las actuaciones y procedimientos llevados a cabo por la administración concursal. El plazo para presentar el

⁴ Destacan por ejemplo los salarios de los treinta días anteriores a la declaración del concurso o los gastos y costas de la solicitud y declaración del concurso.

informe será de dos meses en el procedimiento ordinario, y de un mes en el procedimiento abreviado.

Una vez que el informe de la administración concursal es definitivo, es decir, que se han resuelto las posibles reclamaciones sobre el inventario o la lista de acreedores, se inicia la fase resolutoria. El legislador pretende que el concurso se resuelva mediante el convenio, aunque, en los casos en que no sea posible, habrá que acudir a la liquidación de la empresa.

1.2.2.2. Fase de convenio.

Es la forma principal con la que la Ley Concursal intenta que finalice el concurso. Se trata de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores para satisfacer sus créditos y es necesario que el juez dicte sentencia aprobándolo. Esta medida está encaminada a mantener la actividad de la empresa. Se regula en el capítulo I del título V de la Ley Concursal, arts. 99 a 141.

El deudor puede presentar la propuesta anticipada de convenio, según establece la propia Ley Concursal en su art. 104, "desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario, y en ambos casos hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos". Y para que sea admitido a trámite según el art.106 LC, debe contar con la adhesión de al menos una quinta parte de los acreedores. Sin embargo, el convenio ordinario⁵, puede derivar tanto de una propuesta del deudor como de los acreedores.

La propuesta del convenio deberá contener proposiciones de quita, espera o de ambas⁶. La Ley Concursal establece unos límites de quita a la mitad de cada crédito y un límite de espera de cinco años.

Para la aprobación del convenio, se dan tres escenarios posibles:

- En primer lugar si el convenio es una propuesta anticipada, no es necesario que lo vote la junta de acreedores. Bastará con que se adhieran a la propuesta los acreedores en el plazo establecido y será necesario que se adhieran acreedores por un importe de al menos la mitad del pasivo.
- Si la propuesta es ordinaria, es decir se produce en la fase de convenio, se votará en la junta de acreedores, siendo necesario el voto de al menos la mitad del pasivo ordinario.
- Por último, la Ley Concursal establece medidas favorables a la resolución por convenio y en caso de que se acuerde el pago de los créditos íntegros (sin quita) en un plazo no superior a tres años, o se acuerde el pago inmediato (sin espera), con una quita inferior al veinte por ciento, es suficiente el voto de la mayoría simple.

⁵ El convenio que no proviene de una propuesta anticipada.

⁶ La quita es una reducción o condonación de los créditos, y la espera es un aplazamiento en el pago.

En los convenios se pueden presentar además, cláusulas de otro tipo, como la posible conversión del crédito en acciones, la enajenación de bienes o derechos, o cláusulas de continuación de la actividad empresarial.

El convenio afecta en principio solo a los créditos ordinarios, los créditos privilegiados solo se verán vinculados, si votaron a favor del convenio, o si se adhieren a él posteriormente. Tras la aprobación, el convenio adquiere eficacia jurídica, se cesa a los administradores concursales, que deberán dar cuenta de su actuación, y se establecen los términos del convenio. Cuando el deudor cumpla el convenio, deberá solicitar al Juez que dicte auto de cumplimiento del convenio, y una vez que el auto sea firme, el juez dictará auto de conclusión del concurso. En caso de incumplimiento, los acreedores pueden solicitar la declaración de incumplimiento con los efectos previstos en el art. 140 de la LC.

1.2.2.3. Fase de liquidación.

Esta solución es alternativa al convenio. La puede solicitar el deudor, puede declararse de oficio o a propuesta de los acreedores. La liquidación de oficio o a propuesta de los acreedores, solo puede darse cuando no se alcance convenio o éste se incumpla. La liquidación se regula en el capítulo II del título V, arts. 142 a 162 de la Ley Concursal.

El deudor puede solicitar la liquidación como solución al concurso, liquidación voluntaria, o como alternativa al convenio, liquidación necesaria. Y también cuando una vez aprobado el convenio, el deudor sea incapaz de cumplir lo pactado.

El juez podrá ordenar la liquidación de oficio cuando no se dé propuesta de convenio por ninguna de las dos partes, o cuando no se llegue a un acuerdo.

La liquidación consiste en la venta de la masa activa del concurso para repartir lo obtenido entre los acreedores de manera proporcional. No obstante, también hay que tener en cuenta la protección de la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo, que la Ley Concursal establece en su art. 149.1.

La fase de liquidación implica que, si no lo ha hecho ya, la administración concursal tome el control de la empresa. Deberán presentar un plan de liquidación de la masa activa, y deberán escuchar propuestas del deudor, los acreedores o los trabajadores. La liquidación debe aprobarla el juez. Y en caso de que no se llegue a un acuerdo en la realización del plan de liquidación, la Ley establece en el art.149 una serie de reglas o medidas para llevar a cabo la liquidación tales como: la enajenación preferentemente de todo el conjunto productivo como uno solo, la trasmisión mediante subasta, o la protección de los trabajadores en caso de extinción del contrato, entre otras.

Una vez llevada a cabo la liquidación, los créditos se satisfarán en el siguiente orden:

- Primero, los créditos contra la masa, deducidos de la masa activa.

- Segundo, los créditos con privilegio especial, con cargo a los bienes que afecten directamente.
- Tercero, los créditos con privilegio general.
- Cuarto, los créditos ordinarios, a prorrata con los bienes y derechos que resten, más la parte de créditos privilegiados especiales que no haya sido satisfecha con los bienes afectados.
- Y, por último, los créditos subordinados.

CAPITULO II

PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY CONCURSAL INTRODUCIDAS POR LA LEY DE EMPRENDEDORES EN 2013 Y POR EL REAL DECRETO LEY 1/2015 DE MECANISMOS DE SEGUNDA OPORTUNIDAD.

2.1. Introducción.

Desde 2009, el legislador pretende adaptar la Ley Concursal a la difícil situación económica y social que atraviesa España. Para ello, modifica aspectos relativos a la refinanciación, persigue la desjudicialización, y simplifica el procedimiento concursal. Hasta la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, la mayoría de reformas se basan en modificar aspectos relacionados con la refinanciación, o la reforma de aspectos concretos de la redacción de determinados artículos. La Ley de Emprendedores entre otras cosas, añade un nuevo título, "el acuerdo extrajudicial de pagos", que supone un mecanismo preconcursal y extrajudicial para tratar de resolver las situaciones de insolvencia sin llegar al concurso. Concretamente es en los artículos 21 y 31 de la Ley de Emprendedores en los que se modifica la Ley Concursal.

En 2015, el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera, y otras medidas de orden social, introduce en su artículo 1, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y modifica la redacción de los artículos del acuerdo extrajudicial de pagos, para adaptarlos a las reformas en materia de exoneración de deudas.

2.2. Modificaciones provocadas por la creación del acuerdo extrajudicial de pagos.

A pesar de que la gran novedad, se encuentra en el punto 7 del artículo 21 de la Ley de emprendedores, en el que se recoge el título de nueva creación, "el acuerdo extrajudicial de pagos", hay otras pequeñas modificaciones que afectan principalmente a la redacción de algunos artículos de la Ley Concursal.

El art. 21.1 de la Ley de Emprendedores (LE) dispone: "se modifica el apartado 1 del artículo 3 de la LC que queda redactado de la siguiente manera: 1. Para solicitar la declaración de concurso están legitimados el deudor, cualquiera de sus acreedores y el mediador concursal cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de esta Ley". Hasta este momento, los únicos legitimados para solicitar el concurso eran el deudor y sus acreedores, ahora, con la introducción del citado mecanismo preconcursal lo que se hace es incluir al mediador concursal como parte legitimada para solicitar el concurso, cuando se realice a través del nuevo procedimiento del Título X

En el apartado 2 del art. 21 LE, se modifica el artículo 5 apartados 1, 3 y 4 de la Ley Concursal. Se añade un párrafo sobre cómo debe comunicarse la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, y cómo se debe dejar constancia de ella. El citado precepto dispone que la comunicación de la apertura de negociaciones al juez competente, corresponderá, de oficio, al registrador mercantil o notario encargado de designar al experto independiente. Y será el secretario judicial quien deje constancia de la comunicación.

El apartado 3⁷ modifica el primer párrafo del artículo 15.3 de la Ley Concursal. Aclara que tan solo el deudor o el mediador concursal pueden solicitar el concurso en los tres meses siguientes a la comunicación del artículo 5 bis.

El apartado 4 modifica el artículo 71.6.2º LC. Elimina de la redacción la frase concreta, en la que establece que el experto independiente será designado "a su prudente arbitrio" por el registrador mercantil. Estableciendo simplemente, que será designado por el registrador mercantil. Esta modificación viene relacionada con la introducida por el artículo 31, en la que se establecen los criterios para el nombramiento del experto independiente.

El apartado 5 modifica el artículo 178 apartado 2 de la Ley Concursal y queda redactado de la siguiente manera: " 2. 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, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y 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".

Esta modificación es importante en cuanto que puede librar al deudor de pagar los créditos restantes, cosa que con la regulación anterior, el deudor quedaba responsable del pago de los créditos restantes. Se da un paso hacia el "fresh start"⁸.

El apartado 6 modifica el artículo 198 apartado 1 de la Ley Concursal, añade una tercera sección al registro público concursal dependiente del Ministerio de Justicia. En esta nueva sección, es donde se hará constar la apertura de negociaciones para alcanzar los acuerdos extrajudiciales de pago y su finalización.

El apartado 7 recoge el Título X, el acuerdo extrajudicial de pagos.

El apartado 8 introduce una nueva disposición adicional, la disposición adicional séptima. Tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos. En la que se establece que el Título X no es aplicable a los créditos de derecho público.

Y finalmente el apartado 9 del artículo 21 de la Ley de emprendedores, introduce una nueva disposición adicional, la disposición adicional octava. En la que se aborda el tema de la remuneración de los mediadores concursales, que equipara la remuneración del mediador a la remuneración de los administradores concursales. Esto ha sido modificado por el RDL 1/2015

⁷Del artículo 21 de la Ley 14/2013 de emprendedores. Ídem para los siguientes apartados 4,5,6,7,8 y 9

⁸ En derecho se traduce el "fresh start" como segunda oportunidad o empezar de cero, que es lo que supone la cancelación de las deudas que introduce esta reforma, si bien con ciertas limitaciones.

debido a la problemática de aplicar la remuneración basada en arancel sobre un proceso de concurso, en un mecanismo preconcursal como el acuerdo extrajudicial.

2.3. Modificaciones sobre los acuerdos de refinanciación.

La Ley Concursal no regula los acuerdos de refinanciación hasta la modificación llevada a cabo por el RDL 3/2009. En concreto, el legislador lo que hace es proteger ciertos acuerdos ante la rescisión de actos que prevé el art.71 de la LC en caso de concurso.

Según la Ley, se entiende como acuerdos de refinanciación "los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible, o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras obligaciones contraídas en sustitución de aquellas"⁹. Siempre que respondan a un plan de viabilidad a corto y medio plazo.

Son por tanto el primer mecanismo preconcursal, que mediante la obtención de nuevos créditos o la modificación de los existentes, permiten al deudor superar la situación de insolvencia antes de llegar al concurso.

Los acuerdos de refinanciación, han sido modificados por las sucesivas modificaciones de la Ley Concursal hasta establecer una serie de acuerdos que pueden ser rescindidos y otros que no. La Ley de emprendedores en el apartado uno del artículo 31, introduce en la Ley Concursal, un nuevo artículo 71 bis. Este hace referencia al nombramiento del experto por el Registrador¹⁰. Estableciendo las previsiones a las que se debe ajustar el experto que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación.

Hasta la introducción de este artículo, la Ley establecía que para designar al experto independiente, el registrador se basase en el "prudente arbitrio" del Registrador, lo cual era un concepto jurídico indeterminado.

El texto exacto de esa reforma ya no está en vigor, pero sirvió de base para regular eficazmente los acuerdos de refinanciación y que se convirtiesen en el verdadero instrumento preconcursal, que tanta falta hacía en el derecho concursal español. Y tanto es así, que a raíz de los acuerdos de refinanciación, el legislador comienza a trabajar en otras soluciones extraconcursales.

En base a todos estos cambios, tanto los que introduce el artículo 21 como los del artículo 31 de la Ley 14/2013 de emprendedores, que giran todos en torno al nuevo Título X "El acuerdo extrajudicial de pagos", se puede afirmar que esa es la gran modificación que la Ley de emprendedores hace de la Ley Concursal. El resto, son la adaptación de todo el sistema concursal a este nuevo "proceso" que da respuesta al problema de que el concurso de

⁹ Disposición adicional 4ª de la Ley Concursal

¹⁰ Tras las reformas posteriores el art.71 bis de la Ley Concursal paso a denominarse: "Régimen especial de determinados acuerdos de refinanciación".

acreedores es un procedimiento excesivamente largo, y con costes muy altos que acaban perjudicando todavía más la débil economía de los deudores. Según diversos informes de PWC¹¹ el noventa y cinco por ciento de los concursos de acreedores acaban en la liquidación definitiva, y es que aquí se ve el concurso como el último paso antes de la quiebra definitiva. Por eso esta reforma del acuerdo extrajudicial de pagos parece el camino adecuado, para que se utilice el concurso, cuando se produzcan situaciones de insolvencia, y que el sistema pueda actuar rápido, para solucionar los problemas lo antes posible y que las empresas puedan continuar su actividad. Como ocurre en otros países europeos, en los que se declaran muchos más concursos, pero la mayoría de ellos no suponen la liquidación definitiva de la empresa.

2.4. La exoneración del pasivo insatisfecho.

Según la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley 1/2015 se mejora la redacción del acuerdo extrajudicial de pagos introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas. Pero no por ello, se descuida la protección de los acreedores frente a insolvencias estratégicas, estableciéndose controles y garantías para evitarlas.

El apartado primero del artículo 1 del RDL 1/2015, modifica la redacción del apartado 2 del artículo 178 para adaptarlo al nuevo artículo 178 bis, que introduce el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

La exoneración del pasivo insatisfecho es la principal novedad introducida por la reforma de 2015, el resto de las modificaciones afectan a la redacción de los artículos del acuerdo extrajudicial de pagos, que tras un año y medio de vigencia, sufre una profunda modificación de redacción y contenido.

El punto tres del apartado primero del art.1 modifica los apartados 3 y 4 del artículo 176bis, en los que se añade un párrafo para hacer remisión a la solicitud de la exoneración del pasivo insatisfecho y remitirse al art.178bis.

Y en el apartado segundo del art.1 se modifica la redacción de los artículos 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 241 y 242 de la Ley Concursal que desarrollan el acuerdo extrajudicial de pagos, y además se introducen el art. 238bis. Y el art. 242bis.

Con la introducción de la exoneración del pasivo insatisfecho, se da respuesta, a un sector de la doctrina que abogaba por el ya mencionado "fresh

¹¹ PriceWaterhouseCoopers (PWC) es una de las principales empresas de servicios de auditorías, consultorías, asesoramiento legal y fiscal, que presta servicios a empresas, instituciones y gobiernos a nivel global. Y que emite informes y documentos como los citados a continuación, sobre el concurso de acreedores.

Bujidos, E., Marqués, I., Fernández, A., PricewaterhouseCoopers, "Análisis económico de los concursos en España".

Ramos, T., Amorrinch, A., PWC, "Temas candentes de los procesos concursales".

start", e incluso a recomendaciones de la propia Unión Europea¹², ya que el derecho concursal en otros países europeos, recoge mecanismos similares, tanto de acuerdos preconcursales como de mecanismos de segunda oportunidad.

¹² Dirección general de empresa de la Comisión Europea. El proyecto del "procedimiento best" sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo, informe final del grupo de expertos. (2003).

En este proyecto se realizan entre otras recomendaciones a los Estados miembros, la de la rápida liberación de responsabilidad por deudas pendientes, decisiva para promover el nuevo comienzo y la actividad empresarial.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El Crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia" (SOC/265 Crédito y exclusión social)

En el que se ponen de manifiesto que los diversos sistemas de exoneración de deudas establecidos por los países miembros, o incluso la ausencia de regulación al respecto, supone una desigualdad de oportunidades e injusticia social.

CAPITULO III

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

3.1. Introducción.

El Preámbulo de la Ley 14/2013 de 27 de diciembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, establece como punto de partida para estas modificaciones "la grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales que viene atravesando el país desde 2008", en este caso concreto, con la creación del acuerdo extrajudicial de pagos, lo que se pretende es prever un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, tanto de personas físicas como jurídicas, similares a los de otros países vecinos.

La Ley Concursal, no se caracteriza precisamente por los mecanismos preconcursales y extrajudiciales de resolución del concurso. Lo que unido al aumento del número de concursos (que se produjo a partir del año 2008, donde casi se triplicó el número respecto al año anterior, y en 2009 donde se duplicó y alcanzó la cifra de 6.197¹³ concursos según datos del INE, cifra que se mantuvo en 2010 y 2011 y que de nuevo aumentó en 2012, llegando a los 9.937 concursos en 2013), puso de manifiesto la escasez de recursos personales y materiales de los juzgados, que se vieron desbordados por el enorme volumen de trabajo que les llegó.

Esta escasez de recursos, junto con el miedo de los emprendedores al concurso, supone un freno al emprendimiento. Como afirma Prats Albentosa. L "En la mente del legislador ha estado presente, de un lado, la constatación de que el temor al concurso, y a sus efectos sobre el deudor, disuade a no pocas personas de iniciarse en esa aventura que ahora se denomina emprender. Pero, de otro lado, también ha estado presente la constatación empírica de que la rigidez del proceso concursal -y sus nada desdeñables costes- está constituyendo, en sí mismo, un lastre de gran importancia para la superación de la crisis en nuestro país".¹⁴

Por ello el legislador dota al sistema concursal con este nuevo procedimiento rápido, ágil y económico, para tratar de solucionar esas carencias. Se crea el Título X, que añade doce artículos (del 231 al 242) a la Ley Concursal, además de las dos disposiciones adicionales ya comentadas.

El nuevo acuerdo extrajudicial de pagos carece de precedentes en el ordenamiento jurídico español, pero sí está regulado en nuestros países vecinos, como Francia, Italia o Alemania, que regulan mecanismos similares (pero con sus peculiaridades cada uno).

Finalmente, el 27 de febrero de 2015 se aprueba el Real Decreto-Ley 1/2015, de mecanismos de segunda oportunidad. Que surge, según afirma su propia Exposición de Motivos, en un nuevo escenario económico, en el que la economía española empieza a dar síntomas de recuperación, pero en la que todavía quedan muchos ciudadanos que siguen lastrados por los efectos de la crisis. Por tanto son necesarios los mecanismos de segunda oportunidad, para

¹³ Tabla 3166 Deudores concursados por naturaleza jurídica. INE.

¹⁴ Prats Albentosa, L., Diario La Ley, 1041/2014, 5 de marzo de 2014.

incentivar que los fracasos económicos ocurridos durante la recesión, no supongan un freno a la capacidad emprendedora y por tanto a la propia economía.

Según Carmen Sennes "La Ley 14/2013 es un texto normativo cuya lectura inicialmente produce desconcierto, pero que a medida que se profundiza en su contenido casi genera desolación. (...) sino, fundamentalmente, porque ningún cuidado se ha puesto en la precisión terminológica que requiere cualquier norma jurídica (...) "¹⁵. Este Real Decreto, modifica la articulación y redacción de los artículos del título X "El acuerdo extrajudicial de pagos" y añade dos nuevos artículos, el art.238 bis y el 242 bis.

3.2. El acuerdo extrajudicial de pagos en nuestros países vecinos.

Como ya mencionaba antes, el legislador se basa en los procesos de negociación extrajudicial que regulan los países vecinos, y así lo establece la propia exposición de motivos de la ley 14/2013. Destacamos tres países por proximidad y por ser en los que más regulación encontramos al respecto, Francia, Italia y Alemania.

En Francia existen dos sistemas similares en cuanto a la finalidad se refiere, por un lado en su código de comercio, se regula el "mandatario ad hoc" es un procedimiento flexible, en el que se nombra un mandatario para cada situación concreta cuya función es la de aproximar a las partes a negociar para alcanzar un acuerdo extra concursal privado. El otro sistema es de conciliación, en este caso, el deudor solicita al tribunal que nombre un conciliador para mediar en las negociaciones con el fin de alcanzar un acuerdo, con carácter contractual y con total libertad para que las partes acuerden lo que quieran.

En Italia también existen dos sistemas que regulan acuerdos extraconcursoales, en el primero, se establece la vigilancia de un administrador del convenio, es decir el deudor y los acreedores pueden llegar a un acuerdo que permita seguir manteniendo la actividad empresarial, sometiéndose a vigilancia de un administrador. En el segundo caso, se regula el concordato preventivo, que consiste en un convenio en el que el deudor propone una reestructuración de deudas. Es controlado por el juzgado del lugar del domicilio del empresario, y el procedimiento puede ser admitido o inadmitido. Si no se admite, se decretará de oficio la insolvencia del empresario.

Y por último en Alemania, existe una regulación muy reciente. Desde 2011 cuentan con un procedimiento de preinsolvencia, que establece imponer a los deudores una serie de medidas para que cumplan sus obligaciones mediante un acuerdo extrajudicial, y en caso de incumplimiento o fracaso del acuerdo, se procederá a la liquidación mediante un procedimiento concursal especial.

Como veremos a continuación cuando profundicemos en el acuerdo extrajudicial de pagos, nuestro legislador ha captado la idea general de resolver

¹⁵ Sennes, Carmen. Revista de Derecho Civil, vol.1 enero-marzo 2014.

la insolvencia con un procedimiento rápido y ágil, al margen del sistema judicial, pero en estrecha relación con éste, ya que en el caso de fracaso del acuerdo, se acaba declarando el concurso. Aunque la idea general es buena, se ha dejado por el camino aspectos en mi opinión muy importantes como la libertad del sistema francés para tomar acuerdos.

3.3. El procedimiento detallado del nuevo acuerdo extrajudicial de pagos.

Cualquier persona física o jurídica, en situación de insolvencia, y que cumpla los requisitos que marca la Ley Concursal en su art 321, podrá presentar la solicitud ante el registrador mercantil o el notario dependiendo de la obligación o no, de estar inscritos en el Registro Mercantil, o ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicio y Navegación de España.

El registrador, el notario o la Cámara designarán a un experto independiente cualificado, denominado "mediador concursal", para que impulse el proceso asegurando los requisitos de publicación y publicidad.

El procedimiento es sencillo, es responsabilidad del mediador tras comunicar el inicio del procedimiento al Juez, y analizar toda la documentación que sea necesaria, convocar a todos los acreedores a la reunión para intentar aprobar un plan de pagos o un eventual acuerdo de cesión de bienes. La ley no es muy flexible en cuanto a posibilidades de negociación, estableciéndose quitas de hasta el veinticinco por ciento y esperas de hasta tres años. La asistencia a esta reunión es muy importante, y así lo ha entendido el legislador, que la ha incentivado de tal manera que los acreedores que no acudan o no comuniquen previamente su adhesión o no, verán cómo sus créditos son calificados como subordinados. La Ley establece porcentajes de adhesión para aprobar los acuerdos del sesenta por ciento, o del setentaicinco en los casos en que se proponga la cesión de bienes en pago.

Si el procedimiento fracasa, ya sea por no alcanzarse un acuerdo, o porque éste se incumple, el proceso sirve de tránsito al concurso con las especialidades previstas en la Ley, en lo que se ha denominado concurso consecutivo, en el que, por norma general, será nombrado administrador concursal, el mismo mediador concursal que condujo el acuerdo extrajudicial de pagos.

3.3.1. Los presupuestos:

El artículo 231 de la Ley Concursal, es el que regula los sujetos legitimados para solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos. La ley establece que es el deudor ya sea persona física o jurídica, el único legitimado para solicitarlo. En el Real Decreto-Ley 1/2015, se han modificado algunos aspectos de la redacción de este artículo, introduciendo causas por las que no se puede solicitar el concurso de acreedores. Y como novedad en 2015, se introduce la

posibilidad de que el deudor persona natural, pero que no sea empresario, pueda acudir al acuerdo extrajudicial de pagos.

En primer lugar el artículo 231 nos remite al art. 2 de la LC para tratar las situaciones de insolvencia del deudor persona natural, en lo denominado presupuesto objetivo, y en concreto en el art. 2.2 se trata la insolvencia actual, y en el art.2.3 la inminente o futura.

En el caso del empresario persona natural, abarca un concepto amplio de empresario, incluyendo a los autónomos, a los profesionales y a los que considere la legislación de la Seguridad Social. En ambos casos deben cumplir los requisitos de insolvencia del art.2 LC y además, que su pasivo no supere los 5 millones de euros, que en el caso del empresario persona natural, deberá acreditar aportando el balance de situación.

Al igual que en el caso del empresario persona natural, el concepto de persona jurídica se utiliza en sentido amplio, estableciéndose en la Ley Concursal que se consideran como tal, sean o no sociedades de capital y que en caso de ser declaradas en concurso cumplan los límites del art.190 de la LC¹⁶ y que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

A pesar de que el RDL 1/2015 modifica la redacción de algunos apartados, no corrige lo que parece un error de redacción, ya que el art 231.1 otorga la capacidad de solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos al deudor persona natural, en situación de insolvencia actual o inminente; mientras que para el deudor persona jurídica, solo se recoge la situación de insolvencia actual¹⁷ (art. 231.2). No parece tener sentido que para el resto del sistema concursal, el art.2 de la LC no haga distinción entre la insolvencia actual o inminente de deudores ya sean personas físicas o jurídicas, y aquí, en el acuerdo extrajudicial de pagos, que no deja de ser un instrumento más del sistema preconcursal, se establezca esa distinción. La doctrina en general parece entender que también las personas jurídicas pueden solicitar el acuerdo extrajudicial cuando tengan conocimiento de que no van a poder hacer frente a sus deudas, sin necesidad de que ya hayan dejado de cumplir sus obligaciones. Puesto que el objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos no es otro que alcanzar un acuerdo con los acreedores que permita la continuidad de la actividad empresarial.

¹⁶ El art. 190 de la Ley Concursal regula el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado, cuando considere que no reviste especial complejidad atendiendo a: que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores, que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros, o que la valoración de los bienes y derechos no alcance los 5 millones de euros.

¹⁷ El art.231 de la Ley Concursal hace referencia expresa al presupuesto objetivo recogido en el art.2 de la LC respecto al tema de la insolvencia, y dice textualmente: art. 2.2: "se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles". Y el art. 2.3: "...deberá justificar su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

Aun así, en mi opinión, no deja de ser un descuido por parte del legislador, ya que la interpretación literal del artículo 232.3 establece que se puede inadmitir la solicitud si el deudor no justifica el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos, como en este caso es textualmente "la insolvencia actual".

La Ley Concursal, deja claro que tan solo el deudor puede solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, se excluyen a los acreedores, ya que se entiende que la voluntad de negociar las deudas ante situaciones de insolvencia, corresponde al deudor. Y no solo nos da los requisitos que hay que cumplir para poder acceder al acuerdo, sino que también establece unas causas que aun cumpliendo los requisitos, impiden el acceso.

En el mismo art. 231 se establecen dos condiciones que vienen a premiar la buena conducta del deudor, de tal manera que no podrán formular la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos:

- Los condenados por delito contra el patrimonio, falsedad documental, delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social o contra el derecho de los trabajadores, en los diez años anteriores.
- Las personas que hubiesen alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores en los cinco años anteriores, o que se encuentren en concurso de acreedores. "Esta medida pretende evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos, el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia inicial, no a la persistente"¹⁸.

Además según el propio artículo 231, no se podrá iniciar el acuerdo extrajudicial, si cualquier acreedor que se vea vinculado por el acuerdo, ha sido declarado en concurso.

3.3.2. La solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos.

La solicitud se hará mediante un formulario normalizado, y se debe presentar en el Registro Mercantil del domicilio del deudor, cuando sean empresarios inscritos en él. El resto de deudores, la deben presentar ante el notario de su domicilio. Las personas jurídicas o personas naturales empresarios podrán también presentar la solicitud ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España. La solicitud está regulada en el art.232 de la LC.

En la solicitud el deudor debe aportar la lista de acreedores y un inventario que incluya: el efectivo y los activos líquidos, los bienes y derechos de los que es titular, los ingresos previstos, los contratos vigentes, y los gastos mensuales. Si no se presenta algún documento o se hace de manera incompleta, según el art.232.2 o se incumplen los requisitos del art.231, el receptor de la solicitud, es decir, el Registrador Mercantil, el

¹⁸ Senés, C. El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?. Revista de Derecho Civil, vol. 1, núm.1 (enero-marzo 2014)

notario o la Cámara Oficial, no admitirá la solicitud. Si el defecto es subsanable, se concede al solicitante un plazo de cinco días, si no es subsanable, se inadmite la solicitud, sin perjuicio de que pueda presentarse nuevamente cuando se cumplan los requisitos.

Una de las novedades que introduce el RDL 1/2015, y se recoge en el art.232.3 de la LC es que si el deudor es persona casada (y no está en régimen de separación de bienes), y la vivienda familiar es propiedad de ambos cónyuges y puede verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud del acuerdo debe realizarse por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro. El legislador se refiere a una posible cesión en pago de la vivienda habitual, ya que si el acuerdo extrajudicial de pagos solo supone una reestructuración del pasivo, la vivienda habitual no se vería afectada. Pero si se produjese la cesión en pago, ambos cónyuges deberán formalizar la cesión. El legislador pretende que llegado el caso el cónyuge no pudiese invocar el art. 1320 del Código Civil¹⁹, para no prestar su consentimiento²⁰.

3.3.3. Nombramiento del mediador concursal.

Según el art. 233, el mediador concursal puede ser una persona natural o jurídica, elegida de entre los que figuren en la lista del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El registrador o notario competente, procederá al nombramiento del mediador concursal. Y en caso de que la solicitud se haya dirigido a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, será la propia cámara a través de una comisión de mediación la que asuma las funciones. Una vez aceptado el cargo, el órgano designante, el notario, el registro Mercantil, o la Cámara, lo notificarán a los registros públicos competentes, al registro Civil, al Juez Mercantil que deba conocer del concurso, y lo publicará en el Registro Público Concursal. También lo comunicará a la Agencia Tributaria, a la Seguridad Social, y a los representantes de los trabajadores, haciéndoles saber su derecho a personarse en el proceso.

La elección del mediador debe hacerse de manera secuencial, es decir, el que corresponda de la lista oficial del Registro de Mediadores, excepto cuando la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos se realice ante una Cámara Oficial, que será la propia Cámara la que asuma las funciones de mediación, según la Ley de Cámaras Oficiales 4/2014, donde se establece que deberán crear una comisión encargada de la mediación, que deberá contar con al menos un mediador concursal.

La figura del mediador concursal, es sin duda, una de las más importantes del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que en gran medida, el

¹⁹ El art.1320 del Código Civil: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial".

²⁰ Cabanas Trejo, R. y Ballester Azpitarte, L. Nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos. Boletín jurídico mensual, 4 de marzo de 2015

resultado dependerá de su actuación. Algunas de sus funciones son comprobar el importe de las deudas y elaborar el plan de pagos. Tiene que recabar toda la información posible, para realizar un análisis de la situación del deudor, conocer la estructura del pasivo y la relación de acreedores, para elaborar el plan de pagos y tratar de llegar a un acuerdo. Según el art.233.1, el mediador deberá reunir los requisitos para ser mediador en asuntos civiles de acuerdo con la ley 5/2012 de 6 de julio, y para actuar como administrador concursal, según el art. 27 de la propia Ley Concursal, lo cual parece lógico, puesto que las funciones de este mediador van a ser más complejas que las del mediador en asuntos civiles, por tanto, es necesario que tenga conocimientos sobre la legislación concursal.

En este sentido se pronuncian autores como Carrasco Perera, A. que opina que en realidad, esta figura se asemeja bien poco al mediador de asuntos civiles y mercantiles que recoge la ley 5/2012, y es que atendiendo al art.1 de la citada ley: "se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador". En el art. 13 se establece la actuación del mediador, donde destaca "facilitar la comunicación entre las partes". Pues bien, el mediador concursal, excede totalmente esas funciones, desde el momento en que tiene que elaborar el plan de pagos y enviárselo a los acreedores, antes incluso de la reunión entre las partes, y en el que pueden figurar medidas tales como quitas y esperas. Además en caso de que un acreedor no atienda la llamada del mediador y no acuda a la reunión, sus créditos serán calificados como subordinados, por tanto ya no existe ese principio de voluntariedad para negociar entre las partes que recoge la mediación. El mediador, también tiene que hacerse cargo de supervisar el cumplimiento del acuerdo. Por tanto, con las funciones y la autoridad que se concede al mediador concursal, se pierde el mayor beneficio de la mediación, que es precisamente el hecho de que sea un tercero imparcial el que ayude a las partes a dialogar para alcanzar un acuerdo. Y como indica Carrasco Perera, A. "no parece correcto que se califique a esta figura como "mediador" sujeto a la Ley 5/2012".²¹

Al margen de estas consideraciones semánticas, y como afirma Castillejo Manzanares, R.²² la efectividad del mediador tampoco está clara, basándose en el hecho de que en caso de que no se alcance un acuerdo extrajudicial de pagos, y se acabe declarando el concurso consecutivo, el mediador concursal será nombrado administrador concursal (art. 242.2ª LC). Y es aquí donde se plantea el problema, tanto de la remuneración, como de la confidencialidad. Por eso, esta figura tan importante deja dudas sobre si es la adecuada.

Se puede dar el caso, de que el propio mediador concursal, tenga interés en que no se alcance el acuerdo extrajudicial, para que se alargue el proceso, se llegue al concurso consecutivo y por tanto obtener más

²¹ Carrasco Perera, A. "Los nuevos Mediadores Concursales". Editorial Aranzadi. Num872/2013.

²² Castillejo Manzanares, R. "La figura del Mediador Concursal en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos".

ingresos. La propia Ley Concursal en la disposición adicional octava, establece que la retribución del mediador concursal, se ajustará a lo establecido para la remuneración del administrador concursal, que mientras no se desarrolle reglamentariamente como prevé el art.34 de la LC, está regulada en el RD1860/2004 de 6 de septiembre. Esta norma, es muy difícil de aplicar ya que no está diseñada para la remuneración del mediador concursal y no se recogen las funciones y actuaciones que éste desarrolla. La doctrina mayoritaria considera de aplicación el art.4.1 sin aplicar los art.5 y 6, remunerando como en la fase común al administrador concursal. Pero también cabría la aplicación del art 9.1 que regula la remuneración en la fase de convenio, por similitud con el acuerdo extrajudicial de pagos.

El art.233 tampoco aclara quién debe fijar la remuneración del mediador concursal, cabe la posibilidad de que la acuerde el propio mediador concursal, o de mutuo acuerdo con el deudor, aunque la teoría más aceptada, es que sea establecida por el Registrador Mercantil o el notario, en función de quien reciba la solicitud y realice el nombramiento²³. Aunque como afirma Alfonso Sánchez, R. "nadie mejor que el Juez de lo Mercantil competente para dar cuenta del posible concurso consecutivo, para determinar la retribución del mediador"²⁴.

Si finalmente, se declara el concurso consecutivo, el art.242.2^a de la LC establece que el mediador, nombrado administrador concursal no podrá percibir más retribución que la fijada en el expediente extraconcursal. En este apartado, caben dos posibles interpretaciones; que el administrador concursal no va a recibir retribución alguna por esta nueva actuación, incentivando así, a que se intente alcanzar con éxito el acuerdo extrajudicial de pagos. Pero este supuesto pierde sentido, en el caso excepcional previsto por la Ley, de que el administrador concursal no sea el mismo que el mediador concursal, en cuyo caso, debería ver sus servicios retribuidos. Por tanto si este administrador tiene derecho a remuneración, el mediador que pasa a ser administrador no debería recibir una sanción económica al realizar el trabajo. En este sentido se manifiestan Aznar Giner, E., Baena, P.J o Alonso Sánchez, R. que entienden, que el mediador concursal convertido en administrador concursal, tendrá derecho a dos remuneraciones, una por el expediente extraconcursal, y otra, que no podrá superar a la fijada en dicho expediente, por su actuación en el concurso consecutivo. La Ley Concursal, establece este límite a la retribución del administrador debido a la complejidad para establecerla en un concurso en el que es simultánea la fase común y la de liquidación²⁵.

El principio de confidencialidad del mediador concursal regulado en el art.9 de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles²⁶, pierde su

²³ Aznar Giner, E. "Mediación concursal". P 115. (2014)

²⁴ Alfonso Sánchez, R. "La mediación en asuntos mercantiles" (2014) P.494

²⁵ Ídem.

²⁶ Art.9 de la Ley 5/2012. confidencialidad: 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, (...). 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un

efectividad en caso de que se llegue al concurso consecutivo, y aquí cabe cuestionarse, si el deudor, dará toda la información al mediador, aun a sabiendas de que en caso de que se llegue al concurso, esta información podría ser utilizada en su contra. En este sentido se pronuncia Castillejo Manzanares, R.²⁷

La Ley Concursal otorga al Juez la posibilidad excepcional, de nombrar como administrador concursal a una persona distinta del mediador concursal, debiendo establecer la "justa causa" en el auto de declaración del concurso. Autores como Díaz Moreno y Jiménez Sánchez (2014) citan a modo de ejemplo causas como la enfermedad sobrevenida, problemas personales, actuación deficiente o negligente en la mediación, o el incumplimiento de los deberes del cargo desarrollado.

En la nueva redacción del art.233.1, introducida por el RDL 1/2015 se establece que la retribución del mediador concursal se regulará reglamentariamente, y en función del deudor, el activo y el pasivo, y el resultado de la mediación. Es un intento de solucionar el problema del posible interés del mediador en que fracase el acuerdo extrajudicial de pagos, pero mientras no se desarrolle ese reglamento no se aclara la situación.

El legislador también en aras de acabar con el problema de la "confidencialidad" dota de una nueva redacción al art.242.2ª estableciendo que en el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador que continúe como administrador concursal. Lo cual no deja dudas, pero no soluciona el posible problema de que el deudor no confié plenamente en el mediador.

3.3.4. La negociación y el acuerdo extrajudicial de pagos.

I. La convocatoria de los acreedores:

El mediador deberá comprobar los datos y la documentación aportada, y la existencia y la cuantía de los créditos, en un plazo de diez días desde la aceptación del cargo, y convocará al deudor y los acreedores a una reunión que se celebrará en un plazo máximo de dos meses. La convocatoria se realizará por conducto notarial, o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita que asegure la recepción. (Art. 234 de la Ley Concursal)

procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo.

²⁷ Castillejo Manzanares, R. "La figura del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos" (2013).

Según afirman Carazo González, I. y Domínguez Ruiz, G.²⁸, Este plazo de diez días, es corto para que el mediador concursal pueda comprobar los créditos, ya que en muchas ocasiones no será posible dependiendo de factores como el control interno que lleve el deudor, el número de acreedores, o la necesidad de investigar más profundamente las cuentas del deudor y de requerirle subsanaciones o aclaraciones. En la redacción anterior, la del 2013, del art. 234 no se dejaba claro si el mediador debía convocar solo a los acreedores de la lista presentada por el deudor, pero con la modificación del RDL 1/2015 se deja claro, que el mediador podrá convocar a todos los acreedores de los que tenga conocimiento, excepto los de derecho público, no solo los comunicados por el deudor.

II. Efectos de la iniciación del expediente.

La apertura del expediente no afecta al desarrollo de la actividad, que podrá continuar, parece lógico, puesto que el fin del acuerdo extrajudicial de pagos es solucionar una situación de insolvencia del deudor, por tanto no parecía una buena decisión la que el art 235 establecía, prohibiendo al deudor solicitar préstamos o créditos, y haciéndole devolver las tarjetas de crédito, y no utilizar medios de pago electrónicos. Esta medida se toma con el fin de evitar endeudamiento adicional, pero complica muchísimo la posibilidad de continuar con la actividad empresarial.

La nueva redacción del art. 235 LC, introducida por el RDL 1/2015, modifica este punto, estableciendo que no se podrá realizar ningún acto de administración o disposición que exceda los actos u operaciones propias de la actividad. Solucionando así uno de los grandes inconvenientes del acuerdo extrajudicial de pagos y que podría complicar mucho la continuidad de la actividad empresarial al no poder utilizar los medios telemáticos de pago, ni acudir a la financiación, cuando en momentos de insolvencia, es uno de los métodos más utilizados para intentar corregir la situación.

Desde la comunicación de la apertura del expediente al juzgado competente para la declaración del concurso, y hasta un plazo de tres meses, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo, no podrán realizar ejecuciones sobre el patrimonio del deudor. Salvo los acreedores de créditos con garantía real, cuya garantía no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o sobre su vivienda habitual. Esta medida, supone un incentivo para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, ya que, al menos durante dichos tres meses, la Ley Concursal pretende que no se obstaculicen las negociaciones, impidiendo que los acreedores individualmente ejerciten ejecuciones contra el patrimonio del deudor. Aunque como ya hemos visto, algunos créditos con garantía real, y los créditos de derecho público, no se

²⁸ Carazo González, I. y Domínguez Ruiz, G. "Modificaciones en la ley 22/2003 concursal, introducidas por la Ley 14/2003 de apoyo a los emprendedores". Civil mercantil. P164.

verán afectados por esta medida, y podrán actuar contra el patrimonio del deudor.

Siguiendo la línea de proteger las negociaciones, el art. 235.5 establece que el deudor no podrá ser declarado en concurso, si no se da el plazo del art.5 bis. 5. de la Ley Concursal. Es decir, si no han transcurrido al menos tres meses, desde la comunicación al juzgado del inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos

III. La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos en la redacción original del art.236, se denominaba Plan de Pagos, pero dado que el acuerdo final puede ser distinto de un plan de pagos, el legislador opta por cambiar el nombre.

El plan de pagos original, el desarrollado por la ley 14/2013, distaba mucho de ser un verdadero acuerdo entre las partes. Este debía ser elaborado por el mediador de acuerdo con el deudor, que es el que conoce realmente la situación de la empresa, pero la ley establecía una serie de limitaciones, que entorpecían mucho el acuerdo extrajudicial de pagos, tales como, el límite de espera de tres años, o las quitas máximas del veinticinco por ciento, (que incluso en los procesos concursales son más amplias²⁹) o por otras medidas como la cesión de bienes en pago, cuando se supone que el fin del acuerdo es mantener la actividad de la empresa, o el hecho de que los créditos públicos o los de garantía real no puedan participar. Por tanto, si antes comentaba que uno de los problemas del sistema concursal era su judicialización, estas medidas tan restrictivas a lo que debería ser un acuerdo entre las partes, hacían que fuese complicado superar la situación de insolvencia.

Con la modificación del RDL 1/2015, el legislador, muy acertadamente, corrige estos fallos, establece esperas de hasta diez años, y quitas, además limita la cesión de bienes en pago, a los bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, y establece otras medidas como la conversión de deuda en acciones o en cualquier otro producto financiero distinto de la deuda original. No hay que olvidar que el fin último del acuerdo extrajudicial de pagos, es la continuidad de la actividad empresarial, que en un futuro beneficiará a los acreedores que puedan mantener relaciones comerciales, por tanto la Ley no debe poner trabas a las condiciones y acuerdos de la negociación.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, debe contener un plan de pagos y un plan de viabilidad (art.236.2 LC). El mediador concursal lo enviará a los acreedores con una antelación mínima de veinte días a la

²⁹ El art. 100.1 de la Ley Concursal, permite esperas de hasta cinco años, y quitas de hasta el cincuenta por ciento del importe de los créditos ordinarios, e incluso se prevé que en determinados casos el juez pueda autorizar superar dichos límites.

reunión (art. 236.1 LC). Los acreedores podrán presentar alternativas o modificaciones en los primeros diez días, tras recibir la propuesta (art.236.3 LC). Lo cual convierte a la propuesta, en un verdadero acuerdo entre las partes, ya que aunque es el mediador concursal en colaboración con el deudor quien elabora la primera propuesta de acuerdo extrajudicial, se permite a los acreedores colaborar en la redacción final del acuerdo, que deberá aprobarse o no, en la reunión.

Si tras recibir la primera propuesta, al menos la mayoría del pasivo, se negase a continuar con las negociaciones, y el deudor se encontrase en situación de insolvencia inminente, el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso (art.236.4 LC).

IV. La reunión de los acreedores.

La reunión de los acreedores (art.237 LC) tiene mucha importancia, tanto que, en caso de llegar a declararse el concurso consecutivo, debido al fracaso de las negociaciones, los créditos de los acreedores que no hayan asistido a la reunión, o hayan manifestado previamente su aprobación u oposición, serán calificados como subordinados. Esta medida puede parecer un poco drástica o exagerada, ya que al tratarse de un acuerdo extrajudicial, debería dejarse más libertad a las partes para participar o no. Pero, por otra parte, es una medida para forzar a que todos los acreedores participen, además se les da la oportunidad de aceptar o rechazar la propuesta por anticipado sin tener que acudir a la reunión. Con la introducción por el RDL 1/2015 de un sistema efectivo de exoneración de deudas, sería muy probable, que si el deudor cumpliera con todas las condiciones y requisitos, se pudiese beneficiar de la exoneración y los créditos subordinados son generalmente los que más probabilidad tienen de ser exonerados. Por tanto, si los acreedores quieren cobrar, deberían personarse en la reunión, o al menos manifestar previamente una postura.

En la reunión se podrán modificar las condiciones del plan de pagos y del de viabilidad, respetando las condiciones de pago de los acreedores que hubiesen manifestado su aprobación previamente a la reunión, pero que no hubiesen acudido a la misma (art.237.2 LC).

V. El acuerdo extrajudicial de pagos.

El acuerdo extrajudicial de pagos debe ser aprobado por una de las siguientes mayorías: (art.238 y 238 bis LC)

- Si votan a favor del acuerdo el sesenta por ciento del pasivo, los acreedores sin garantía real o por la parte del crédito que exceda de ésta, se verán sometidos a esperas de hasta cinco años y quitas de hasta el veinticinco por ciento. (art.238.1.a LC)

- Si votan a favor del acuerdo el setenta y cinco por ciento del pasivo, los acreedores sin garantía real o por la parte del crédito que exceda de ésta, se verán sometidos a esperas de hasta diez años, y a quitas superiores al veinticinco por ciento y a las demás medidas del art. 236, tales como: cesión de bienes o derechos en pago, conversión de deuda en acciones o participaciones, o conversión de deuda en préstamos participativos con vencimiento o características distintas de la deuda original. (art.238.1.b LC)

En caso de que el acuerdo sea aprobado, deberá formalizarse en escritura pública en caso de expediente abierto por el notario, o inscribirse en el Registro Mercantil si fue abierto por el registrador mercantil o la Cámara oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. El notario, el registrador, o la Cámara deben comunicar el cierre del expediente al juzgado encargado de tramitar el concurso. (art.238.2 LC).

En caso de que el acuerdo no sea aprobado, y el deudor continúe en estado de insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente la declaración del concurso, y el Juez la acordará también de forma inmediata (art.238.3 LC).

El RDL 1/2015, añade el nuevo artículo 238bis. Relativo a la extensión subjetiva del acuerdo extrajudicial. Que regula las condiciones en que los créditos con garantía real se ven afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos. Y soluciona de esta manera, otro de los problemas de la anterior redacción de esta Ley. En la que se establecía que los créditos con garantía real no se veían afectados de la misma manera, y que gozaban de mayores privilegios, pero no se dejaban del todo claras esas condiciones ventajosas.

Ahora se establece claramente, que los acreedores con garantía real, por la parte del valor de la garantía, solo se verán vinculados si votan a favor del acuerdo. Y en caso de no aceptar el acuerdo, se verán sometidos a las medidas del art 238.1.a si votan a favor el sesenta y cinco por ciento del pasivo o a las condiciones del 238.1.b si votan a favor el ochenta por ciento.³⁰

VI. La impugnación del acuerdo.

Según el art.239 de la LC, el acreedor que no hubiese sido convocado, no hubiese votado a favor del acuerdo, o hubiese manifestado con anterioridad su oposición, podrá impugnarlo ante el juzgado competente. La impugnación no suspenderá la ejecución, y solo podrá basarse en falta de concurrencia de las mayorías exigidas, o en la desproporción de las medidas adoptadas. Ya que todo el procedimiento

³⁰ Para que los acreedores con garantía real se ven vinculados con el acuerdo aunque no voten a favor, es necesario que la mayoría de votos recogida en el art. 238 para cada uno de los dos casos, se incremente en un cinco por ciento.

está sometido a una serie de limitaciones que lo van encauzando hacia la legalidad final.

Los motivos de impugnación están bien delimitados, son solamente dos, la no convocatoria o voto en contra, y la desproporción de las medidas adoptadas. Este segundo caso plantea un nuevo problema de interpretación, en lo referente a qué casos se van a considerar con medidas desproporcionadas (si a lo largo de todo el trabajo ya hemos visto que las medidas están bastante controladas y sometidas a los límites previstos en la ley). La doctrina no acaba de ponerse de acuerdo en cuanto a la interpretación de este concepto jurídico indeterminado³¹, no obstante, en caso de impugnación, corresponderá al Juez tomar una decisión sobre si se producen perjuicios excesivos al deudor o los acreedores.

Contra la sentencia sobre la impugnación cabrá recurso de apelación de tramitación preferente. En caso de anulación del acuerdo, se procederá al concurso consecutivo regulado en el art. 242 LC.

VII. Efectos del acuerdo sobre los acreedores.

En el art. 240 de Ley Concursal se establece que los acreedores afectados por el acuerdo no podrán iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los embargos que se hubiesen podido ordenar por el juez.

Los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos según lo pactado (art. 240.2 LC). Lo que supone una contradicción o más bien una excepción al principio de responsabilidad patrimonial recogido en el art.1911 del código civil³². Aunque como prevé el art 8.2 de la Ley 14/2013 de emprendedores podrá limitarse la responsabilidad de pago, en caso de deudas profesionales o empresariales siempre que se actué de la forma prevista en dicha Ley.

Y como novedad introducida por el RDL 1/2015 los acreedores que no hubieran aceptado el acuerdo, pero aun así, resultasen afectados por él, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos. Mientras que los acreedores que si acepten el acuerdo, el mantenimiento de esos derechos frente a los obligados, dependerá de lo acordado en el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 240.3 y 240.4 LC). Se mantiene la tendencia introducida por el art.178bis.5.2ª de la Ley Concursal referente a la exoneración del pasivo insatisfecho, de garantizar los derechos del acreedor frente a los avalistas y fiadores, respetando las

³¹ Senes, C. "El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?".Revista de derecho civil. 2014

³² Título XVII de la concurrencia y prelación de créditos. Art.1911 del Código Civil: "Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".

garantías personales reguladas en el art.1822 y siguientes del Código Civil. Los pactos alcanzados en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, son de mutuo acuerdo entre las partes, por tanto, se supone que el acreedor no debería ejercitar sus acciones contra los fiadores o avalistas. Pero el legislador abre esa posibilidad, y al igual que ocurre en el caso de la exoneración del pasivo, nada se dice de la acción de reembolso recogida en el art.1838 del Código Civil, por tanto cabe la posibilidad, de que si el acreedor, a pesar de llegar a un acuerdo, actúa contra un avalista o fiador, estos acaben reclamando la deuda.

VIII. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo.

Las funciones del mediador concursal, no acaban con la realización del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que la Ley Concursal en el art.241 establece que el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. En los casos en los que se cumpla íntegramente el acuerdo, se extinguirán las deudas y el mediador concursal pondrá fin al procedimiento haciéndolo constar en acta notarial publicada en el Registro Público Concursal, y dará por finalizada su actuación. En caso de no cumplirse, el mediador concursal deberá instar el concurso consecutivo, considerando que el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

3.3.5. El concurso consecutivo.

El concurso consecutivo se introduce por la Ley de apoyo a los emprendedores 14/2013, y es modificado por el RDL 1/2015. Su objetivo es dar solución a un intento de acuerdo extrajudicial de pagos fallido. Puede ser solicitado por:

- El mediador concursal, que tiene la obligación de solicitarlo en cuanto sepa de la imposibilidad de alcanzar un acuerdo. El hecho de incluir al mediador concursal entre los sujetos legitimados para solicitar el concurso, e incluso imponerle la obligación legal de solicitarlo, ha sido criticado por parte de la doctrina, e incluso por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial³³, que han considerado, que tal facultad, debería solo recaer en el deudor y los acreedores como partes afectadas, y no en un tercero encargado de la mediación en el conflicto, pero como ya vimos, al analizar la figura del mediador concursal, sus funciones exceden y mucho de las de un mediador común. Cuando la solicitud proviene del mediador, el concurso consecutivo tendrá la consideración de necesario.
- El deudor, que puede solicitarlo en cualquier momento durante el acuerdo extrajudicial de pagos. U obligatoriamente cuando no sea

³³ Pleno del consejo general del poder judicial. "Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización" 11-07-2013, pag48, 49.

posible alcanzar un acuerdo o cuando no se alcance en el plazo de tres meses. El concurso consecutivo solicitado por el deudor tiene la consideración de voluntario. El hecho de que el mediador concursal también tenga la obligación legal de instar el concurso cuando no sea posible alcanzar un acuerdo, no libra al deudor de su obligación de hacerlo según el art.5 bis, apartado 5 LC, de tal manera que pueden presentar la solicitud de manera conjunta. Además según el art.165.1 LC la falta de solicitud por parte del deudor podría suponer una presunción de dolo o culpa.

- Los acreedores, que podrán solicitarlo cuando crean que no será posible alcanzar un acuerdo, o por incumplimiento del mismo. En este caso, tendrá la consideración de necesario. El deudor podrá probar que no existe incumplimiento del acuerdo, o que ya no existe la insolvencia.
- El propio Juez Mercantil, en base al art.239.6.LC, en caso de anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo, y como después recoge el art.242.1.LC "tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado"³⁴.

El concurso consecutivo tendrá lugar: por no alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por su incumplimiento, o por su anulación. Si un acreedor solicita el concurso durante el periodo del acuerdo extrajudicial por causas distintas a estas, es decir por las causas del art.2.4 de la LC, no sería un concurso consecutivo.

- Cuando no es posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, puede ser por dos causas:
 - o Porque los acreedores decidan no continuar con las negociaciones una vez que reciben la propuesta de acuerdo extrajudicial. Si los acreedores entienden que el deudor no tiene capacidad para superar la situación de insolvencia, pueden oponerse a cualquier propuesta, tanto por parte del deudor, como de otros acreedores. Esta decisión debe ser comunicada al mediador concursal, que desde que conozca la

³⁴ Sobre este particular se manifiesta Hurtado Yelo, J.J. "Presupuestos necesarios para la declaración del concurso consecutivo". Revista de jurisprudencia, (marzo de 2015):" El problema quizás más relevante en relación con la legitimación para instar el concurso consecutivo, se produce al analizar qué ocurre cuando se anula el acuerdo como consecuencia de la estimación del recurso previsto en la LCon art.239 -EDL 2003/29207-. El citado artículo no dice nada al respecto, ni la LCon art.242 tampoco, por lo que una interpretación conjunta de ambos preceptos podría llevar a concluir que será el propio juez que conoce del recurso, quien declarará de oficio el concurso. Los motivos para llegar a esta conclusión es doble, por un lado desde el punto de vista de la competencia objetiva, es el propio juez que conocería del concurso quien conoce previamente del recurso; segundo, el silencio de los art.239 y 242 LCon al respecto parece inducir esta solución".

También en este sentido Carazo González, I. y Domínguez Ruiz, G "Modificaciones en la ley 22/2003 introducidas por la Ley 14/2013". Civil-mercantil (dic.2013): "En caso de anulación del acuerdo, el juzgado procederá de oficio, mediante testimonio de la sentencia de anulación con el que se dará lugar al auto de declaración de concurso consecutivo (...)"

decisión de los acreedores deberá inmediatamente solicitar el concurso consecutivo (art.236.4 de la LC).

- En el caso de que no se llegue a un acuerdo en la reunión con los acreedores. Si en la reunión no se consigue aprobar el acuerdo con la mayoría del sesenta o el setenta y cinco por ciento contando los votos emitidos previamente, el mediador concursal solicitará inmediatamente la declaración de concurso, como dice el art. 238.3 LC. Ese mismo artículo añade que es necesario que el deudor continúe en estado de insolvencia, lo cual parece lógico, puesto que en el periodo máximo de dos meses que transcurre desde la solicitud hasta la reunión, (art.234.1) y con las limitaciones a la actividad empresarial del art.235.1, es poco probable que el deudor haya conseguido superar la situación de insolvencia, y en caso de que lo hubiese hecho, la propuesta de acuerdo, contendría el pago de las deudas, ya que habría liquidez para hacerlo.
- Cuando se incumple el plan de pagos: en el momento en que el deudor no cumple con el acuerdo, se entiende que está en situación de insolvencia, y por tanto según el art. 241.3 de la LC, el mediador concursal deberá instar el concurso. Pero pueden surgir ciertas situaciones, como un pequeño retraso, o que el incumplimiento se deba a una causa imputable al acreedor, como no girar el recibo de pago, por ejemplo, o que se produzca una compensación en las cantidades del pago, en este caso Alfonso Sánchez, R. "defiende la necesidad de que concurra un incumplimiento objetivo que frustre la finalidad perseguida por las partes y que además, sea esencial, grave y definitivo".³⁵
- Cuando se produce la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos: En el caso de que concurran las causas para solicitar la impugnación (art.239.1 y 2 LC), y el Juez estime que procede la anulación del acuerdo, según el art.239.6 LC, deberá tramitarse el concurso consecutivo. Este caso, además de la polémica que suscita al ser el propio juez de oficio el que declara el concurso consecutivo, se plantea otro problema, ya que ante la sentencia que anula el acuerdo, cabe recurso de apelación de tramitación preferente (art.239.5.LC). La doctrina se plantea si el concurso debe declararse inmediatamente con la primera resolución de anulación, ya que el deudor ya se encuentra en situación de insolvencia. O si se debe esperar a que la resolución sea definitiva.

En la redacción anterior, la de la ley 14/2013, se establecía que tras un fallido acuerdo extrajudicial de pagos, ya solo quedaba liquidar la empresa. Aquí se abría el debate, sobre si el concurso consecutivo era una penalización muy dura para un deudor, que ha intentado sin éxito llegar a un acuerdo con sus acreedores y, por otra parte, se planteaba que si no se había conseguido ya un acuerdo, no iba a ser fácil alcanzarlo en el concurso, y que por tanto, abrir la fase de convenio alargaría más el

³⁵ Alfonso Sánchez, R. "La mediación en asuntos mercantiles" 2015, p472.

procedimiento. El RDL 1/2015, establece que el concurso consecutivo se tramitará como el procedimiento abreviado con ciertas especialidades. Y entre ellas se establecen dos casos en los que se da una última oportunidad al deudor para llegar a un acuerdo, pero sin que se dilate demasiado el procedimiento (art.242.2.1ª.LC).

- En los casos de la solicitud del concurso voluntaria formulada por el deudor o en los casos de solicitud necesaria formulada por el mediador, se deberá presentar junto con la solicitud, una propuesta de convenio o un plan de liquidación.
- Si la solicitud de concurso se realiza a instancia de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración del concurso.

Además de estas dos particularidades en cuanto a la tramitación del concurso consecutivo, el art.242.2.1ª establece también que se regirá por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V para los casos de propuesta anticipada de convenio o de liquidación, respectivamente. Con las siguientes particularidades:

- El mediador concursal será nombrado administrador concursal, sin que pueda por ello percibir más remuneración, que la ya fijada en el expediente extrajudicial. Es por ello que el legislador prevé que para poder ser mediador concursal, además de estar incluido en la lista del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y se reúnan los requisitos de Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se reúnan los requisitos para ser administrador concursal del art. 27.1 de la LC (art.233.1 LC).
- Los gastos generados durante la tramitación del expediente extrajudicial que no hayan sido satisfechos, y reúnan las características de art. 84.2 de la LC, se añadirán a los créditos contra la masa.
- El plazo de dos años para determinar los actos rescindibles, se contará desde la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámara Oficial. Se entiende aquí desde la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, por tanto, a priori, los actos posteriores a la solicitud, pero anteriores a la declaración del concurso, quedarían fuera de las acciones de reintegración. Aun así, como afirma Alfonso Sánchez, R.³⁶ en base a las conclusiones de los Magistrados de lo mercantil de Madrid³⁷ que consideran que serán susceptibles de reintegración debido a que:
 - o No existe un mecanismo de control de la actuación del deudor.
 - o Las acciones de reintegración son un efecto derivado de la declaración del concurso, y el art.242 de la Ley Concursal no puede alterarlas

³⁶ Alfonso Sánchez, R. "La mediación en asuntos mercantiles" 2015, p499.

³⁷ Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de la aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores sobre cuestiones concursales, 11 de octubre de 2013.

- El concurso consecutivo no altera la finalidad de recomposición de la masa activa que debería existir al inicio de la declaración del concurso.
- Los titulares que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial, ya no necesitarán solicitar el reconocimiento de los créditos. Esta medida solo es aplicable en los casos de concurso consecutivo por anulación o incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, y no en los casos en los que no sea posible alcanzar un acuerdo. Además evita a los acreedores tener que comunicar sus créditos, dando validez a los reconocidos extrajudicialmente por el mediador concursal. La clasificación de los créditos atenderá a las normas establecidas en los arts. 89 y siguientes de la Ley Concursal, excepto los de los acreedores que no se hubiesen manifestado previamente a la reunión, ni acudido a la misma, que verán cómo sus créditos son calificados como subordinados (art.237.1).
- Si se admite la propuesta anticipada de convenio, se tramitará según el art. 191bis de la LC, sobre las especialidades del procedimiento abreviado.
- En los casos en los que se solicite la liquidación, o en los casos en que no se presente, no se apruebe o se incumpla la propuesta anticipada de convenio, se abrirá la fase de liquidación que se tramitará según el Capítulo II del Título V de la LC.
- Si el deudor es persona natural, el concurso es calificado fortuito, y se cumplen los requisitos del art.178bis, el juez en el auto de conclusión del concurso, ordenará la exoneración del pasivo insatisfecho con los efectos del art.178bis.

3.3.6. Acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios.

Las peculiaridades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios se regulan en el nuevo artículo 242bis, introducido por el RDL 1/2015. En él se establece que este acuerdo se regirá por el título X de la Ley Concursal "El acuerdo extrajudicial de pagos" pero con una serie de especialidades, entre ellas destacan las siguientes:

- Que la solicitud debe presentarse ante el notario del domicilio del deudor.
- Que el notario deberá comunicar de oficio al juzgado competente la apertura de las negociaciones, e impulsarlas, salvo que decidiese designar a un mediador concursal, que debería hacerlo en un plazo no superior a cinco días desde la recepción de la solicitud.

La comprobación de los créditos y la convocatoria de la reunión deberán realizarse en un plazo de quince días, si es el notario quien se encarga de la negociación; o de diez días, si se ha designado mediador concursal, y en ambos casos se deberá celebrar la reunión en un plazo de treinta días. El plazo de suspensión de las ejecuciones recogido en el art. 235 será de dos meses, excepto que antes ya se haya adoptado o

rechazado el acuerdo. Si tras los dos meses, se considera que no es posible alcanzar un acuerdo, el notario o el mediador instarán el concurso remitiendo un informe con las conclusiones al juez. Y por último, el concurso consecutivo se abrirá directamente en fase de liquidación.

La retribución del notario será la misma que la establecida para los mediadores concursales.

CAPITULO IV

LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

4.1. Introducción.

La exoneración del pasivo insatisfecho introducida por el RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, no es una novedad, ya que en la regulación anterior, la Ley 14/2013 ya preveía que parte del pasivo pudiera ser exonerado, pero su aplicación era muy limitada, debido a los requisitos que había que cumplir.

Hasta la reforma de 2014, la Ley Concursal no recogía ningún mecanismo de liberación de deudas, de hecho, el propio art. 178.2 LC antes de ser modificado decía claramente que en caso de finalización del concurso por inexistencia de bienes, el deudor quedaba responsable del pago de los créditos restantes.

La nueva regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho, viene precedida en parte, por las constantes recomendaciones internacionales³⁸ hechas al gobierno español, para que pusiese en práctica un sistema de "discharge"³⁹ o "fresh start"⁴⁰ eficaz. Algunas de esas propuestas incluían medidas como:

- Establecer un marco que permitiese llevar a cabo planes de reestructuración eficientes en las empresas con dificultades financieras, a través de la prevención y la negociación.
- La condonación total de las deudas en un plazo máximo de tres años. Propuesta que, como veremos más adelante, el legislador español ha decidido no respetar, ampliando el plazo a cinco años.
- Establecer disposiciones para disuadir a los empresarios que actúan de mala fe o deshonestamente.
- Posibilidad de excluir categorías específicas de deuda. En este caso, la recomendación se refería sobre todo a deudas por sanciones o indemnizaciones, u otras de especial importancia, tanto por su origen como por su fin. En nuestro caso concreto, el legislador decide interpretar la recomendación para excluir también los créditos públicos.

Como afirma Cuenca Casas, M. (2015, p.1) "la modificación del régimen de segunda oportunidad viene a significar que el deudor persona natural de buena fe, tras la liquidación de su patrimonio o en caso de conclusión de concurso por insuficiencia de masa, verá exoneradas determinadas deudas, de forma que pueda retornar a una actividad productiva sin el lastre del pasivo

³⁸ Destacan la Comunicación de la comisión al parlamento europeo, al Consejo y al Comité económico y social europeo: Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2012). Y la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre la necesidad de un nuevo enfoque legal frente a la insolvencia y el fracaso empresarial.

³⁹ Exoneración o descarga de deudas.

⁴⁰ Mecanismos de segunda oportunidad.

pendiente que amputaba su recuperación por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal".

4.2. Situación anterior a la Ley de emprendedores 14/2013.

Hasta la aprobación de la Ley 14/2013 de emprendedores, en el ordenamiento jurídico español no existía un sistema de segunda oportunidad. A pesar de que países de nuestro entorno como Francia, Portugal, Italia o Alemania ya regulaban procedimientos de fresh start, o "discharge".

La principal razón para no regular mecanismos de segunda oportunidad en España, era la protección del principio de responsabilidad universal recogido en el art. 1911 del Código Civil. Motivo que, según Sotillo Martí, A. (2013), no se sostiene, ya que dicho principio cuenta con numerosas excepciones legales, recogidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley Hipotecaria, en la propia Ley Concursal e incluso en el Código Civil en su ya derogado art.1920 que preveía una excepción.

Tradicionalmente, en España y a falta de un sistema de regulación de la exoneración, lo que se han llevado a cabo son medidas preventivas para intentar evitar la insolvencia, como los registros de solvencia, la información precontractual, o el derecho de desistimiento. Además, la Ley Concursal no regulaba concretamente los concursos de personas físicas, se hacía igual que las personas jurídicas y, de hecho, la mayoría de la Ley era inaplicable y contradictoria en los casos de concurso de persona física. También tenía mucha importancia la protección de los acreedores hipotecarios y, de hecho aún la sigue teniendo, si bien, los juzgados españoles y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴¹ ya han manifestado la dureza del sistema procesal hipotecario. La Ley 1/2013 de 14 de mayo, supuso un primer paso en la protección de los deudores, sobre todo en los casos de vivienda habitual, introduciendo medidas como la limitación de los intereses de demora, mejoras en los procesos extrajudiciales, innovaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.

La Ley 14/2013 de emprendedores, introduce por primera vez en España un sistema de segunda oportunidad para las personas físicas y los empresarios tanto personas físicas como jurídicas. El art. 21.5 de la Ley de Emprendedores modifica el art.178.2 de la Ley Concursal introduciendo la remisión de las deudas insatisfechas, que pretende crear un sistema de segunda oportunidad, no obstante, debido a los requisitos que se deben cumplir, se queda solo en un intento. En concreto se establecían los siguientes requisitos:

- Calificación no culpable del concurso, ni condenado por delito según el art.260 del Código Penal. Sin valoración de la buena fe.
- Restricción del ámbito material de las deudas objeto de exoneración.

⁴¹ Xiol Ríos, J.A. Jornadas sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio, 8 de mayo de 2013.

- Umbral muy elevado de pasivo mínimo satisfecho. Al menos todos los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, además del veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

4.3. La exoneración de pasivo insatisfecho en nuestros países vecinos.

A continuación, vamos a estudiar brevemente la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho en algunos de los principales países de la Unión Europea y en los Estados Unidos.

4.3.1. Modelo "discharge" en los Estados Unidos.

El modelo más conocido de exoneración de pasivo insatisfecho es el modelo "discharge" de los Estados Unidos. Este sistema, es el más favorable para el deudor persona física. Este tipo de medidas van dirigidas sobre todo a las clases medias, que han acumulado una cierta capacidad de consumo, y por ello la legislación estadounidense, intenta darles una nueva oportunidad para devolver cuanto antes al deudor al mercado de consumo. Además, tradicionalmente, los ciudadanos estadounidenses reciben menos asistencia gubernamental comparado con los países europeos, de ahí, que muchas veces tengan que acudir al crédito para hacer frente a problemas médicos, o al pago de estudios universitarios, entre otros gastos. La protección que ofrece la "discharge" pretende compensar un poco la escasa asistencia pública⁴².

El Derecho concursal estadounidense, se regula en la Constitución Federal, aunque las disposiciones más importantes son estatales. Existen cuatro tipos de procedimientos, pero el más utilizado en los casos de persona física, es el denominado "chapter 7". En este caso, el deudor solicita la declaración del concurso, lo que paraliza las acciones ejecutivas. El deudor es desposeído de sus bienes, que son distribuidos entre los acreedores, según el principio de igualdad y prioridades. Una vez hecho el reparto, el deudor queda libre de toda responsabilidad y puede comenzar de nuevo. Este procedimiento no se aplica a los créditos garantizados con hipoteca.

Para acceder a este beneficio es necesario pasar el "test de discharge", que pretende constatar que el deudor sea honesto y de buena fe. Las causas de exclusión se refieren sobre todo a la ocultación o alzamiento de bienes, falsedad documental y en general cualquier actuación para perjudicar a los acreedores.

El siguiente método más utilizado, el "chapter 13" establece un plan de pagos, en el que se establecen unos ingresos disponibles con los que en el plazo de tres años hará frente a sus deudas. Finalizado el plazo, el deudor queda liberado de las deudas no pagadas. Los derechos de garantía siguen gravando los bienes. Y en este caso, el deudor no tiene que entregar ningún bien.

⁴² Senent Martínez, S. Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. (2015), p.260 y ss

4.3.2. Modelo francés⁴³.

El modelo de exoneración francés, generalmente viene asociado al fracaso de los sistemas de reestructuración de deudas. Presenta dos formas distintas dependiendo de si el deudor es un empresario o un consumidor:

- En el caso de los empresarios, se regula en el Código de Comercio que la liquidación judicial, y cierre del procedimiento por insuficiencia de activo, supondrá a los acreedores la imposibilidad de recuperar sus deudas.
- En el caso de los consumidores, se regula en el Código del Consumidor, un sistema de exoneración, tras llevar a cabo un plan de medidas y recomendaciones.

En caso de que no se pueda cumplir, puede dar lugar al procedimiento de recuperación personal. En ambos casos, tanto de empresario, como de persona física no empresaria, se puede obtener la "libération de dettes"⁴⁴.

La legislación francesa, apuesta por la prevención del sobreendeudamiento, y en los casos en los que se llegue a la segunda oportunidad, que el deudor sea siempre de buena fe, es decir, que no haya cometido actos dolosos de falsedad documental o testimonial, desvío de fondos, o agravación de la situación mediante nuevos créditos, o disposición del patrimonio sin autorización durante el procedimiento. Estas medias deben cumplirse tanto en el momento de la solicitud como durante el procedimiento. Tal y como manifiesta Senent Martínez, S. (2015), La finalidad del sistema no es la satisfacción de los acreedores, sino propiciar el restablecimiento económico del consumidor de buena fe.

4.3.3. Modelo italiano.

La "esdebitazione" o beneficio de liberación de las deudas, que regula el sistema italiano, se caracteriza porque la exoneración de personas no comerciantes físicas o pequeños empresarios, es relativamente nueva. La Ley es de 2012, antes solo se regulaba para los grandes empresarios.

La liberación de deudas para las empresas, se limita solo al empresario individual, las sociedades no se pueden beneficiar. Se produce tras la figura de la quiebra, las deudas restantes no satisfechas quedan liberadas siempre que se cumplan unas condiciones de colaboración y buena voluntad, sin entorpecer el procedimiento, ocultar información, haberse beneficiado en los diez años anteriores del otra liberación o haber sido condenado por delitos de quiebra fraudulenta, o contra la hacienda pública. También se establecen una serie de deudas que no pueden ser liberadas, como las deudas por alimentos, o las indemnizaciones por daños y perjuicios, u otras sanciones pecuniarias.

⁴³ Ibidem, p.274 y ss.

⁴⁴ "liberación de la deuda".

Las personas físicas no empresarias y los pequeños empresarios individuales, están recogidos en la legislación italiana desde el año 2012. La liquidación se puede dar, por solicitud del deudor, o por no alcanzarse o incumplirse el acuerdo de reestructuración. Se aplican las mismas restricciones de deuda que para las empresas, y también se exigen los mismos requisitos de buena fe para los deudores.

4.3.4. Modelo alemán⁴⁵.

La legislación alemana recoge tres modelos de liberación de deudas, uno para las personas jurídicas; otro específico para los consumidores, reformado en 2013, al que pueden acceder a través de un procedimiento concursal; y otro general para cualquier persona física, al que pueden acudir tras liquidar su patrimonio.

Por consumidor, se entiende cualquier persona física que no desarrolla, ni ha desarrollado ninguna actividad económica, y se regirán por un procedimiento especial reformado y simplificado en 2013, en el que se intenta llevar a cabo un acuerdo extrajudicial. En caso de no alcanzarse tal acuerdo, se solicita el concurso. El juez atendiendo a las circunstancias, podrá abrir de nuevo una fase de convenio o pasar directamente a la liquidación, en la que un "treuhänder"⁴⁶ se hará cargo del procedimiento hasta la junta de acreedores de cierre, en la que el juez resolverá concediendo la liberación provisional de deudas o, en casos excepcionales, rechazándola. Con la reforma de 2013, en los casos en los que no se pueda abrir la fase de liquidación, por insuficiencia de masa, se pasará directamente al procedimiento de liberación.

Tanto si se obtiene la liberación por el procedimiento especial de consumidores, como por el procedimiento general tras el concurso, en caso de empresarios individuales, se obtiene la liberación provisional y se establece un periodo de buena conducta supervisado por el "treuhänder", en el que el deudor deberá tener un trabajo, y si no lo tuviese, buscarlo sin rechazar ofertas. Durante este periodo y en la parte que sea posible, su salario será embargado para seguir pagando a los acreedores. El periodo de buena conducta, será de seis años de forma general o de tres, si se ha abonado ya el treinta y cinco por ciento de los créditos concursales. Transcurrido el periodo, si no se han dado causas de impugnación o actuaciones de mala fe, el juez concederá la "Restschuldbefreiung" o liberación de deudas definitiva.

Al igual que en los demás ordenamientos jurídicos que hemos visto, el deudor debe cumplir una serie de requisitos para beneficiarse de la exoneración, entre ellos: no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio o hacienda, no haber ocultado información patrimonial, no haber obtenido la liberación de deudas en los diez años anteriores y no haber incumplido la obligación de pago en el periodo de buena conducta.

⁴⁵ Senent Martínez, S. Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. (2015), p.311 y ss

⁴⁶ En alemán termino que hace referencia a un mediador concursal, similar al que en España se ocupa del acuerdo extrajudicial de pagos.

En el caso de las personas jurídicas, no es de aplicación la exoneración de deudas como tal, si bien en los planes de reestructuración se puede llegar a acuerdos entre el deudor y los acreedores que contemplen la liberación de deudas.

4.3.5. Modelo portugués⁴⁷.

El modelo de liberación de deudas portugués está basado en el modelo alemán, observándose importantes similitudes. Si bien a diferencia de aquél, el modelo portugués es un procedimiento autónomo que culmina con la exoneración efectiva del pasivo no satisfecho. El proceso puede iniciarse con la solicitud del deudor o de un tercero, al juez del proceso de insolvencia. Al igual que en el modelo alemán, pueden solicitar la exoneración, tanto los consumidores como los empresarios individuales, siempre que cumplan los requisitos de no incurrir en dolo o culpa, falsedad documental, no haberse beneficiado de la exoneración en los diez años anteriores, no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio o la hacienda pública, y que no se haya alcanzado un plan de pagos.

Si se cumplen tales requisitos, el juez concederá la exoneración provisional. Se establece un periodo de cesión de rentas de cinco años, en el que el deudor deberá ceder de sus rentas la parte determinada por el juez a un "fiduciario", que se encargará de pagar a los acreedores. Es el mismo mecanismo del sistema alemán, y la figura del "fiduciario" es la misma que la del "treuhänder".

La exoneración definitiva se obtiene una vez transcurrido el periodo de cesión de cinco años, a no ser que se incumplan las obligaciones de cesión o se actué de forma dolosa, en cuyo caso se revocaría el beneficio de la exoneración.

4.4. La situación actual en el ordenamiento jurídico español.

El sistema de exoneración de deudas español, sigue la línea marcada por estos sistemas.

La exposición de motivos de la Ley 1/2015 afirma que, a través de este nuevo mecanismo se pretende que los emprendedores, no arrastren los fracasos empresariales y esto les impida iniciar nuevas actividades, o realizarlas al margen de la legalidad para evitar tener que responder de las deudas pasadas. La nueva legislación supone un avance respecto a la regulación anterior, la recogida en la Ley 14/2013, pero sigue sin ser un sistema de exoneración de deudas muy efectivo, ya que es un sistema restrictivo, con limitaciones, especialidades y problemas técnicos que hacen incluso cuestionarse si se trata de un régimen de segunda oportunidad.

⁴⁷ Senent Martínez, S. Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. (2015), p.330 y ss

De entre las novedades que introduce la nueva legislación, destaca la ampliación de los beneficiarios. Es decir, quienes van a poder acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho, como norma general, serán las personas físicas, realicen o no actividad empresarial. Hasta ahora solo podían acudir los deudores que hubieran liquidado su patrimonio y superado un mínimo elevado de pasivo satisfecho, pero con la nueva reforma, también podrán beneficiarse los deudores que concluyen el concurso por insuficiencia de masa.

4.5. Deudor y tipos de exoneración.

La norma establece que debe ser deudor de buena fe, se entenderá así cuando el concurso sea fortuito y no haya sido condenado por delitos penales, pero de nuevo, esta regulación no parece la más adecuada, ya que no se tienen en cuenta las causas que llevaron a la insolvencia, el RD 1/2015 en el art.178bis.3 establece que el concurso no haya sido declarado culpable; que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico, falsedad documental, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores; y que reuniendo los requisitos de acceso al acuerdo extrajudicial de pagos (art.231 de LC) haya celebrado, o intentado un acuerdo. Por tanto, no se excluye de ningún modo al deudor que haya incumplido el acuerdo, y nada le impedirá acudir a la exoneración, es por ello que deberían revisarse los requisitos que debe cumplir el deudor que, en mi opinión, no deben ser los mismos que para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos, ya que la exoneración del pasivo deberá concederse a los deudores que realmente merezcan la exoneración, y de hecho así es como se hace en otros países, como los ya citados Estados Unidos, Francia, Italia, Alemania o Portugal, en los que se valora la conducta del deudor, y para ello se dota al juez de más autonomía a la hora de calificar y conceder la exoneración⁴⁸, pero por otro lado, para garantizar la seguridad jurídica, hay que proteger la exoneración del pasivo legal, frente a la exoneración judicial, es decir, no se puede dejar al arbitrio del juez, deben establecerse medidas objetivas⁴⁹.

Si bien ambas posturas son totalmente respetables, creo que se debería dotar al sistema de más criterios objetivos que se pudiesen valorar, no solo si el deudor ha cometido o no delito, con los criterios que se utilizan para ello, como el sobreendeudamiento elevado en los años anteriores o los gastos injustificados. Debería poder valorarse su implicación en cuanto a superar la situación de insolvencia, como se hace, por ejemplo, en los Estados Unidos con su estricto test de "discharge", la posibilidad de la prueba de la mala fe en el modelo francés⁵⁰, o el test de "esdebitaciones" italiano que recoge en su

⁴⁸En ese sentido Cuenca Casa, M. Notas de urgencia al régimen de segunda oportunidad. La Ley, 2015, p.3 y 4

⁴⁹ En opinión de Senent Martínez, S. Una revisión a la segunda oportunidad. La Ley, 2015. p. 5.

⁵⁰ Senent Martínez, S. Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores. 2015. p. 278.

"punto 1" la cooperación del deudor⁵¹. Es decir, establecer un sistema que sin dejar al libre arbitrio del Juez, pudiese valorar la actuación del deudor.

En cuanto los tipos de exoneración, la normativa concursal, con sus modificaciones de la Ley de Emprendedores 14/2013 y del Real Decreto Ley 1/2015, establece un sistema doble de exoneración de deudas. Por un lado se establece el sistema de exoneración o condonación de pasivo mediante el acuerdo o pacto entre las partes, a través de la figura de la "quita"⁵². Y, por otro lado, se establece el sistema amparado en la regulación de la Ley Concursal que establece la exoneración del pasivo insatisfecho si se cumplen una serie de requisitos. Dentro de este sistema, además aparecen dos tipos, uno si se acude tras realizar o al menos intentar un acuerdo extrajudicial de pagos, y otro, sin intentarlo, y además se desarrolla un nuevo modelo de exoneración tras cumplir un plan de pagos.

El nuevo artículo 178bis de la Ley Concursal establece que, tras la finalización del concurso, por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable de los créditos restantes, pero se establecen también las excepciones reguladas en el apartado siguiente, en el art. 178 bis apartado 1º se regula la exoneración del pasivo insatisfecho, y el apartado 3º se refiere al "polémico" deudor de buena fe y los requisitos para acceder a la exoneración. Al margen del deudor de buena fe, se establece otro requisito, que es el haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos y haber satisfecho todos los créditos privilegiados y los créditos contra la masa. Y para el caso de que o no se cumplieran los requisitos para celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos o simplemente no se hubiera intentado, deberá liquidarse, además de los créditos privilegiados y los créditos contra la masa, el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

El hecho de haber llevado a cabo, o al menos intentarlo, un acuerdo extrajudicial de pagos, sea uno de los requisitos principales (según se establece en el art.178bis.3º), ha originado algunas opiniones críticas, que destacan que los límites para acceder al acuerdo extrajudicial pueden suponer que los deudores se queden fuera de los mecanismos de segunda oportunidad. Por ello, parece que el legislador establece para los casos en los que no se intente un acuerdo extrajudicial de pagos previo, unos umbrales de pasivo satisfecho mayores (art.178bis.4º). De nuevo aquí aparecen errores o falta de claridad en la redacción de los citados artículos, generando confusión, en ese sentido se muestran críticos autores como Matilde Cuenca Casas, Santiago Senent Martínez o Ricardo Cabanas Trejo⁵³.

⁵¹ *Ibidem*, p. 297.

⁵² La quita consiste en una reducción de la deuda, estableciéndose un acuerdo entre el deudor y el acreedor, y que se suele utilizar a cambio del pago inmediato, es decir se perdona parte de la deuda a cambio de su liquidación.

⁵³ En este sentido se manifiestan: Cabanas Trejo, R. y Ballester Azpitarte, L. Nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal. *Boletín jurídico*. 3 de marzo de 2015. p.4. "(...) Obligaría a tener que instar siempre un AEP para conseguir la exoneración (...) el apartado siguiente vuelve a referirse al AEP cuando fija el umbral de deuda pagada, pero lo hace como alternativa a otro supuesto, que solo puede ser la ausencia de un intento previo de AEP. No se puede ser en un apartado un requisito imperativo, y

A pesar de ello, con este nuevo art. 178 bis, se consigue regular en un solo artículo y con un mismo procedimiento ambos casos de la exoneración, tan solo cambian los requisitos para acceder a ella, y si bien la redacción no es clara y precisa en cuanto a la celebración o no del acuerdo extrajudicial de pagos, ya que primero lo establece como requisito indispensable y después regula distintos umbrales de pasivo satisfecho en función de si se ha celebrado o no. Todo indica, que la intención del legislador es permitir ambos casos, y de hecho así se está interpretando.

La tercera opción para beneficiarse de la exoneración, se da en casos en los que no se pueda hacer frente al pago de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados en el momento, y se hará comprometiéndose a un plan de pagos de dichas deudas en un periodo de cinco años, cumpliendo una serie de requisitos recogidos en el art. 178bis 3. 5º de la LC, entre los que destacan, y no parece comprensible que se exijan para este caso y para los otros no, el no haber obtenido este beneficio en los 10 años anteriores, y el no haber incumplido los deberes de colaboración del art.42 de la LC, además de otros como someterse al plan de pagos, o aceptar figurar en la sección especial del Registro Publico Concursal.

4.6. Deudas objeto de exoneración.

No todas las deudas pueden ser exoneradas, el nuevo art. 178bis de la LC en su apartado 5º establece que el beneficio de la exoneración se concederá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados. También será exonerada la parte no satisfecha de los créditos garantizados del art.90.1⁵⁴, siempre que esa parte restante tenga la consideración de crédito ordinario o subordinado.

en el otro presentarse como una alternativa. Queriendo solucionar el desajuste de la versión anterior (...) el redactor del RDL creemos que se ha hecho un pequeño lio."

Cuena Casa, M. Notas de urgencia al régimen de segunda oportunidad. La Ley, 2015, p.3 y 4. "El problema es que si se imponen excesivos requisitos para acceder al procedimiento para lograr un AEP, los sujetos que tienen vetado el acceso también lo tendrán al régimen de segunda oportunidad" y "Se ha querido mantener el régimen anterior que distinguía hipótesis en función de que se hubieran intentado o no un AEP, sin percatarse de que el requisito del fracaso del AEP es un requisito general. Como se puede apreciar la técnica jurídica y la claridad brillan por su ausencia".

Senent Martínez, S. Una revisión a la segunda oportunidad. La Ley, 2015. p.5. "Aquí existe una cierta confusión pues el apartado 3º del núm. 3 del art.178 bis LC es claro al exigir que: ... *haya celebrado o, al menos, intentado un acuerdo extrajudicial de pagos*, ¿quiere esto decir que un deudor con un pasivo inferior a los cinco millones de euros, en quien no concurra ninguna de las prohibiciones del art. 231 LC, que no haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos no podrá obtener la liberación de deudas en ningún caso? O ¿Puede suplirse dicha falta por el pago del veinticinco por ciento del pasivo ordinario a que se refiere el apartado 4 del núm. 3 del art. 178 bis?"

⁵⁴ El art 90.1 de la LC establece que son créditos privilegiados: "1º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal. 2º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble

De la redacción de los requisitos para acceder al beneficio de la exoneración⁵⁵, se desprende que no pueden ser exonerados los créditos privilegiados ni los créditos contra la masa, ya que deben ser satisfechos en su totalidad, además parece lógico que los créditos por alimentos tampoco puedan ser exonerados. Lo que no acaba de convencer, ni de cumplir las recomendaciones internacionales tanto de la UE como del FMI y del Banco Mundial, es que tampoco los créditos públicos puedan ser exonerados. El crédito público supone en muchas ocasiones partidas importantes y el hecho de que no se pueda exonerar, puede provocar deficiencias en el sistema de la insolvencia, además de discriminar a los acreedores, al no tratar de igual manera a los acreedores públicos y a los privados. Otro de los puntos criticados, es la clasificación de las deudas, el hecho de que se establezcan grandes bloques formados por una diversidad de deudas, de entre las que algunas merecerán ser exoneradas y otras no. Ya que podría darse el caso de deudas subordinadas correspondientes, por ejemplo, a una indemnización por daños, y que con esta legislación podría ser exonerada, por eso sería interesante que las deudas no se clasificaran como en el concurso.

4.7. Procedimiento de la exoneración del pasivo insatisfecho.

El procedimiento de la exoneración se divide en dos partes, por un lado la concesión del beneficio y por otro el periodo provisional. El deudor debe solicitarla al Juez del concurso. Los acreedores o la administración concursal se podrán oponer basándose en que no se cumplan los requisitos del art.178bis.3, y habrá que esperar hasta la firmeza de la resolución. En caso de no oponerse, el Juez concederá la exoneración del pasivo insatisfecho con carácter provisional, ya que se establece un periodo de cinco años en los que será posible que se revoque dicho beneficio. Una vez transcurrido el periodo de cinco años, y si no se revoca el beneficio, se conceda la exoneración del pasivo insatisfecho definitivamente.

El plazo de cinco años parece excesivo, la recomendación previa⁵⁶ establecía un plazo máximo de tres años, ya que, cuanto más se amplíe el plazo, se hace menos eficaz el beneficio de la exoneración. Según el art. 178bis.7, durante este periodo de cinco años, los acreedores podrán solicitar al juez la revocación del beneficio si tienen conocimiento de que el deudor:

gravado. 3º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados. 4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles. 5º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados. 6º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público".

⁵⁵ Art 178bis.3.4º: "Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados, y si no hubiera intentado un Acuerdo Extrajudicial de Pagos previo, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios".

⁵⁶ Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y el fracaso empresarial.

- Incurriese en alguna circunstancia prevista en el apartado 3 del art. 178 bis. Es decir, una de las que hubieran impedido la concesión del beneficio.
- Incumpliese la obligación de pago de las deudas según el plan de pagos⁵⁷.
- Mejorase sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos.
- Se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos.

El supuesto de la mejora sustancial⁵⁸ de la situación económica, no tiene precedentes en ningún sistema de exoneración de deudas. La mejora debería ser tal que pudiese pagar todas las deudas pendientes, sin comprometer sus obligaciones por alimentos. El problema viene a la hora de determinar las deudas pendientes, se entienden como tal, solo las afectadas por el beneficio de la exoneración, o el total de deudas incluyendo también las no afectadas por la exoneración. En principio, se entiende por deudas pendientes la totalidad del pasivo, es decir, tanto las deudas afectadas por la exoneración, como las no afectadas, y en ese sentido se expresa Hernández Rodríguez, M^a Mar⁵⁹.

El periodo de revocación provisional tiene sentido si lo que se pretende es sancionar la posible mala conducta del deudor o la ocultación de información para beneficiarse del sistema, pero no puede utilizarse para castigar el esfuerzo del deudor, entre otras cosas, porque la finalidad de la exoneración de deudas, es que el deudor pueda volver a empezar y que los ingresos futuros no se vinculen a deudas pasadas. La situación económica anterior, ya fue evaluada y liquidada. Por ello medidas como la mejora sustancial de la situación económica, desincentivan al deudor a iniciar nuevas actividades que le permitan remontar o le incentiven a mantenerse en la economía sumergida al menos en los cinco años del periodo provisional. Si transcurre el plazo sin que los acreedores hayan solicitado la revocación, el Juez, a petición del deudor, declarará la exoneración definitiva.

Cuena Casas, M. (2015) ha sido muy crítica con esta medida, afirmando que: "Hemos perdido una oportunidad de oro para acercarnos a los países más avanzados en este terreno. No le auguro mucho éxito a la reforma. Somos líderes en cifras de paro, en economía sumergida (24% PIB) y tenemos una deuda pública cercana al 100% PIB. Veremos si estas cifras mejoran con el sistema adoptado. Yo creo que no". Con esta frase termina un análisis al régimen de segunda oportunidad⁶⁰.

⁵⁷ Aunque se establece una excepción en el apartado siguiente art. 178 bis.8

⁵⁸ La "mejora sustancial" es un concepto jurídico indeterminado, que ni la propia ley, ni la doctrina explican exactamente.

⁵⁹ Hernández Rodríguez, M^a Mar. La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015. Revista derecho mercantil, 2015.

⁶⁰ Cuena Casas, M. Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad. La Ley, 2015, p.14

4.8. Efectos de la exoneración.

El principal efecto de la exoneración una vez que se obtiene de manera definitiva es, precisamente, la liberación del pasivo. Excluyendo las deudas que no pueden ser exoneradas, como los créditos públicos o por alimentos.

Además los acreedores cuyas deudas sean exoneradas, no podrán iniciar ningún tipo de acción frente al deudor para el cobro de las mismas, pero quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, que no podrán invocar el beneficio de la exoneración obtenida por el concursado. Así lo establece el art.178bis.5 de la LC. Lo que no se establece es si posteriormente los avalistas o fiadores podrán reclamar por vía de regreso la acción de reembolso al deudor exonerado, cosa que parece absurda, puesto que si se beneficia de la exoneración respecto al acreedor principal, también lo debería hacer ante sus garantes, pero al contrario de lo que pasa en otros ordenamientos jurídicos como el alemán (en el que se establece claramente que el deudor queda liberado frente al deudor solidario o al fiador), en España no está regulado, así que cabe la posibilidad de que el avalista o el fiador reclamen la cantidad satisfecha al deudor.

Por otra parte, el art 178bis.5 también establece la protección del cónyuge casado en régimen de gananciales u otro de comunidad, el beneficio de la exoneración se extiende al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, de las deudas anteriores a la declaración del concurso de las que debiera responder el patrimonio común. Como establece el art 49.2 de la LC se integrarán en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado que sean responsabilidad de la sociedad conyugal. Por tanto, si son deudas gananciales, y ya ha respondido de ellas el cónyuge concursado con el patrimonio común, el legislador pretende evitar que los acreedores puedan dirigirse también frente al otro cónyuge.

CONCLUSIONES.

La Ley 22/2003 Concursal, es un texto que pone orden en el sistema concursal, que hasta entonces se componía de una diversidad de normas muy antiguas aun vigentes. Desde su publicación el 9 de julio del año 2003 la Ley Concursal no ha hecho otra cosa que ser reformada.

Las dos últimas grandes modificaciones son las desarrolladas por La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce un nuevo mecanismo preconcursal y extrajudicial de resolución de situaciones de insolvencia, esto supone una novedad, ya que hasta ese momento la Ley Concursal solo recogía los acuerdos de refinanciación como solución alternativa al concurso. Y el Real Decreto-Ley 1/2015 de mecanismos de segunda oportunidad, que introduce la exoneración del pasivo insatisfecho, siguiendo las recomendaciones europeas, y supone un gran avance hacia el fresh start, dando una segunda oportunidad a las personas, para que no arrastren los fracasos empresariales.

Hay que destacar, que obviamente, las condiciones del entorno económico han cambiado mucho, desde la bonanza económica del año 2003. En 2004 (según datos del INE) tan solo se declararon 202 concursos, mientras que en 2013, año en el que se lleva a cabo la reforma que introduce el acuerdo extrajudicial de pagos, se registran 9.937 concursos. Casi se multiplica por 50 el número de concursos en diez años, por ello, el sistema concursal es incapaz de absorber todo ese volumen de trabajo.

- La percepción general sobre el concurso de acreedores es negativa, las empresas intentan a toda costa no tener que acudir al concurso, ya que se relaciona con el fin de la actividad empresarial. Por ello muchas empresas acuden al concurso cuando ya es demasiado tarde, y la única solución es la liquidación. Ello choca de lleno con la intención del legislador de primar el convenio como solución al concurso.

- El legislador, pretende evitar la situación concursal, estableciendo un sistema de acuerdos previos, denominado: acuerdo extrajudicial de pagos, que en principio, no parece demasiado eficaz, ya que apenas un año y medio después de su publicación, se modifica nuevamente. A pesar de que el número de concursos comienza a descender en 2014 y en el primer trimestre de 2015, se puede asegurar que el acuerdo extrajudicial de pagos no ha tenido éxito, debido a los exigentes requisitos para acceder a él, y al escaso margen para negociar entre las partes. Por tanto la disminución del número de concursos, se debe más bien a leves síntomas de mejoría de la economía. Además hasta la reforma de 2013 el sistema concursal no regulaba mecanismos específicos para las microempresas y PYMES, que en España forman la mayoría del tejido empresarial y de las cuales al menos la mitad son personas físicas, que se regían por el procedimiento abreviado, que no preveía sus particularidades.

- El acuerdo extrajudicial de pagos llegó tarde y mal, la idea era buena, pero no se desarrolló bien, y prueba de ello, es que la última modificación introducida por el Real Decreto Ley 1/2015 reforma prácticamente todos los artículos del título X de la Ley Concursal, "el acuerdo extrajudicial de pagos". Parece ser que el legislador también se dio cuenta de las carencias que tenía

este procedimiento. Y llega tarde, porque desde 2008 el número de concursos se dispara, pero no se toman medidas importantes hasta la Ley de emprendedores de 2013.

- El acuerdo extrajudicial de pagos mejora notablemente con las modificaciones del RDL 1/2015, si bien sigue teniendo algún error, y aunque es pronto todavía para poder valorar su grado de aplicación, (y sin descartar nuevas modificaciones ya previstas). Consideramos que con las mejoras técnicas oportunas puede ser una alternativa efectiva y suponer una oportunidad para que los deudores puedan alcanzar acuerdos con sus acreedores y evitar llegar al concurso.

- El RDL 1/2015 que introduce la exoneración del pasivo insatisfecho, llega con mucho retraso, si nos comparamos con otros países europeos como Francia, Italia, Alemania o Portugal, que regulan medidas similares desde hace años. En nuestro caso, la Ley 14/2013 de emprendedores, ya regulaba una especie de exoneración, pero era tan complicado acceder a ella y sus beneficios eran tan limitados que hacían prácticamente imposible su funcionamiento.

- El modelo de exoneración de pasivo insatisfecho presenta importantes carencias, el sistema que se ha establecido no es efectivo hasta cinco años después de obtener el beneficio, con lo cual se desincentiva a los emprendedores, que no iniciaran nuevas actividades o se mantendrán en la economía sumergida durante ese tiempo. Es cierto que el legislador quiere también proteger los intereses de los acreedores, pero creo que había formulas mejores para ello, considerando mejor el modelo alemán, seguido por el portugués. No obstante, considero que será necesario el paso de al menos cinco años para poder valorar si esta medida funciona, ya que ahora se está concediendo el beneficio provisional, pero hasta dentro de cinco años no podremos valorar realmente si funciona o no este modelo.

- Tanto en el acuerdo extrajudicial de pagos, como en la exoneración del pasivo insatisfecho, se excluyen los créditos de derecho público. La administración esta blindada, tanto a la hora de alcanzar un acuerdo, como en el caso de concederse la exoneración. En nuestro modelo económico formado mayoritariamente por pequeñas y medianas empresas, puede haber muchos casos en los que los créditos de derecho público supongan partes muy importantes del pasivo de las empresas, y si no pueden hacer frente a esas deudas, acabaran en el concurso y sin posibilidad de exoneración. Consideramos, que debería tratarse a la administración como un acreedor más, tal vez estableciendo ciertos privilegios, dependiendo de la naturaleza del crédito, o con umbrales mínimos de pasivo satisfecho, pero no excluyéndola totalmente de dichos procedimientos.

La ley debe adaptarse a las necesidades económicas y sociales. No obstante, el exceso de modificaciones sufridas por la Ley Concursal desde su entrada en vigor, pueden acabar provocando una situación de inseguridad jurídica, por lo que estimo conveniente una reforma meditada y consensuada que dote de estabilidad al sistema concursal.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas:

- **BROSETA PONT, M. Y MARTINEZ SANZ, F. (2012):** "Manual de derecho mercantil", Volumen II, Tecnos, Madrid.
- **Farjas Lacasa, J. (2014).** "el acuerdo extrajudicial de pagos en la ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización: análisis crítico". En: <https://zaguan.unizar.es>
- **García-Valdecasas, J.A., y Merino Escartín, J.F. (2013),** Resumen de la ley de emprendedores y su internacionalización, 24/9/2013. En: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/resumenes/2013-emprendedores.htm#PARTEII>
- **Nieto Delgado, C. (2013).** Memento práctico. Concursal 2014, Obra colectiva. Capítulo 1. Derecho preconcursal y acuerdos de refinanciación. Francis Lefebvre. Madrid 2013.
- **Bujidos, E., Marqués, I., Fernández, A. (2013).** PricewaterhouseCoopers, "Análisis económico de los concursos en España". Baremo concursal PWC.
- **Ramos, T., Amorrinch, A., PWC,** "Temas candentes de los procesos concursales".
En: https://www.pwc.es/es_ES/es/publicaciones/financiero-seguros/assets/temas-candentes-procesos-concursales.pdf
- **Instituto Nacional de Estadística. (INE). Tabla INE 3166.** Estadísticas del procedimiento concursal. Datos anuales de deudores concursados por Comunidades Autónomas y provincias. On-line.
- **Prats Albentosa, L. (2014),** "la mediación pre-concursal" Diario La Ley, N°8264, sección tribuna, 5 de marzo de 2014. LA LEY 1041/2014. On- line.
- **Sennes, C. (2014).** "El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?". Revista de Derecho Civil, vol.1 enero-marzo.
- **Pulgar Ezquerro, J. (2015)** "Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad". Proyecto de investigación DER 2011/28586, sobre financiación de empresas en crisis. On-line.

- **Cabanas Trejo, R. y Ballester Azpitarte, L. (2015).** "Nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos". Boletín jurídico mensual. 4 de marzo de 2015.
- **Carrasco Perera, A. (2013).** "Los nuevos Mediadores Concursales". Editorial Aranzadi. Pamplona. Num872/2013. On-line
- **Castillejo Manzanares, R. (2013).** "La figura del Mediador Concursal en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos". Cuaderno electrónico de estudios jurídicos. Santiago de Compostela. www.CeeJ.es
- **Aznar Giner, E. (2014).**"Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago". Tirant lo Blanch.
- **Alfonso Sánchez. R. (2014).** "la Mediación en asuntos mercantiles" capitulo XV el concurso consecutivo. Tirant lo Blanch.
- **Carazo González, I. y Domínguez Ruiz, G.** "Modificaciones en la ley 22/2003 concursal, introducidas por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores". Civil mercantil. RCyT. CEF, núm. 239 (2013).
- **Pleno del consejo general del poder judicial.** "Informe sobre el Anteproyecto de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización" 11-07-2013, pags 48 y 49. En: <http://www.poderjudicial.es>
- **Hurtado Yelo, J.J. (2015).** "Presupuestos necesarios para la declaración del concurso consecutivo". Revista de jurisprudencia, (marzo de 2015). En: <http://www.elderecho.com>
- **Xiol Rios, J.A. (2013),** jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de materia de clausulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria con especial referencia al régimen transitorio. Madrid 8 de mayo de 2013. En: www.poderjudicial.es
- **Senent Martínez, S. (2015).** "Exoneración del pasivo insatisfecho y concurso de acreedores". Tesis Doctoral. Madrid. En: <http://eprints.ucm.es/28133/1/T35661.pdf>
- **Senent Martínez, S. (2015).** "El RDL 1/2015 Una revisión a la segunda oportunidad en la insolvencia de las personas físicas". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2015. LA LEY. On-line. <http://revistas.laley.es/>

- **Senent Martínez, S. (2015).** "RDL"1/2015 ¿una segunda oportunidad para el acuerdo extrajudicial de pagos?". En: <http://hayderecho.com/2015/03/23/el-rdl-12015-una-segunda-oportunidad-para-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/>
- **Cuena Casas, M. (2015).** "Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad, para la persona física insolvente". Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, 2015. LA LEY. En: <http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?>
- **Hernández Rodríguez, M^a Mar. (2015).** "La segunda oportunidad en el Real Decreto-Ley 1/2015". Revista derecho mercantil. En: http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/segunda-oportunidad-Real-Decreto-Ley_11_790930003.html

Legislación y recomendaciones.

- **España. Ley 22/2003, de 9 de julio. Ley Concursal.** Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2003, 164, texto consolidado el 28 de abril de 2015. BOE-A-2003-13813.
- **España. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.** Boletín Oficial del Estado de 28 de septiembre de 2013, 233:78787 a 78882. BOE-A-2013-10074.
- **España. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.** Boletín Oficial del Estado de 28 de febrero de 2015, 51:19058 a 19084. BOE-A-2015-2109.
- **España. Real Decreto de 24 de julio de 1889, el Código Civil.** Boletín oficial del estado de 25 julio de 1889, 206. texto consolidado el 3 de julio de 2015. BOE-A-1889-4763.
- **España. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.** Boletín Oficial del Estado de 7 de julio de 2012, 162:49224 a 49242. BOE-A-2012-9112.
- **España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.** Boletín Oficial de Estado de 8 de enero 2000, 7. Texto consolidado el 3 de julio de 2015. BOE-A-2000-323.
- **Juzgado de lo mercantil núm. 3 de Barcelona.** Auto de 24 de enero de 2014, procedimiento 40/2014. Solicitud de medidas cautelares.

- **Juzgado de lo mercantil núm. 9 de Barcelona.** Auto 12/2014 de 22 de enero. Procedimiento 1/2011. Sentencia de 22/01/2014. Conclusión del concurso.
- **Juzgado de mercantil núm. 10 de Barcelona.** Auto de 14 de abril de 2015, procedimiento: concurso voluntario 797/2013. Concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.
- **Recomendación de la Comisión Europea** de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. DOUE núm. 74, de 14 de marzo de 2014. DOUE-L-2014-80463.
- **Recomendaciones de la Comisión Europea dentro del proyecto del "Procedimiento Best"** sobre reestructuración, quiebra y nuevo comienzo. Septiembre de 2003.
- **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "el crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia".** De 16 de febrero de 2008 (2008/C 44/19)
- **Conclusiones de la reunión de Magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de la aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores sobre cuestiones concursales,** 11 de octubre de 2013. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº20, editorial LA LEY.