

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la
Comunicación, Campus María Zambrano, Segovia.

Trabajo de Fin de Grado de Derecho.

Título: ÉXITOS Y FRACASOS DE LA
MEDIACIÓN CONCURSAL.



ALUMNA: Isabel Cámara Santos

TUTORA: Laura González Pachón

Fecha convocatoria: 17 de septiembre de 2020.

RESUMEN: La mediación concursal es uno de los instrumentos legislativos del ámbito preconcursal que permiten llevar a cabo una negociación entre el deudor y los acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con el objetivo de evitar el concurso de acreedores. La insolvencia detectada a tiempo donde exista cierta viabilidad persigue atender al principio conservativo de la empresa para la continuidad de la actividad. Para los deudores persona física y empresarios la mediación es uno de los requisitos necesarios para el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

El objetivo del presente trabajo es abordar las ventajas del alcance de un acuerdo extrajudicial de pagos y los obstáculos con los que se enfrenta en su aplicabilidad en la práctica jurídica.

PALABRAS CLAVE: acuerdos extrajudiciales de pagos (AEP), concurso, deudor, insolvencia, mediación.

ABSTRACT: *Bankruptcy mediation is one of the legislative instruments in the pre-bankruptcy field that allows a negotiation between the debtor and the creditors to be carried out to reach an out-of-court settlement of payments in order to avoid bankruptcy. Insolvency detected in time where there is a certain viability seeks to meet the conservative principle of the company for the continuity of the activity. For natural person and business debtors, mediation is one of the necessary requirements for the benefit of exoneration of the unsatisfied liability.*

The objective of this project is to address the advantages of reaching an out-of-court payment agreement and the obstacles it faces in its applicability in legal practice.

KEYWORDS: *out-of-court payment agreement, insolvency proceedings, debtor, insolvency, mediation.*

PRINCIPALES ABREVIATURAS:

AEAT: Agencia Estatal de Administración Tributaria.

AEP: Acuerdos extrajudiciales de pagos.

AR: Acuerdo de refinanciación.

BEPI: Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CNUDMI: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

ET: Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores)

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

LC: Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal

LMACM: Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

PAC: Propuesta Anticipada de Convenio.

REFOR-CGE: Registro de Economistas Forenses – Consejo General de Economistas.

TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.

TS: Tribunal Supremo

TRLC: Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

UE: Unión Europea.

INDICE:

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: ÁMBITO LEGISLATIVO.

- 1.1. Una aproximación a la mediación civil.
- 1.2. Las reformas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
- 1.3. La influencia del Derecho de la Unión Europea.
- 1.4. La incidencia del modelo francés.

CAPITULO 2: PRINCIPALES EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

- 3.1. Concurso de acreedores, breve itinerario.
- 3.2. Efectos sobre el deudor.
- 3.3. Sobre los acreedores y sus créditos.
- 3.4. Labores de la administración concursal.
- 3.5. Propuesta anticipada de convenio.

CAPÍTULO 3. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS.

- 2.1. Concurso de acreedores e institutos preconcursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos).
- 2.2. Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal/ Título III del Libro segundo del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)
- 2.2.1. Presupuesto subjetivo.
- 2.2.2. Presupuesto objetivo.
- 2.2.3. Itinerario del procedimiento.

2.3. Breve referencia al Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI).

CAPÍTULO 4. VENTAJAS E INCOVENIENTES DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS.

4.1. Teoría de juegos.

4.2. Iniciación del expediente.

4.3. Figura del mediador concursal.

4.4. Percepción de fracaso por parte del deudor.

4.5. Acreedores problemáticos. Convocatoria y reunión de los acreedores.

4.6. Contenido y efectos del alcance de un acuerdo extrajudicial de pago.

4.7. Concurso consecutivo.

CAPÍTULO 5. LA INCIDENCIA DEL DERECHO CONCURSAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

5.1. Medidas reorganizativas y restructurativas de la legislación concursal y de la legislación laboral.

5.2. Fórmulas de economía social como alternativa al cierre empresarial.

CONCLUSIONES.

ANEXOS: Reflexiones obtenidas de entrevistas con profesionales en la materia: Jueza de lo Mercantil (Cecilia Fernández), Administrador Concursal (Emilio Fuentetaja) y Cámara de Comercio de Segovia (Carlos Besteiro).

BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN:

Las grandes reformas en el Derecho de la insolvencia nacen con el objetivo de paliar los efectos de crisis económicas mundiales como la que estamos sufriendo en el momento actual provocada por el Covid-19 y como la crisis del año 2008 que tuvo su origen en la caída del Banco de Inversión estadounidense Lehman Brothers.

Uno de los principales objetivos de los diferentes cauces e instrumentos jurídicos que nuestra legislación regula es buscar un equilibrio entre la satisfacción de los acreedores y la recuperación de los deudores.

En la práctica, podemos observar cómo el Derecho de la insolvencia en ciertos momentos no se adapta a la realidad jurídica y social. Los deudores ya sean personas físicas no empresarios, personas físicas empresarios o personas jurídicas (mayormente empresas y sociedades) llegan *muertos* al concurso, es decir, con apenas activo que será liquidado para satisfacer un pasivo elevado en el mejor de los casos (ya que en caso de insuficiencia patrimonial se archivarán las actuaciones).

El concurso de acreedores es el procedimiento estrella en el Derecho de la Insolvencia pero cuenta con grandes desventajas debido a su agresividad en la figura del deudor. Sin embargo, nuestra legislación prevé otros instrumentos jurídicos preconcursales como son los acuerdos extrajudiciales de pagos y los acuerdos de refinanciación.

El presente trabajo aborda el análisis de los acuerdos extrajudiciales de pago como mecanismo de tratamiento de la insolvencia centrada principalmente en personas físicas no empresarios (consumidores desde el punto de vista mercantil), personas físicas empresarios (concepto ampliado a trabajadores autónomos, entre otros) y personas jurídicas que demuestren ser viables en el marco de la insolvencia de buena fe.

La insolvencia debe ser tratada como una oportunidad de futuro, no como el final.

CAPÍTULO 1. ÁMBITO LEGISLATIVO.

1.1. Una aproximación a la mediación civil.

La tendencia de los diferentes ordenamientos jurídicos de nuestro entorno es la búsqueda de vías extrajudiciales que salvaguarden el buen funcionamiento de los poderes de justicia ante la alta demanda de litigios que pueden desencadenar en el colapso y retraso en la administración de justicia, ya que el Juez debe resolver siempre que se le plantee una controversia (principio *iura novit curia*). En nuestro país, no existe una cultura arraigada de la mediación como ocurre en otros países europeos como Francia o Italia donde está plenamente integrada como una vía más en la resolución de controversias. Se tiende socialmente a la búsqueda del poder judicial como garantía de mayor tecnicismo y seguridad para aportar una solución a la controversia. Sin embargo, esto provoca la saturación de juzgados que tienen que tratar con situaciones en las que la autonomía de la voluntad tendría plena cabida siendo la conciliación el reflejo de que las partes podrían exponer sus argumentos y alcanzar entre ellas un acuerdo sin necesidad de que sea un tercero el que imponga una solución que, por lo general, no beneficia a ambas partes, incluso puede ser más agresiva y menos satisfactoria.

Si realizamos un estudio desde la perspectiva teórica del Derecho Privado encontramos que entre sus ramas principales destacan el Derecho Civil y el Derecho Mercantil de contenido patrimonial donde radica el análisis que nos ocupa. No obstante lo anterior, es necesario tener en cuenta que, una de las notas características del Derecho Mercantil es que se trata de un derecho especial frente al Derecho Civil o Común.

La *Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* en su artículo 1 define la mediación como: *“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”*. Para entender mejor la mediación concursal debemos aludir a su origen, la mediación civil, base de lo que después en el ámbito mercantil (concretamente en su dinámica concursal) conoceremos como acuerdos extrajudiciales de pagos (AEP).

En cuanto al ámbito de aplicación de esta ley, quedan excluidas la mediación penal, laboral, administrativa y en materia de consumo por entenderse que son materias donde no cabe el principio de autonomía de la voluntad o porque su legislación tiene carácter imperativo, se trata de proteger en el caso de la mediación concursal o de consumo a la parte que se entiende más débil frente a la otra parte que se presume que goza de una posición de

superioridad (el trabajador o el consumidor frente al empresario). En el ámbito penal, la justicia restaurativa se está empezando a plantear para determinados delitos leves (los tipificados antes como faltas) para facilitar el flujo de los Juzgados saturados que provocan un retraso en la administración equitativa de justicia. Si nos referimos a la mediación administrativa, destaca la indisponibilidad del crédito tributario, es decir, se trata de preservar la acción de los poderes públicos que debe gozar de legitimidad no quedando sometida una posible negociación.

Mientras que la mediación concursal no queda fuera, sino que se convierte en su principal regulación, pero debido a la especialidad de la materia debe ser completada por la Ley Concursal¹ y desde el 1 de septiembre de 2020 por el TRLC.

Ya con la reforma de 2013 de la Ley Concursal se regula de forma especial la mediación concursal debido a la necesidad de paliar los efectos de la crisis económica mundial iniciada en 2008 (analogía con la crisis sanitaria provocada por el Covid-19). El dinamismo de la legislación concursal busca atajar los problemas sociales y económicos con los que nuestro sistema se va encontrando.

Y es que el principal objetivo de la incorporación de los acuerdos extrajudiciales de pagos a nuestro ordenamiento es contribuir al principio de conservación de la empresa evitando así su destrucción y ofrecer mecanismos que premien la viabilidad sorteando el concurso de acreedores, procedimiento mucho más agresivo. Además se busca la protección de los consumidores como sujetos de insolvencia y sobreendeudamiento.

1.2. Las reformas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El Derecho de la insolvencia posee una larga historia. El primer tratado de Derecho concursal fue elaborado por el jurista del siglo XVIII, Salgado de Somoza que empleó con carácter innovador el término “concurso”.

Nuestra Ley Concursal ha sido fruto de sucesivas e innovadoras reformas en atención a las necesidades que iban surgiendo en nuestra realidad jurídica, social y económica. La práctica y la doctrina han demostrado que aún queda un largo camino por recorrer en la elaboración de una regulación del Derecho de la Insolvencia que sea equitativo y útil en su tratamiento.

¹ SOLETO MUÑOZ, Helena. “La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil” *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 77-101 n° 98 mayo-agosto 2016, ISSN: 1889-7045.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor en septiembre de 2004, supuso la unificación de procedimientos en uno (el que conocemos como concurso de acreedores), de disciplina ya que no se hará distinción entre deudores comerciantes y no comerciantes, y recogerá como único texto legislativo todos los aspectos sustantivos, materiales y objetivos en materia concursal.² También se refleja la tendencia al fin solutorio del concurso, es decir, su regulación está encaminada con carácter preferente a la satisfacción de los créditos.

Sus sucesivas reformas han tenido como impulso la gran crisis económica que tuvo su origen en el año 2008 tras el efecto dominó que provocó la caída del Banco de Inversión estadounidense Lehman Brothers. Y tras su última reforma a través del Texto Refundido, queda latente el gran impacto económico que ha tenido la crisis sanitaria provocada por el Covid-19.

La primera gran reforma tiene su origen en el *Real Decreto-Ley 3/2009 de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica*. Destaca la protección de los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de reintegración y agilización en la tramitación y la reducción de los costes derivados del proceso. Estas modificaciones se plasmaron en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (protección de los acuerdos de refinanciación frente a las acciones de reintegración y artículo 5 bis referente a la publicidad del concurso, entre otras).

El Derecho de la Insolvencia se va enfrentando a nuevos paradigmas tratando de buscar soluciones alternativas al concurso de acreedores. Debido a la influencia del Derecho de la Unión Europea, nuestra legislación va introduciendo los institutos preconcursales (acuerdos extrajudiciales de pagos y acuerdos de refinanciación), se establece un mecanismo de segunda oportunidad para el deudor de buena fe y cobran mayor relevancia medidas de reestructuración conservativas de la empresa viable (en la Exposición de Motivos del TRLC se apuesta por el principio conservativo con carácter prioritario para el tratamiento de la insolvencia).

Con la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, se pretende impulsar el crecimiento y mantenimiento del tejido empresarial. Mediante esta ley se introduce en nuestro ordenamiento jurídico el acuerdo extrajudicial de pagos como

² Exposición de motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

procedimiento ágil y menos costoso en comparación con el carácter generalmente liquidatorio del concurso de acreedores.

Durante el período comprendido entre los años 2014 y 2015, tuvieron lugar una serie de reformas (Real Decreto-Ley 4/2014 y Ley 17/2014, Real Decreto-Ley 11/2014 y Ley 9/2015, Real Decreto-Ley 1/2015 y Ley 25/2015) siendo la más importante la Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad y reducción de carga financiera que introduce el Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI). Estas reformas buscan agilizar el concurso de acreedores y potenciar los institutos concursales. A través de estos Reales Decretos se busca armonizar nuestra legislación a la corriente europea en materia de fracaso empresarial y sobre los procedimientos de reestructuración temprana.³

Podemos concluir que aunque el fin solutorio tuviera carácter preferente en la redacción original de nuestra Ley Concursal, se ha ido matizando el objetivo del Derecho de la insolvencia. No va a estar sólo encaminado a los intereses de los acreedores, sino que se va a buscar la conservación de la empresa que demuestre tener cierta viabilidad, se va a proteger al deudor de buena fe y se le va a otorgar la posibilidad de un "*fresh start*" y se van a tomar medidas de protección para los trabajadores asalariados cuando su empresa es insolvente, ya que la conservación del empleo contribuye a mantener el sistema económico.

De reciente actualidad, debemos añadir la última gran reforma significativa provocada por la gran crisis sanitaria del Covid 19 que azota a todas las economías del mundo. Parte de la doctrina y de los profesionales del Derecho consideran que aunque fuera necesaria una reforma de nuestra Ley Concursal, porque a pesar de sus sucesivas reformas no se ha adaptado a las necesidades de la realidad jurídica, no ha sido el mejor momento para llevarla a cabo.

El 7 de mayo de 2020 se publica en el BOE el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Entrará en vigor el 1 de septiembre derogando la actual Ley Concursal (en adelante TRLC).

Respecto a los acuerdos extrajudiciales de pago introduce como novedades que tras el nombramiento del mediador concursal, el deudor titular de crédito tributario o de deudas con la Seguridad Social que no hayan sido abonados deberá solicitar un aplazamiento o fraccionamiento si prevé que no podrá hacerse cargo de ellas. Por otro lado, para adoptar el

³ PULGAR EZQUERRA, Juana et al. Manual de derecho concursal. 2a ed. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2019. Print.

acuerdo, solo deben computarse los créditos sin garantía real, así como la parte de los créditos garantizados que exceda del valor de la garantía y los créditos con garantía real que hubieran aceptado el acuerdo.⁴

Respecto al concurso consecutivo, que será común tanto para el acuerdo extrajudicial de pagos como para el acuerdo de refinanciación, se establece la competencia judicial para conocer del concurso consecutivo: en el AR será el juez que hubiera homologado el acuerdo y en el AEP el juez que lo hubiera declarado nulo, ineficaz o incumplido. Entre las normas comunes a ambos acuerdos, encontramos la irrevocabilidad de los acuerdos de refinanciación homologados y los acuerdos extrajudiciales de pagos que cumplan unos requisitos (protección de los pagos frente a las acciones de reintegración).

1.3. La influencia del Derecho de la Unión Europea.

Para entender mejor nuestra regulación del Derecho de la Preinsolvencia y, concretamente, de los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos debemos tener presente que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en contacto directo con las corrientes legislativas europeas y a través de la armonización, nuestra legislación se adapta a ellas.

En primer lugar, debemos destacar *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) utiliza leyes modelo para ayudar a los Estados a crear procedimientos comunes con el fin de armonizar internacionalmente el Derecho Mercantil. En esta Ley Modelo se nos ofrece un sistema de mediación: cómo debe ser el nombramiento de los mediadores, como debe ser el procedimiento, así como las cuestiones que tendrán lugar posteriormente como la conversión del mediador en árbitro y el carácter ejecutivo de los acuerdos de transacción. Los Estados utilizan esta ley modelo para crear su propia norma interna.⁵

En segundo lugar, destaca la *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*. Directiva que ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico tras la

⁴ GARRIGUES COMUNICA, 15 claves para entender el nuevo texto refundido de la Ley Concursal: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/15-claves-entender-nuevo-texto-refundido-ley-concursal

⁵ Página web oficial de la **Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional**: https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation

última reforma operada por el TRLC operada en 2020. Con un carácter más concreto, esta Directiva busca armonizar y unificar los diferentes procedimientos relativos a la insolvencia en el ámbito de la Unión Europea. Cabe destacar como dato llamativo que excluye a las personas físicas no empresarios (consumidores), sin embargo, no incide en lo ya regulado por nuestra LC para esta clase de deudores.

Sin entrar en su análisis, la Directiva regula con carácter preceptivo la posibilidad de las personas físicas empresarias y personas jurídicas insolventes puedan acceder a un procedimiento que les exonere completamente de sus deudas. El período de tiempo para conseguir esta exoneración no podrá superar los 3 años a partir de la firmeza del plan de pagos. Contrasta con lo regulado en el artículo 178 bis de la LC, que establece para personas físicas no empresarias un plazo de 5 años. Además, elimina la intervención judicial, al permitir que se obtenga la exoneración al finalizar el plazo. Finalmente, se concede la acumulación de procedimientos para el deudor por su pasivo profesional y por su pasivo personal, quedando fusionado todo el pasivo en un único procedimiento.⁶

1.4. La incidencia del modelo francés.

Dentro de los diferentes tratamientos que recibe el Derecho de la Insolvencia en los países de nuestro entorno, cabe destacar el modelo francés que es el gran referente de nuestra Ley Concursal.

El sistema francés establece diferencias para cada tipo de deudor: deudor persona física, deudor persona física empresaria y deudor persona jurídica.

La protección del deudor persona física (consumidores) está enfocada a la recuperación de su sobreendeudamiento, no sólo por ser beneficioso para el propio deudor sino para la sociedad en su conjunto.

El Código de Consumo francés (*Code de la Consommation*) en el artículo L 330-1, contempla *el sobreendeudamiento de las personas físicas como la imposibilidad de que el deudor de buena fe pueda afrontar sus deudas ajenas a su ámbito profesional*. Por tanto, se promueve un plan convencional de recuperación personal (si las características del deudor lo permiten) donde se incluye un mínimo vital, una reducción de la deuda, una reorganización de las deudas... El deudor de

⁶ Acorde a lo establecido en la nueva *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas* que quedará transpuesta con la nueva redacción de la Ley Concursal en vigor a partir del 1 de septiembre de 2020.

buena fe puede pactar con sus acreedores la reestructuración o el aplazamiento. En caso de que este procedimiento no sea adecuado, se liquidaría el patrimonio del deudor atendiendo a su activo.

Para personas físicas empresario y personas jurídicas sobreendeudadas, el Código de Comercio francés ofrece dos posibles soluciones extrajudiciales:

- **El mandato ad hoc:** procedimiento confidencial para deudores inscritos en el Registro de Comercio y Sociedades donde el Tribunal de Comercio nombrará a un mandatario ad hoc para acudir a las negociaciones. En caso de acuerdo con los acreedores, los que hayan firmado quedarán vinculados.
- **Procedimiento de conciliación:** el deudor solicita del Tribunal de Comercio la necesidad del nombramiento de un conciliador (en España, mediador concursal) que será el encargado de dirigir la negociación para fomentar el acuerdo amistoso entre el deudor y los acreedores. Este acuerdo recoge las quitas y esperas fruto de las negociaciones entre deudor y acreedor y es susceptible de homologación judicial.

La principal diferencia que choca con nuestro ordenamiento jurídico es que los acreedores de Derecho Público y la Seguridad Social pueden participar en la conciliación, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se prohíbe la disponibilidad sobre el crédito tributario⁷. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo abre la posibilidad a través de la STS 2253/2019 de 2 de julio de 2019 para alcanzar la exoneración total de las deudas del deudor de buena fe (mecanismo de segunda oportunidad).⁸

⁷ Artículo 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Indisponibilidad del crédito tributario. El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa.

⁸ RAMOS CALVO, M^a DOLORES (2019) "Régimen jurídico de la mediación concursal en el Derecho español" (tesis doctoral). Universidad de Alicante, España.

CAPÍTULO 2: PRINCIPALES EFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

Para entender mejor el denominado Derecho de la Preinsolvencia es necesario conocer el procedimiento y los efectos que tratamos de evitar con su utilización. En la Exposición de Motivos del TRLC, se alude a la rigidez del concurso de acreedores y al posible colapso de los Juzgados ante la amplia demanda de procedimientos derivados de la crisis sanitaria que ha desencadenado una profunda recesión económica. Por ello, el legislador promueve junto con los instrumentos preconcursales, la propuesta anticipada de convenio como solución a la insolvencia cuando se convierte en un procedimiento judicial.

En este capítulo se recogerán las principales características del concurso de acreedores y los efectos que tiene en las diferentes partes intervinientes que nos permitirá reflexionar sobre la necesidad de inculcar una cultura de la mediación como alternativa a la intervención judicial.

El concurso en su desarrollo genera riesgos por su estructura rígida, dividido en fases donde el Juez del Concurso asume competencias desorbitadas a pesar de la institución de la administración concursal que puede quedar relegado como un mero auditor de cuentas. El concurso comporta una serie de gastos tanto temporales como económicos en la figura del deudor, pero también psicológicos por la pérdida de prestigio y confianza crediticia frente a terceros por el impacto que la publicidad del procedimiento requiere.

2.1. Concurso de acreedores, breve itinerario.

Producida la insolvencia del deudor en los términos del artículo 2.2 LC/artículo 2.3 TRLC (insolvencia inminente o actual) y su declaración en concurso de acreedores ya sea por la acción del deudor (concurso voluntario) o de los acreedores (concurso necesario), el juez competente (Juez de lo Mercantil del domicilio del deudor) dictará auto de declaración de concurso nombrando al o los administradores concursales dependiendo de si el procedimiento es abreviado o no.

La finalidad del concurso de acreedores consiste en proteger el patrimonio del deudor para que no sufra ningún detrimento que pudiera perjudicar la oportunidad de que los acreedores vean satisfechos sus créditos. El patrimonio del deudor pasará a formar dos masas: la masa activa constituida por los bienes del deudor concursado que serán atacados

para afrontar la masa pasiva formada por las obligaciones que debe satisfacer (créditos de los acreedores).

La administración concursal elaborará un informe cuyo contenido incluirá el análisis de la situación del deudor concursado, la determinación de la masa activa y de la masa pasiva y la posibilidad de una propuesta anticipada de convenio.

La fase de convenio tendrá lugar tras la junta de acreedores donde se estudiará la propuesta de convenio y se someterá a votación. En caso de que se apruebe, el concurso se dará por finalizado y en caso de que no se produzca esa aprobación se abrirá la fase de liquidación donde en caso de que la masa activa sea suficiente se intentará cubrir la mayoría de créditos posibles y en caso de que no sea suficiente se dará por finalizado el concurso o se producirá un nuevo concurso.

En la práctica, el error que los deudores cometen con mayor frecuencia es tratar de evitar el concurso postergando la toma de decisiones en el marco de la Ley Concursal. No utilizar esta herramienta legislativa a tiempo implica una mayor insolvencia cuyo desencadenante es el concurso, las empresas llegan con apenas activo y los acreedores sufren las consecuencias de la negligencia en la pronta actuación del deudor.

2.2. Efectos sobre el deudor.

En el concurso de acreedores, el deudor va a ver limitada su capacidad y actividad desde un punto de vista personal y patrimonial. Una vez declarado el concurso, el juez nombrará a los administradores concursales para que se encarguen de la gestión del patrimonio del concursado. El deudor pierde la disposición de su patrimonio y el control de su actividad, no así sus derechos personales ya que son ajenos al procedimiento concursal. Aunque la finalidad de la gestión por parte de un administrador concursal es proteger la masa activa, puede ser percibida como represiva ya que las limitaciones impuestas afectan a todo el patrimonio del deudor.

El concursado pierde las facultades de administración y disposición sobre su propio patrimonio (*utendi, fruendi atque abutendi*). Por ejemplo, la disposición a título oneroso (compraventa) salvo aquellos actos que sean beneficiosos para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor.⁹ En el artículo 106 TRLC se recogen los efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado en la misma línea que en la

⁹ Véase artículo 44 LC.

regulación anterior distinguiendo entre concurso voluntario donde el deudor tendrá la posibilidad de conservarlas mientras que en un concurso necesario será el administrador concursal quien las asuma.

La declaración de concurso por sí solo no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor. Si el concurso es voluntario (instado por el propio deudor), normalmente podrá continuar al frente de la actividad mientras que si es necesario (instado por los acreedores) se le apartará de la gestión y de la administración colocando en su lugar a los administradores concursales.

Las facultades de uso y disfrute entendidas como facultad de administración implican que el deudor no tendrá el mismo campo de actuación respecto a la asunción y cumplimiento de obligaciones.

Es importante resaltar que no es que el deudor pierda la titularidad sobre su patrimonio, sino que se produce una sustitución *ex lege* en el ejercicio de estas facultades por el administrador concursal. Si se trata de persona jurídica, los administradores no pierden su condición, sino que dejan de ejercer sus labores.

El concurso impone restricciones a los derechos y libertades fundamentales del deudor concursado. El artículo 41 LC (artículo 105 TRLC) nos indica que la declaración de concurso afecta a la correspondencia (secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE), a la libertad de residencia del artículo 19 CE que puede ser restringida y a la libertad de circulación del artículo 18.2 CE. Al tratarse de la restricción de derechos fundamentales deberán respetarse en su adopción las medidas constitucionales necesarias.

El concurso puede dar lugar a restricciones de carácter personal, derivadas de la sentencia de calificación. Si el concurso es declarado como culpable, el deudor puede quedar inhabilitado como sanción para administrar bienes propios o ajenos durante un período de 15 años. Además con el oportuno reflejo registral para la publicidad y conocimiento de terceros por verse intereses de terceros afectados.

Por otro lado, la apertura del concurso de acreedores tiene un gran impacto registral al ser necesaria su publicación en el Registro Civil, en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad.

2.3. Sobre los acreedores y sus créditos.

La comunidad de pérdidas se rige por el principio básico de la *condictio par creditorum* en la que todos los acreedores de la misma condición acceden en igualdad a la satisfacción de sus créditos. Forman la masa pasiva del patrimonio del deudor.

Las principales consecuencias para los acreedores del auto de apertura de concurso son la paralización de las acciones individuales (a excepción de las garantías hipotecarias), se prohíbe la compensación de las deudas y de los créditos del concursado, se suspende el devengo de intereses (legales y convencionales), se suspende el derecho de retención y se interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración.

2.4. Labores de la administración concursal.

En caso de concurso consecutivo, el mediador concursal se convertirá en administrador concursal. Desde la doctrina se sitúa al administrador concursal como un auditor de cuentas ya que su labor es garantizar que las empresas estén enfocadas a un grado eficiente de productividad y sean viables para su conservación.¹⁰

Será el auto que declara el concurso el que establecerá el régimen al que quedan sometidas las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor (las facultades personales como la alteración del estado civil no entran dentro de estas restricciones).

La principal función es la elaboración de un informe (artículo 75 LC/artículo 198 TRLC) donde se recogerá un inventario con todos los bienes y derechos del deudor junto con la lista de todos los acreedores especificando los créditos que debe satisfacer. Además cuál será el plan de liquidación o la propuesta de convenio y la evaluación de la unidad productiva (atendiendo al principio de conservación de la empresa insolvente pero viable). La otra función básica es asumir el control de la actividad del deudor para evitar que su mala gestión contribuya a aumentar su insolvencia. En el ámbito bancario (de mi experiencia en una entidad crediticia), los administradores concursales eran cotitulares junto al deudor de la cuenta corriente para así limitar los ingresos y los gastos del deudor. Incluso para ingresar un cheque por la obtención de una cantidad derivada de una compraventa, el deudor necesita el permiso del administrador concursal para abonar esa cantidad).

El Título II de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal denominado “De la Administración Concursal” (Título II “De los órganos del concurso, Capítulo II “De la administración

¹⁰ PASTOR SEMPERE, María del Carmen, “*Dación en pago e insolvencia empresarial*”, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2016.

concurzal en el TRLC) recoge todas las funciones del administrador concurzal. Al ser una lista muy amplia, a continuación se mencionarán las más relevantes: llevar a cabo los contratos mercantiles necesarios para liquidar los bienes de la empresa, cumplir con las obligaciones contables, fiscales y laborales contraídas con la Administración (presentar las cuentas, liquidaciones, declaraciones tributarias y las cotizaciones a la Seguridad Social), convocar las juntas de socios y participar en ellas, y encargarse de todos los aspectos laborales de la empresa como, por ejemplo, la contratación de nueva plantilla o modificación de jornadas.

Si el concurso es voluntario, se intentará que el deudor continúe en sus facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, en caso de que fuera un concurso necesario, será sustituido por el administrador concurzal.

La analogía que podemos observar respecto a la mediación concurzal, es que cuando es el propio deudor conocedor de su situación el que inicia el procedimiento se le otorga como beneficio la disposición y administración de sus bienes, se le permite continuar en su actividad bajo su criterio, eso sí, con la supervisión del administrador concurzal. En el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque el mediador concurzal no supe al deudor sí puede conocer de los actos del deudor que luego acabará influyendo en su labor como administrador en el concurso consecutivo posterior (posible pérdida de neutralidad).

2.5. Propuesta anticipada de convenio.

La solución normal del concurso de acreedores es el convenio concurzal (artículos 98 a 141 LC/ Libro Primero, Título II “Del convenio” en el TRLC) sometido a control judicial para que alcance eficacia jurídica. Difiere del acuerdo extrajudicial de pagos en la intervención judicial.

La propuesta anticipada de convenio no trata de evitar el concurso, si no que se encuentra en un estado anterior a la declaración de concurso. Puede ser presentada por el deudor ante el Juez que corresponda encargado del concurso con la solicitud del concurso voluntario o cuando sea iniciado a instancia de los acreedores (concurso necesario) con el límite temporal de la expiración de la comunicación de los créditos.

Coincide con el acuerdo extrajudicial de pagos en el período de negociaciones de 4 meses desde la notificación del deudor al Juzgado para obtener la adhesión de los acreedores a la propuesta, pero será obligatoria la solicitud del concurso voluntario.

La PAC tendrá un contenido similar al AEP: quitas, esperas, proposiciones alternativas para todos o solo algunos de los acreedores, la conversión del crédito en acciones o participaciones (capitalización de créditos). No podrá consistir en la liquidación del patrimonio total del deudor para satisfacer las deudas ni alterar la prelación de créditos (créditos contra la masa, créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados).

Realmente desde su incorporación con la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la PAC ha carecido de aplicabilidad práctica dado que una vez que ha sido declarado el concurso, los deudores no cuentan con apenas activo dada la tardanza en asumir su insolvencia en perjuicio no sólo de ellos mismos, sino también de los acreedores.

La intención del legislador fue atajar mediante una técnica de reducción de períodos de tiempo y número de acreedores (quinta parte del pasivo), sin embargo, no ha tenido éxito dentro de nuestro ámbito concursal. Es una herramienta percibida por el empresario con desconfianza (comparte la misma problemática que el acuerdo extrajudicial de pagos por la no intervención de un órgano técnico jurídico como es el Juez de lo Mercantil) y por la percepción de que el concurso de acreedores implica un desprestigio profesional y personal intentando el deudor alargar la situación de insolvencia creyendo que podrá sostener su actividad. Otra vez entra en juego la desinformación y el mal asesoramiento del deudor que aún está a tiempo de salvarse de la insolvencia y llegar a un concurso de acreedores, si decide acudir a esa vía, con activo suficiente para hacer frente a la mayor cantidad de créditos posibles.

CAPÍTULO 3. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS.

En el presente capítulo se intentará abordar de forma conceptual la regulación dada para los acuerdos extrajudiciales de pagos (AEP) sin entrar en un profundo análisis debido al constante y dinámico carácter reformador de la legislación concursal. La más reciente provocada por la crisis sanitaria y económica del Covid 19.

El legislador justifica el impulso y el apoyo al Derecho preconcursal alegando en la Exposición de Motivos del TRLC que España debe sumarse a las corrientes europeas que abogan por otros mecanismos para salir de la insolvencia como son los acuerdos extrajudiciales de pagos tratando de alcanzar una armonización entre todos los Estados Miembros de la Unión Europea.¹¹

Las sociedades españolas huían de la regulación de nuestra legislación en materia concursal debido a los constantes cambios normativos que generaban inseguridad y no se ajustaban a la realidad económica por las que nuestro tejido empresarial estaba atravesando. Estas sociedades se refugiaban en otros sistemas legales para alcanzar una solución a su insolvencia rechazando nuestra Ley Concursal.

En la Exposición de Motivos de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización* (ley a la que debemos la introducción en nuestra legislación concursal de los AEP) se también se apuesta por la tendencia conservativa buscando que el tejido empresarial de nuestro país dañado bruscamente por la crisis económica iniciada en 2008 (se produjo una destrucción de 1.9 millones de empresas) sea respaldado por nuevos mecanismos para tratar su insolvencia más ágiles y menos agresivos.

La actividad empresarial está caracterizada por la iniciativa y por el riesgo, por lo que es necesario un cambio de mentalidad que propicie que los ciudadanos asuman un papel dentro de la economía favoreciendo el flujo de capitales que tendrá una repercusión positiva para el conjunto de la sociedad. El apoyo normativo e institucional es clave en la economía de carácter intervencionista en la que vivimos dejando un margen para la expansión internacional favoreciendo la entrada de nuevas empresas en otros mercados.

¹¹ Debemos recordar que en el TRLC se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la nueva Directiva Europea en materia de insolvencia: *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.*

La competitividad de nuestro tejido empresarial debe basarse en la búsqueda de la excelencia en innovación y técnicas productivas pero también en contar con un escudo protector en caso de insolvencia que permita a los empresarios de buena fe volver a su actividad con plenas garantías.

3.1. Concurso de acreedores e institutos preconcursales (acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos).

En Derecho Civil, el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC establece que el deudor responderá de sus deudas con todo sus bienes tanto presentes como futuros. Por tanto, cuando no cumple voluntariamente su obligación, su acreedor podrá compelirle a satisfacer la prestación acudiendo a los órganos jurisdiccionales competentes para así conseguir un cumplimiento forzoso o una compensación por el incumplimiento.¹²

El artículo 1088 CC legitima a los acreedores a que con carácter individual reclamen la satisfacción de su deuda mediante un derecho de agresión frente al patrimonio del deudor utilizando los instrumentos procesales contenidos en los artículos 517 y ss. LEC: ejecución y embargo.

El concurso nace de una comunidad de pérdidas, son varios acreedores contra un solo deudor cuyo patrimonio es insuficiente para dar cobertura a los créditos insatisfechos. El principio de responsabilidad patrimonial es rígido, por ello, se flexibiliza la regulación civil hacia una regulación concursal. Se trata de evitar la actuación individual de los acreedores para buscar una ejecución colectiva del patrimonio del deudor siendo por ello el concurso universal y basado en el principio de la *par conditio creditorum*.

Tradicionalmente, el concurso se va a centrar en la insuficiencia del patrimonio del deudor para afrontar los créditos. Pero a partir de la segunda mitad del siglo XX, el fin solutorio y liquidativo del Derecho Concursal va a ser paulatinamente complementado por el principio de conservación de la empresa.

Podemos definir el concurso de acreedores como el procedimiento que tendrá lugar ante la insolvencia del deudor en los términos establecidos en el artículo 2 de la LC/artículo 2.3 TRLC. El deudor deberá encontrarse en estado de insolvencia actual o inminente (cuando no pueda satisfacer regularmente sus obligaciones exigibles). Deberá ser el propio deudor

¹² JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. *Lecciones de derecho mercantil* . 22a ed. rev. y puesta al día. Madrid: Tecnos, 2019. Print.

quien dé a conocer su insolvencia para evitar así intrusiones en ámbito íntimo de la gestión de su patrimonio.

El procedimiento concursal se considera agresivo y dañino para la figura del deudor, ya que normalmente se acudirá a una liquidación de su patrimonio (activo – pasivo). Debido a la tardía declaración de su estado de insolvencia, cuando el deudor (ya sea persona física o persona jurídica) acude al concurso, no tiene apenas activo, por tanto, se produce la insatisfacción de los acreedores que no verán cubiertos sus créditos. Pero además, el endeudamiento personal de los consumidores o persona física empresario implica que no podrán tener una nueva oportunidad (origen del mecanismo de segunda oportunidad) y el fracaso empresarial repercute en toda la sociedad tanto a nivel político, económico y laboral.

El Derecho preconcursal no regula una fase anterior al concurso, sino que busca evitar el concurso buscando alternativas extrajudiciales para paliar los efectos del procedimiento. No busca evitar la insolvencia, sino desjudicializar los concursos, reducir y agilizar los trámites y los costes personales y reputacionales atendiendo al principio de conservación de la empresa.

Una empresa puede ser insolvente, pero no implica que no sea viable. Esto quiere decir que en el presente puede afrontar sus compromisos de pago (es solvente) pero es inviable, porque no puede generar los recursos necesarios para salvaguardar su actividad. El fin conservativo ha conseguido integrarse dentro de nuestra legislación concursal a través de los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos para proteger a los deudores de buena fe (protección de deudores persona física por su sobreendeudamiento familiar, personas físicas empresarios y personas jurídicas por deudas en el marco de su actividad económica). Es decir, la viabilidad de la actividad profesional y una segunda oportunidad para las deudas familiares de las personas físicas no empresarios.

La pronta detección de la futura insolvencia permite adaptar la situación del deudor a la mejor solución posible para dar continuidad a su actividad. Una de las principales novedades del TRLC es que en un mismo cuerpo legal quedan recogidas todas las posibilidades extrajudiciales para tratar la insolvencia. Dentro del Libro segundo denominado “Del derecho preconcursal” se recogen 3 alternativas: las negociaciones preconcursales del deudor con los acreedores, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos.

La doctrina (GARRIDO ESPÁ Y GIMENO BAYÓN) define los acuerdos de refinanciación como *"aquellos acuerdos alcanzados por el deudor por los que se procede a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga del plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, que contribuyan a remover, evitar o prevenir la situación de insolvencia antes de que se halle incurso en un procedimiento concursal"* Además con la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2009 se encuentran cubiertos por el escudo protector considerándose acuerdos particulares que no se encontrarían sometidos a la relatividad de los contratos y el carácter consensual de la novación de las obligaciones; sus efectos se ampliarían a las entidades financieras que no los suscribieran, las ejecuciones singulares quedarían paralizadas y se establecería la inmunidad de las garantías reales serían

El acuerdo extrajudicial de pagos, por su parte, trata de buscar el acercamiento de las posturas entre el deudor y una parte de sus acreedores con la ayuda de un tercero, el mediador concursal. Pasan a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Será el propio deudor quien inste su solicitud por ser el principal conocedor de su actual o inminente insolvencia.

Además, dentro del procedimiento concursal encontramos una figura afín a los institutos preconcursales: la propuesta anticipada de convenio (PAC). Para eludir la apertura de la fase de convenio, el deudor realiza una propuesta a sus acreedores en la fase común del concurso. Se configura como un acuerdo privado ajeno a la intervención judicial o de un tercero donde se protege el principio de autonomía de voluntad y el principio de conservación de la empresa. Al igual que en los acuerdos extrajudiciales de pago, sólo puede presentarla el deudor concursado cuando se trate de una insolvencia inminente porque es el mejor conocedor de su situación. La propuesta anticipada de convenio se instrumentaliza entendiendo que facilita el alcance del convenio de acreedores.

En una situación de insolvencia actual, como los acreedores ya son conocedores de la situación de imposibilidad de satisfacción de sus créditos pudiendo solicitar un concurso necesario, el deudor corre el riesgo de que el acuerdo no se lleve a cabo.

3.2. Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal/ Título III del Libro segundo del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLR)

Sólo los deudores que hagan acopio de una serie de requisitos podrán acogerse a este procedimiento extrajudicial. Los artículos 231 a 242 bis de la Ley Concursal recogen las características de los acuerdos extrajudiciales de pagos y las especialidades del concurso consecutivo. En el TRLC que entrará en vigor a partir del 1 de septiembre de 2020, las vías extrajudiciales quedan recogidas dentro del Libro segundo denominado “Del derecho preconcursal” siendo el Título III el dedicado a los acuerdos extrajudiciales de pago (artículos 631 al 692 TRLC).

3.2.1. Presupuesto subjetivo.

Podrán instar el acuerdo extrajudicial de pagos las personas físicas naturales, los empresarios persona física y los empresarios persona jurídica. Debemos matizar que el concepto empresario se amplía en este caso también a los profesionales liberales, empresario conforme a la legislación de la Seguridad Social y trabajador autónomo. También asociaciones y fundaciones. No podrán aquellos deudores que no gocen de personalidad jurídica.

Quedan excluidas como deudoras susceptibles de la concursabilidad (y por ende a los AEP) las Administraciones Públicas y las entidades públicas con personalidad y las entidades aseguradoras. Además, aquellos que hayan sido condenados por sentencia firme por delitos varios (orden socioeconómico, contra los trabajadores...), que hubieran alcanzado ya un AEP o un AR y los que se encuentren en período de negociación de estos acuerdos.

Tienen prohibido el acceso a este procedimiento los condenados por sentencia firme, los diez años anteriores, por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra los derechos de los trabajadores. También aquellos deudores que en los últimos cinco años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos, homologado judicialmente un acuerdo de refinanciación o estado en un concurso de acreedores. Finalmente, tampoco tendrá acceso el deudor que estuviera negociando un acuerdo de refinanciación o hubiera presentado solicitud de concurso de acreedores admitida a trámite.

3.2.2. Presupuesto objetivo.

Para el deudor persona natural debe ser insolvente en los términos del artículo 2 LC¹³ (artículo 2.3 TRLC) y su pasivo no debe superar los 5 millones de euros, mientras que para

¹³ Artículo 2. Ley 2/2003, de 9 de julio, Concursal:

el deudor persona jurídica la insolvencia debe ser actual y debe disponer del activo suficiente para satisfacer los créditos contra la masa.

Es por ello, que la mayoría de sujetos que se acogen a los acuerdos extrajudiciales de pagos son pequeñas y medianas empresas como reflejan las estadísticas elaboradas con carácter periódico del REFOR-CGE (Registro de Economistas Forenses – Consejo General de Economistas). En el Atlas Concursal publicado en el año 2019 se hace hincapié en que el tejido empresarial de nuestro país está constituido por pymes, pero en mayor proporción y paulatinamente se van incrementando las micro pymes.¹⁴

3.2.3. Itinerario del procedimiento.

La fase extrajudicial de los acuerdos extrajudiciales de pagos comienza con la solicitud del deudor que deberá aportar la documentación que se le requiera (impreso de la solicitud, inventario y lista de acreedores, contratos en vigor y relación de gastos mensuales, depósito de cuentas, si procede, de tres ejercicios). La solicitud será examinada y tras ser aceptada se nombrará un mediador concursal.

El deudor debe presentar dentro de la documentación requerida el impreso normalizado aprobado en Orden del Ministerio de Justicia 2831/2015, de 17 de diciembre. Si se trata de persona casada (no en régimen de separación de bienes) se deberá indicar la identidad del cónyuge junto con el régimen matrimonial. En caso de que la vivienda familiar pudiera verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberá presentarse por ambos cónyuges con independencia del régimen matrimonial.

La solicitud se presentará en caso de persona física o persona jurídica (empresa) ante el registrador mercantil del domicilio del deudor o ante la Cámara de Comercio (si posee funciones de mediación). En cambio, si se trata de persona física no empresario, se llevará a cabo ante el notario del domicilio del deudor siguiendo un sistema de lista corrida.

“2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y 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”.

¹⁴ Según el Reglamento 651/2017 de la Comisión Europea de 6 de mayo de 2003, sería la empresa que da abarca a menos de 10 trabajadores y cuyo volumen de negocios no supera los dos millones de euros. En nuestro ordenamiento, el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas empresas, junto con los requisitos europeos, establece que su activo debe ser inferior a un millón de euros.

Se convocará a los acreedores. Existe un período de 10 días para evaluar los créditos. El plazo será de dos meses tras la aceptación y 30 días si se trata de persona física. La convocatoria deberá contener el lugar, el día y la hora de la reunión con la finalidad de llegar a un acuerdo y además deberán quedar identificados los acreedores, la cuantía de sus créditos y los vencimientos.

Se elaborará una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (deberá incluir un posible plan de pagos o de viabilidad) que se enviará por el mediador concursal con la aprobación previa del deudor a los acreedores con 20 días de antelación a la reunión. Esta propuesta contendrá medidas que pueden consistir en quitas, esperas (no superiores a 10 años) o la cesión de bienes o derechos. Además, si el deudor es persona jurídica podrán convertirse las deudas en acciones o participaciones o en préstamos participativos de plazo no superior a 10 años.

A los diez días siguientes, los acreedores podrán formular si lo desean y así consideran propuestas alternativas o de modificación.

En caso de que se celebre la reunión y se apruebe la propuesta, será necesaria una mayoría del 60 % o 75 % del pasivo afectado. Los acreedores convocados tienen la obligación de asistir (salvo las Administraciones Públicas y los que tengan constituida garantía real). Sin embargo, la propuesta puede ser impugnada por falta de mayorías o que el contenido de la propuesta se considera desproporcionado.

Si el acuerdo extrajudicial de pagos no prospera, entonces pasaremos a la fase judicial. El concurso consecutivo podrá ser solicitado por el mediador concursal, por el deudor o por los acreedores. Difiere del concurso de acreedores en que su tramitación es más abreviada, termina en liquidación si se trata de persona física no empresario y que el administrador concursal será el mediador concursal que ha intervenido en el desarrollo del acuerdo extrajudicial de pagos.

Además, disponemos del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI) una vez finalizada la liquidación o si la masa es insuficiente siempre y cuando se trate de un deudor de buena fe. Se encuentra regulado en el artículo 178 bis de la Ley Concursal/artículos 486 al 502 TRLC.

3.3. Breve referencia al Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI).

Aunque no se encuentre regulado en el Título X de la Ley Concursal/, guarda una profunda relación con la mediación concursal. El artículo 178 bis es el encargado de tipificar este instrumento/Libro Primero, Título XI, Capítulo II “*De la exoneración del pasivo insatisfecho*” del TRLC.

Podrá acogerse la persona física que haya sufrido un revés empresarial o personal en su ámbito económico. Se solicita una vez haya finalizado el concurso de acreedores.¹⁵ Debe quedar probada la buena fe del deudor, se llegará a esa conclusión cuando el concurso no haya sido declarado culpable, con la excepción del incumplimiento del deber de solicitud de concurso (valoración del juez del concurso). Además el deudor no debe haber sido condenado por los mismos delitos que para la solicitud de los AEP. Finalmente, se establece como requisito obligatorio que el deudor haya celebrado o al menos haya intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.

El deudor dispone de dos posibles vías de exoneración. La primera es haber tratado de alcanzar un AEP, pagar todos los créditos contra la masa así como los créditos privilegiados. O en cambio, si no opta por intentar un AEP, haber pagado el 25 % de los créditos concursales ordinarios.

La segunda posibilidad es acudir al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, el deudor debe aceptar someterse a un plan de pagos durante 5 años, haber cumplido con las obligaciones de colaboración del artículo 42 LC (artículo 135 TRLC), no haber sido beneficiado de exoneración en los últimos 10 años, no haber rechazado una oferta de empleo acorde a su capacidad productiva y profesional y debe aceptar expresamente que figure la exoneración del pasivo insatisfecho en el Registro Público Concursal, por un período de 5 años.

El alcance del BEPI se reduce a los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso y la parte de los créditos con privilegio especial que no se haya visto satisfecha por la ejecución de la garantía. No se exoneran los créditos contra la masa, los créditos de carácter público y los créditos por alimentos.

¹⁵ Artículo 178 bis. 2 LC: “*El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3*”.

En la práctica, la solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos para poder acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se utiliza como un trámite, no hay verdadera intencionalidad de alcanzar un acuerdo.

CAPÍTULO 4. VENTAJAS E INCOVENIENTES DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS.

Una vez explicados el concurso de acreedores y los acuerdos extrajudiciales de pagos, para favorecer la utilización de la mediación concursal, se presentan los principales éxitos y fracasos o inconvenientes de este instrumento preconcursal tanto aspectos psicológicos, económicos, procesales y sociales.

4.1. Teoría de juegos.

Para entender la mediación concursal podemos recurrir a la Teoría de Juegos que consiste en la toma de una decisión tomando no solo como base nuestro punto de vista sino también teniendo en cuenta cómo actuará la parte contraria acorde a la decisión que hemos tomado. Fue introducida por John von Neumann y Oskar Morgenstern en 1944 publicaron "*Theory of Games and Economic Behavior*" (Teoría de los Juegos y el Comportamiento Económico). Más adelante, en los años 50 el matemático estadounidense John F. Nash introdujo la distinción entre juegos cooperativos y no cooperativos según la posibilidad de cerrar acuerdos, desarrollando un concepto de equilibrio para los juegos no cooperativos conocido como el equilibrio de Nash.

Se trata de una herramienta analítica que estudia los comportamientos individuales y de sus interacciones (comportamiento estratégico). Por juego entendemos aquella situación en la que un conjunto de individuos (o jugadores) toman decisiones independientes entre sí pero con carácter estratégico porque tienen en cuenta las acciones y respuestas de los otros jugadores (competidores) dado que el rendimiento que obtiene un jugador depende no sólo de sus propias decisiones sino también de las decisiones de las otras personas que participan. Se busca la estrategia óptima, es decir, la que maximiza la ganancia esperada de un jugador. Finalmente, los pagos son la ganancia o la pérdida que obtiene el jugador al finalizar el juego una vez producido el resultado consecuencia de las distintas acciones elegida.

Podemos aplicar la teoría de juegos a la mediación concursal. Tenemos dos acreedores que quieren satisfacer sus créditos ante la insolvencia del deudor. El deudor insta la mediación pero debemos tener en cuenta si los acreedores quieren o no aceptar las quitas y esperas.

Acreedor A

		Acuerdo	No acuerdo
Acreedor B	Acuerdo	(posibilidad de cobrar, posibilidad de cobrar)	(posibilidad de cobrar, no posibilidad de cobrar)
	No acuerdo	(no posibilidad de cobrar, posibilidad de cobrar)	(no posibilidad de cobrar, no posibilidad de cobrar)

La mejor opción para ambos acreedores es llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos para por lo menos llegar a obtener parte de la satisfacción de su deuda, ya de que de no llegar a un acuerdo se acudiría a la vía judicial (concurso) y podrían ver minorados y retrasados en el tiempo sus créditos. El equilibrio de Nash queda reflejado en que si uno de los acreedores decide cambiar su opinión y no aceptar el acuerdo pueden perder grandes beneficios.

4.2. Iniciación del expediente.

La iniciación del expediente tiene una serie de efectos y consecuencias. Una vez solicitada la apertura del expediente el deudor podrá continuar en el ejercicio de su actividad pero con ciertos límites. No podrá ser declarado en concurso en el período de negociación (3 meses + 1). Además, durante la negociación los créditos no producirán intereses y las garantías personales no se verán afectadas si el crédito ya estuviera vencido.

Desde que se da noticia del comienzo de las negociaciones al juzgado, los acreedores afectados no podrán iniciar ni continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales sobre el patrimonio del deudor, excepto los acreedores con garantía real sobre bienes que no resulten necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor ni sobre la vivienda habitual. En caso de que ya estuviera iniciada la acción, el procedimiento quedaría paralizado hasta que transcurran los plazos estipulados para el AEP.

Para el deudor puede ser un alivio la ausencia de publicidad registral que empañe su actividad futura ya que de lo acontecido con anterioridad al auto que declara el concurso no queda constancia.

Sobre los acreedores también se producen una serie de efectos derivados de la admisión de la solicitud del inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos.¹⁶ Todos los acreedores (incluso para los que un posible acuerdo no tendría eficacia) quedan bajo la prohibición de no instar el concurso en el plazo establecido para las negociaciones (artículo 5 bis LC/artículo 588.2 TRLC). Una vez publicada la apertura del expediente en el artículo 235.4 LC se reconoce al acreedor la posibilidad de que las comunicaciones se lleven a cabo de forma electrónica si el acreedor lo consiente y así manifiesta.

También pesa sobre el acreedor el deber de abstención de mejorar la situación frente al deudor, todos los acreedores que pudieran verse implicados en un posible acuerdo extrajudicial de pagos se les compele a evitar la realización de cualquier acto que pudiera mejorar la situación en que se encuentre respecto al deudor (artículo 235.3 LC). Se trata de atajar posibles pactos individuales, ya que el deudor podría llegar a algún tipo de entendimiento con un determinado acreedor que vulnerará la igualdad del resto de acreedores. Sin embargo, en caso de que se llegará a un concurso consecutivo, ese acuerdo sería susceptible de una acción de rescisión o de impugnación. Si el acuerdo extrajudicial de pagos alcanza plena eficacia, ese acuerdo individual podrá ser declarado nulo.

El inconveniente del 3+1 es la utilización fraudulenta por parte del deudor para tratar de deshacerse de la titularidad de sus bienes o para llevar a cabo actuaciones sin el beneplácito del resto de acreedores favoreciendo a solo algunos de ellos. Es por ello, que incluso podría darse un posible delito de alzamiento de bienes o dar lugar a la calificación culpable del concurso.

Sin embargo, también puede ser utilizado este período de tiempo para una posible recuperación. Imaginemos que el deudor es acreedor a su vez y finalmente recibe las cantidades que se le adeudan con las que podrá hacer frente a sus propias deudas o el recibimiento de una herencia. También podría llevar a cabo un proceso de optimización de la producción a través de técnicas basadas en el I+D+i o de formación de sus trabajadores ya que el sector laboral está sometido a fuertes corrientes innovadoras trabajo como el teletrabajo que en determinados sectores permitiría la reducción de costes fijos (alquiler del local, mobiliario, equipos informáticos...) o la reducción de plantilla o de jornada siguiendo los procedimientos legales establecidos para respetar las garantías de los

¹⁶ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (Catedrático de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid) “El acuerdo extrajudicial de pagos” Anuario de Derecho Concursal 2014 Número 32 (Mayo-Agosto 2014).

trabajadores. Dirigir la producción a un segmento del mercado, fusión de empresa, venta de patentes, invertir en campañas de publicidad para alcanzar a un mayor público potencial... Estos meses permiten la negociación con los acreedores pero también buscar alternativas y asesoramiento de cómo mejorar y sacar mayor rendimiento a la actividad empresarial.

La pronta detección de la insolvencia ofrece mayores posibilidades de una pronta y exitosa recuperación. Para ello es clave el asesoramiento, pero también la formación de los profesionales no sólo desde el ámbito del Derecho, sino desde todos los ámbitos profesionales relacionados con la actividad empresarial. Un conocimiento de la Ley Concursal permite su utilización y de los diferentes mecanismos para tratar evitar caer en un concurso de acreedores por la desinformación de alternativas más favorecedoras ante la pronta detección de la insolvencia.

4.3. Figura del mediador concursal.

Para ser mediador concursal se necesita de una doble condición: ser administrador concursal conforme al artículo 27 LC¹⁷ (artículo derogado con el TRLC) y poseer la capacitación del mediador civil.

Para su designación debemos estar a la *Instrucción de 5 de febrero de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, relativa a la designación de Mediador Concursal y a la comunicación de datos del deudor para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y su publicación inicial en el Portal Concursal*. Consiste en un conjunto de pautas que intentan regular en la práctica el procedimiento de designación de los mediadores concursales.

El deudor debe rellenar el formulario de solicitud para el nombramiento de este profesional y deberá presentarlo dependiendo del tipo de deudor que sea. En caso de que sea persona física empresario o persona jurídica, el artículo 232 LC indica que debe hacerlo ante el

¹⁷ Artículo 27 LC (quedará derogado con la nueva redacción): *1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:*

1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

Registrador Mercantil o ante las Cámaras de Comercio; y si es persona física no empresario ante el Notario del domicilio del deudor (artículo 242 bis LC).

En el Boletín Oficial del Estado se dispone de una lista oficial de mediadores concursales que ofrece el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación de Justicia siguiendo un sistema secuencial de los que figuren en el domicilio provincial del deudor solicitante. El Registrador Mercantil o el Notario se pondrá en contacto con el mediador concursal para que acepte o deniegue el caso. En caso de que acepte, se le entregará toda la información y documentación relativa al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos para que comience con su labor y si no acepta, se seguirá la lista realizando una nueva petición.

Las principales características del mediador concursal (recordemos que parte de la mediación civil) es la neutralidad y la confidencialidad por aplicación analógica del artículo 7 LMACM. El acuerdo extrajudicial de pagos al requerir del deudor que aporte determinados actos y documentos y muestre su situación quiebra la regla esencial de la mediación del deber de confidencialidad que debe seguir el mediador. También se vulnera la confidencialidad ya que el mediador concursal como imponen los artículos 231 y ss. LC (actual) deben comunicar y dar a conocer tanto el inicio como el desarrollo del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.

En caso de que fracase el acuerdo extrajudicial de pagos y se llegue a un concurso consecutivo, el mediador concursal que ha estado conociendo del AEP se convertirá en administrador concursal. Una vez en el concurso, el mediador no va ser un tercero ajeno a la situación de insolvencia del deudor, sino que podría verse comprometido el procedimiento por el excesivo conocimiento ya que como mediador concursal ha tenido acceso a documentos, hechos, actos que podrían incidir en la calificación del concurso o en la eventual rescisión de determinadas operaciones (acciones de reintegración). La mediación, desde el punto de vista civil referente a la responsabilidad, es una obligación de medios, no de resultado. La mediación no garantiza el alcance de un acuerdo satisfactorio para todas las partes, sino que la mediación es una actividad realizada por un profesional para que las partes en conflicto intenten resolver su controversia, pero no se garantiza su resolución.

La responsabilidad civil del mediador concursal (que como profesional deberá contar con un seguro de responsabilidad civil) queda limitada a una serie tasada de supuestos: incumplimiento del encargo de la mediación (artículo 14 LMACM) y a la transgresión del

deber jurídico y deontológico de confidencialidad. En la mediación civil, el deber de secreto del mediador adquiere tal carácter que no puede ser quebrantado salvo que ambas partes lo autoricen o el Juez de lo Penal lo solicite ante la sospecha e investigación de un posible delito.

La responsabilidad civil del mediador, con carácter general, será contractual aunque también puede darse dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

Será obligatorio que todo mediador disponga de un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente que cubra el riesgo del desarrollo de su actividad para afrontar posibles indemnizaciones por daños y perjuicios.

La labor del mediador concursal consiste en la búsqueda de la avenencia entre las partes, no se trata de un negociador que actúa por cuenta del deudor para conseguir el acuerdo con los acreedores¹⁸. En el apartado II del Preámbulo de la Ley 14/2013 se alude a las funciones del mediador concursal como el promotor de los trámites del procedimiento sin intervenir en las negociaciones (aunque erróneamente se aluda a su figura como “negociador”), debe propiciar el ambiente óptimo para que ambas partes en igualdad de condiciones alcancen una solución satisfactoria.

Conforme a RDL 1/2015 y la Ley 25/2015, la retribución del mediador concursal se calculará conforme a una serie de reglas, concretamente en la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Segunda Oportunidad:¹⁹

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

B. Sobre la base de remuneración anteriormente señalada, si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70 %. Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50 %. Y si fuera una sociedad, la reducción a aplicar sería del 30 %.

¹⁸ AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Print

¹⁹ LORENZO, Jesús (Mediador y Abogado Administrador Concursal. Director General de la Escuela de Mediación. Asociación Española de Mediación) *“Criterios Interpretativos para la determinación de los honorarios del Mediador concursal en la gestión de los expedientes de Acuerdos Extrajudiciales de pagos de Personas Naturales”* Madrid, 1 de mayo de 2019.

C. De forma adicional a lo anterior, si se aprueba el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25 % del activo del deudor”.

Choca con la obligación de medios que se le impone a un profesional dedicado al mundo jurídico, ya que no se puede condicionar a un resultado la retribución del mediador concursal. Además, la función del mediador concursal es acercar posturas, no puede garantizar que ambas partes alcanzarán un acuerdo porque no entra dentro de sus funciones. La baja retribución es uno de los desincentivos que lleva a que la mediación concursal no tenga éxito porque no hay profesionales que tras el tiempo de preparación académica y con toda la labor que implica la recopilación de documentación del deudor, concertar una reunión con los acreedores, analizar los créditos...

En la práctica, los administradores concursales cuentan con la preparación necesaria para desempeñar también la mediación concursal pero prefieren optar por la administración concursal ya que los deudores llegan con apenas activo para cubrir los créditos contra la masa y los aranceles son mayores que en la mediación concursal.

El mediador por una suma que podría ser calificada de ridícula deberá acudir a la notaría o al Registro Mercantil para aceptar el cargo a través de la oportuna acta, asesorar personalmente al deudor, analizar los créditos y ponerse en contacto con los acreedores, mantener la comunicación con el deudor y el acreedor cuando estos necesiten resolver dudas, revisar y enviar la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, resolver las cuestiones que se generen a su amparo y asistir a la reunión con los acreedores para buscar la avenencia entre ambas partes.

Normalmente, se abre concurso consecutivo. Percibirá los mismos honorarios que por ser mediador concursal realizando las funciones propias de un administrador concursal, es decir, solicitar el concurso consecutivo, realizar el informe consistente de un inventario y una lista con todos los acreedores con sus créditos correspondientes, acudir personalmente al Juzgado a realizar las oportunas gestiones, pero además en sus honorarios como mediador concursal no había previsto la necesidad de procurador, que no podrá incluir en los créditos contra la masa y deberá abonar, en la mayoría de los casos, por su cuenta.

Debemos tener presente, que en caso de que se tratará de un concurso de acreedores, como administrador concursal cobraría el importe íntegro de sus honorarios, pero por tratarse de un acuerdo extrajudicial de pagos finalizado en concurso consecutivo, deberemos estar a las reducciones porcentuales antes mencionadas.

4.4. Percepción de fracaso por parte del deudor.

La necesidad de acudir a la regulación concursal es considerada como un descrédito y una pérdida de prestigio quedando el deudor marcado con la sombra de la quiebra. No son pocos los autores que hacen referencia a esta percepción de quiebra o insolvencia como fracaso introducida principalmente por nuestra mentalidad capitalista enfocada siempre a la obtención de beneficios. El fracaso no es el pozo donde ahogarse, es la nueva oportunidad de aprender a nadar.

Thomas Mann en su obra literaria “Los Buddenbrock” escribió que *"Quiebra... era algo más espantoso que la muerte; era el escándalo, el derrumbamiento, la ruina, la ignominia, la vergüenza, la desesperación y la miseria"*.

Más relevantes que las consecuencias patrimoniales y personales que tiene la insolvencia en la figura del deudor, son las psicológicas. El fracaso ya sea profesional en el desempeño de su actividad empresarial o la insolvencia del sujeto entendido como consumidor es percibido por la sociedad con desconfianza, el deudor pierde credibilidad y aunque el mecanismo de segunda oportunidad está enfocado a tratar de evitar este descrédito, socialmente el deudor insolvente no cuenta con garantías de futuro. Debe garantizarse por el Derecho la posibilidad de que el deudor pueda satisfacer sus deudas, ya que podría darse la circunstancia de que el deudor optará por ocultar su patrimonio si las medidas han sido demasiado agresivas dando lugar a la temida economía sumergida, que acaba perjudicando al conjunto de la población.

Además, en un intento de salvaguardar su patrimonio acaban involucrando como avalistas o como prestamistas a familiares y amigos extendiendo la insolvencia a su entorno, en vez de acudir al mecanismo legal que con un debido asesoramiento puede evitar una insolvencia mayor.

Se limita la capacidad del deudor, ya que a partir de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos siguiendo lo establecido en el artículo 235.1 LC, se prohíbe al deudor que solicite créditos, debe devolver a la entidad financiera de la que es cliente sus tarjetas de crédito de las que sea titular y debe abstenerse de utilizar cualquier medio electrónico de pago. Se trata de salvaguardar el patrimonio del deudor, pero también se le dificulta salir de su situación de insolvencia ya que sin crédito o circulación de capitales no puede continuar con su actividad.

Incluso dentro del Derecho societario se rompe la barrera de la personalidad jurídica en el caso de las sociedades anónimas (por ejemplo) donde la responsabilidad patrimonial queda relegada al patrimonio de la sociedad sin afectar al patrimonio de los socios o administradores. Sin embargo, erróneamente se rompe esa protección jurídica invirtiendo patrimonio y trasladando esa responsabilidad al patrimonio de los socios.

Es por ello, que la mediación concursal permite al deudor (conocedor de primera mano de su situación) acudir a un mecanismo ágil donde dispone de facultades de decisión para poder encaminar su recuperación llegando a un acuerdo con los acreedores de forma que pueda hacer frente a sus deudas atendiendo a su capacidad económica y personal sin truncar el resto de su vida por el fracaso.

Una de las medidas que podrían implantarse desde el apoyo estatal a nuestro tejido empresarial y a los ciudadanos sería a través de aplicaciones que permitieran a los interesados conocer su «situación financiera personal». Por ejemplo, se habilitándose una aplicación informática en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad accesible de forma confidencial, gratuita y telemática a través de la cual se podrá determinar la situación de solvencia.²⁰ O con aplicaciones desde el ámbito privado de la contabilidad que proporcionarán test de solvencia para que cualquier empresario, persona jurídica o persona física no empresario a pesar de no tener los conocimientos contables necesarios pudiera conocer su situación de una forma sencilla y así ante el primer abismo de insolvencia acudir a los institutos preconcursales.

4.5. Acreedores con características especiales. Convocatoria y reunión de los acreedores.

Existen dos acreedores que difieren del régimen común: las entidades de crédito y la Administración Pública.

Las entidades financieras o de crédito optan por promover los acuerdos de refinanciación que se adecuan a grandes empresas con una estructura financiera más compleja donde no sólo trabajan con una entidad financiera, sino que cuentan con diferentes fuentes de crédito. En cambio, los acuerdos extrajudiciales de pagos implican quitas y esperas, incluso la condonación parcial de la deuda y la entidad financiera a pesar de llevar a cabo una

²⁰ PASTOR SEMPERE, María del Carmen, “Dación en pago e insolvencia empresarial”, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2016.

actividad de riesgo como es la dotación de crédito no acepta los acuerdos extrajudiciales de pagos, incluso en numerosas ocasiones ni acuden a la reunión.

La razón de ello puede ser el importante papel que juega en nuestro escenario político y económico la actividad bancaria, sector intervenido fuertemente desde los organismos públicos. Es el pilar fundamental de la actividad empresarial, por lo que trata de promover los acuerdos de refinanciación que inyectan liquidez y respiro mientras que los acuerdos extrajudiciales implican llegar a un acuerdo en el que el deudor puede quedar liberado de gran parte de la deuda.

El otro acreedor problemático es la Agencia Estatal Tributaria y la Seguridad Social. Según el artículo 1.3 LC/artículo 1.2 TRLC no pueden ser declaradas en concurso, por lo que tampoco podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos. En nuestra legislación tributaria se sigue el principio de indisponibilidad del crédito tributario que implica que no pueda ser sometido a quitas y esperas, no puede ser objeto de negociación.

La disposición adicional séptima (que quedará derogada con la última reforma a partir del 1 de septiembre) de la Ley Concursal establece el tratamiento que debe darse a los créditos públicos en un acuerdo extrajudicial de pagos. Según la redacción actual, el deudor persona natural o jurídica que habiendo llevado a cabo un acuerdo extrajudicial de pagos y hubiera sido admitida la solicitud, deberá además solicitar a la Administración Pública un aplazamiento o fraccionamiento para facilitar el abono de la deuda tributaria acorde a la capacidad del deudor.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo introduce a través de su *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 381/2019 de 2 de Julio de 2019* donde se pronuncia sobre la gestión de los créditos públicos dentro del plan de pagos. El TS considera que el plan de pagos puede acordar aplazamiento o fraccionamientos de crédito público. Una vez aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso al acreedor público (AEAT o TGSS). El criterio determinante para alcanzar esa conclusión fue la aplicación teleológica del artículo 178 bis LC que se encarga del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dado que la finalidad de este instrumento concursal es facilitar la continuidad de la actividad del deudor a través de la condonación plena de sus deudas.

Si el deudor que acude a un acuerdo extrajudicial de pagos actúa de buena fe podría ampliarse el ámbito de aplicación de la doctrina del TS al respecto para que los deudores

negociadores de un acuerdo puedan pactar con la Administración un plan de pagos viable, acorde a la finalidad de la legislación concursal que es alcanzar un equilibrio entre los intereses de los acreedores y la viabilidad de la satisfacción de la deuda y recuperación del deudor.

Una vez que haya sido nombrado el mediador concursal, se procederá a la convocatoria de los acreedores para estudiar sus créditos y calificarlos. Les remitirá la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos antes de la reunión. Deberán acudir a la reunión si no quieren que sus créditos sean calificados como subordinados en caso de que fracasen las negociaciones y se abra concurso consecutivo. El plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados por los acreedores siempre y cuando no alteren las condiciones de pago (para garantizar que el deudor pueda satisfacerlos en unas condiciones adaptadas a su situación). Pero sí podrán impugnar el acuerdo en caso de que no se cumplan las mayorías exigidas.

La labor del mediador de agrupar y reunir a todos los acreedores puede ser tediosa sin entrar en que el deudor tiene menos posibilidades de llegar a un acuerdo si existe una pluralidad elevada de acreedores. Negociar con cinco o seis deudores implica un trato más personal y cercano, menos posturas que acercar, mientras que si se da un número más elevado las posibilidades de éxito disminuyen. Es por ello, que además de la figura del mediador, sería interesante incluir un representante de los acreedores que reuniera en una misma persona los intereses de la comunidad de pérdidas. Podría ser uno de los propios acreedores para que así la negociación con el deudor fuera más sencilla a tener una opinión de base unánime de los acreedores.

4.6. Contenido y efectos del alcance de un acuerdo extrajudicial de pago.

La propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos objeto de negociación entre deudor y acreedor con el arbitrio del mediador concursal se encuentra regulada en el artículo 236 LC. Entre las medidas que pueden incluirse dentro del acuerdo encontramos esperas por un plazo no superior a 10 años, quitas, cesión de bienes o derecho a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos (dación en pago), la conversión de deuda en participaciones de la sociedad deudor y la conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a 10 años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Se excluirán de la propuesta los bienes y derechos necesarios para la continuidad de la actividad

profesional o empresarial del deudor y no podrá consistir en la liquidación total del patrimonio del deudor ni se podrá alterar el orden de prelación de los créditos.

Uno de los principales obstáculos de la mediación concursal son las elevadas quitas que incluso alcanzan el 90 % del montante crediticio, desincentivando a los acreedores a llevar a cabo la mediación. Sin embargo, analizando la intensidad de las quitas y de las esperas ello implica que la situación del deudor no soportaría un posible concurso consecutivo de un rigor liquidatorio que implicaría probablemente que ningún acreedor viera en ninguna proporción satisfecho su crédito.

Uno de los nuevos paradigmas los que se enfrenta el Derecho de la Insolvencia es la admisión de la dación en pago. Supone la sustitución del pago en efectivo. La dación en pago pivota entre tres ideas: la apuesta por los mecanismos preconcursales para la reestructuración empresarial y la segunda oportunidad para el empresario persona física. La conservación de empresas viables que han actuado dentro del margen de la buena fe que puedan tener una nueva oportunidad dentro de la economía es compatible con la satisfacción de los acreedores. Se trata de avanzar hacia una concursalidad conservativa (en la Exposición de Motivos del TRLC se establece la conservación como medio prioritario).²¹

No se trata de liquidar los principales activos del deudor a través de la entrega de los bienes dificultando la continuidad de su actividad teniendo presente que en un eventual concurso consecutivo dichos actos de entrega serían susceptibles de reintegración. Se trata de que el deudor en dificultades pueda salvaguardar el valor de determinados bienes que sufrirían una fuerte devaluación en un proceso liquidatorio (ejecución forzosa mediante subasta pública, por ejemplo) perjudicando con ello también a los acreedores que no verían satisfechos con la misma intensidad sus créditos.

Además la propuesta deberá incluir un plan de pagos detallando los recursos que se utilizarán en el cumplimiento del acuerdo, un plan de viabilidad donde se establecerá un mínimo vital para el deudor y su familia y un plan de continuidad de la actividad profesional o empresarial. Se incluirá copia de la solicitud a la Administración Pública del aplazamiento de los créditos públicos.

Debido a la limitación temporal de las esperas impuestas en el artículo 236 LC de que el plan de pagos no podrá superar los 3 años y que la quita o condonación no podrá superar

²¹ PASTOR SEMPERE, María del Carmen, *“Dación en pago e insolvencia empresarial”*, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2016.

el 25 % del importe de los créditos, el reflotamiento de la empresa se deviene de mayor complejidad. Sin embargo, en la práctica se flexibilizan estos requisitos atendiendo a la situación del deudor.

En el artículo 240 LC recoge los efectos que tendrá el acuerdo extrajudicial de pagos siendo el principal el sometimiento del deudor al cumplimiento de lo pactado en todos los términos que se hayan establecido. Debe ir satisfaciendo los créditos en las cuantías y en los plazos establecidos en el plan de viabilidad.

Otros efectos beneficiosos de la adopción del acuerdo extrajudicial de pago es la determinación como definitiva de la paralización de las acciones ejecutivas sobre los bienes del deudor que se inició durante el período de negociaciones.²² Una vez ya adoptado el acuerdo, los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecuciones por deudas anteriores a la apertura del expediente. Incluso el deudor podrá solicitar del juez la cancelación de los embargos. La parálisis sólo afectará a los créditos que formen parte del acuerdo, por ejemplo, los acreedores con garantía real no se encuentran sometidos al mismo por lo que podrán continuar con las acciones oportunas.

Las deudas van a quedar aplazadas, extinguidas o reducidas atendiendo a las quitas, esperas, cesiones o conversiones planteadas.

Para proteger los pagos realizados en ejecución de un acuerdo extrajudicial de pagos de un posible concurso consecutivo posterior, se establece en el artículo 71 LC/artículo 697 TRLC (dedicado a las acciones de reintegración) que quedarán protegidas de estas. Si sólo nos ceñimos a lo establecido en la Ley Concursal, solo se protegerán de las acciones de reintegración a los pagos y daciones en pago que se refieran al pasivo ordinario (no así a los créditos de derecho público, ni a los privilegiados). El criterio seguido por los magistrados de lo mercantil de Madrid en su jurisprudencia es entender que estos actos no se encuentran intervenidos por un órgano técnico, ya que la labor del mediador concursal es únicamente supervisar la avenencia de las partes. Por tanto, esta parte de la doctrina jurisprudencial entiende que sí podrían ser rescindidos aunque si el acuerdo ha sido ejecutado con la aprobación de la mayoría de los acreedores podría suponer una acreditación patrimonial del pago previo al concurso consecutivo evitando así la acción de

²² BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho mercantil. Volumen II, Contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores, derecho concursal*. 25a ed. / a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos. Print. (2018)

reintegración de esos pagos beneficiando al deudor ya que se descontarían esas cantidades y al acreedor porque no perdería la parte del crédito que ya ha sido satisfecha.

A pesar de las mayorías de arrastre que implican que los acreedores disidentes tengan que acogerse a lo que ha pactado la mayoría, en este caso para los acreedores que no han aceptado el acuerdo, no se produce ningún efecto.

En un eventual concurso consecutivo, el plazo de los dos años para la determinación de las acciones de reintegración empezará a computar desde la fecha de solicitud del deudor al Registrador Mercantil, Notario o Cámara de Comercio, en vez de tener como punto de referencia en el concurso de acreedores ordinario el auto de declaración de concurso. Se trata de evitar que el deudor utilice de forma fraudulenta el período de negociación (3+1) para evadir y excluir bienes o derechos del concurso consecutivo.

Las acciones de reintegración eran uno de los principales inconvenientes que afectaban a los acuerdos de refinanciación y uno de los principales obstáculos por los que la banca y las entidades financieras no optaban por ellos.

El mediador concursal deberá supervisar cómo se desarrolla el cumplimiento del acuerdo. Si es llevado a cabo en su integridad, hará constar dicha circunstancia en un acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. Si por el contrario, el acuerdo es incumplido o anulado, el deudor continuará en estado de insolvencia y habrá que instar el oportuno concurso consecutivo.²³

Desde un punto de vista procesal, el acuerdo extrajudicial de pagos puede convertirse en un título ejecutivo si es elevado a escritura pública (artículo 517.2.2º LEC)²⁴. En caso contrario, podría tratarse por vía del artículo 1091 CC (*“las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”*) como un contrato. Desde la regulación genérica de la mediación, en el artículo 25.1 LMACM también se alude a que: *“Las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación”*.

4.7. Concurso consecutivo.

²³ Artículo 241 LC.

²⁴ *“... Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:... Los laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”*

Con anterioridad a la reforma del año 2015, en caso de que la negociación no desembocara en un acuerdo extrajudicial de pagos, o por incumplimiento del mismo o por su anulación, el deudor siempre era sometido a liquidación en el concurso posterior (consecutivo). Sin embargo, en la actualidad, atendiendo al principio de conservación de empresa se intenta que aquellas personas jurídicas que a pesar de ser insolventes de forma actual o inminente sean viables puedan acceder a una propuesta anticipada de convenio.²⁵

Mientras que para el deudor persona natural no empresario el rigor liquidatorio adquiere mayor intensidad. Sin embargo, pueden acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

El concurso consecutivo se producirá ante la insolvencia del deudor (ya sea actual o inminente), ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por el incumplimiento o por la anulación del mismo. Estarán legitimados para solicitarlo el mediador concursal, el propio deudor (concurso voluntario) y por los acreedores (concurso necesario). También podría ser declarado de oficio en caso de que el acuerdo fuera anulado por el Juez de lo Mercantil.

Se procederá a dictar auto de declaración de concurso y se abrirá la fase de liquidación. El plan de liquidación consiste en determinar la masa activa y la masa pasiva y en revisar posibles actos que pudieran dar lugar a una reintegración. También se analizará la posible calificación del concurso. Si no hay suficiente masa activa, el procedimiento será archivado porque para instar el concurso es necesario que al menos los créditos contra la masa queden cubiertos.

Otra peculiaridad del concurso consecutivo es el reconocimiento automático de créditos (artículo 242.2.4º LC) cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido incumplido o anulado.

El artículo 86 ter LOPJ establece que el competente para conocer en materia concursal será el Juzgado de lo Mercantil. Sin embargo, si se trata de persona física natural no empresario, el competente será el Juez de Primera Instancia (artículo 85.6 LOPJ).

El Juez del Concurso tendrá jurisdicción exclusiva y excluyente en una serie de materias como son las acciones civiles con trascendencia patrimonial a excepción de los procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores; las acciones de carácter laboral; ejecuciones

²⁵ AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Print.

sobre el patrimonio del concursado; adopción de medidas cautelares; posibilidad de asistencia jurídica gratuita, responsabilidad de los administradores sociales, auditores o liquidadores.²⁶

Por ello, se alude desde la doctrina al desplazamiento del papel de los administradores concursales hacia una labor de auditoría desfigurando su función dentro del procedimiento debido a la intensa intervención judicial.

²⁶ Véase artículo 86 ter LOPJ

CAPÍTULO 5. LA INCIDENCIA DEL DERECHO CONCURSAL EN EL DERECHO DEL TRABAJO.

En la Exposición de Motivos del TRLC se hace constar que el Derecho concursal es el camino para la conservación del tejido empresarial y del empleo. Del rescate de un deudor en situación de insolvencia nos beneficiamos todos como sociedad ya sea como miembros de una economía intervencionista donde a mayor actividad mayor contribución con la Hacienda Pública generando menos gastos en materia de desempleo y garantizando el sistema de pensiones. Todo ello puede ayudar en momentos de crisis a la recuperación económica incrementando las prestaciones de nuestro sistema social (sanidad y educación) o el flujo de dinero ya que como trabajadores asalariados, su retribución favorecerá el consumo de bienes y servicios contribuyendo a una simbiosis económico-social de la cual el conjunto de la sociedad a nivel interno y a nivel internacional resulta beneficiada.

5.1. Medidas reorganizativas y restructurativas de la legislación concursal y de la legislación laboral.

En el *Real Decreto-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal*, se dispone de la sección 4ª para regular los efectos sobre los contratos de trabajo y sobre los convenios colectivos del concurso de acreedores. Recordemos como se hace constar en las Exposiciones de Motivos de las leyes que hemos estado mencionando durante el presente trabajo, que el principio conservativo de la actividad de las empresas que demuestren ser viables a pesar de la insolvencia cobra especial intensidad en situaciones de crisis como la que estamos viviendo. Es por ello, que el ajuste reorganizativo y estructural de la unidad productiva, en este caso, de su capital humano permite mejorar la productividad y proteger el empleo clave en la política socio-económica de un país.

El debate que surge respecto al ámbito laboral en relación con el concurso de acreedores tiene una triple dimensión: contractual, crediticia y jurisdiccional.

En los artículos 169 a 185 del RDL por el que se aprueba el TRLC recoge una serie de medidas de carácter laboral en consonancia con la regulación que nos ofrece el Estatuto de los Trabajadores ya que en todo lo que no se prevea en esta sección será la legislación laboral la encargada de regularlo. Ambas normas se complementan.

Es importante destacar en primer lugar antes de entrar a explicar las diferentes medidas, que la competencia judicial una vez declarado el concurso será del Juez de lo Mercantil que

esté conociendo del mismo, sin embargo, en un estadio preconcursal habría que tener en cuenta que el Juez competente sería el de lo Social dado que no existe aún auto de declaración de concurso (en caso de fracaso del AEP, acudiríamos a concurso consecutivo y la competencia sí sería del Juez de lo Mercantil).

Desde la perspectiva contractual debemos analizar la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como son el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada que deben realizarse en el marco de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción debidamente acreditadas protegiendo los derechos de los trabajadores.

Desde un punto de vista crediticio, destaca el FOGASA (Fondo de Garantía Salarial). Se trata de un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Economía Social que garantiza a los trabajadores la percepción de salarios, así como las indemnizaciones por despido o extinción de la relación laboral, pendientes de pago a causa de la insolvencia o procedimiento concursal del empresario. El FOGASA se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones laborales frente a la empresa deudora, manteniendo los privilegios salariales. Por otro lado, los créditos salariales gozan de preferencia frente a otros créditos, son créditos contra la masa, por ejemplo, los correspondientes a los últimos treinta días de trabajo.²⁷

Finalmente, como hemos adelantado anteriormente, el artículo 53 RDL 1/2020, de 5 mayo dispone que será el Juez del concurso (Mercantil) el competente exclusiva y excluyentemente para llevar a cabo *las acciones sociales que tengan por objeto la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que, conforme a la legislación laboral y a lo establecido en esta ley, tengan carácter colectivo, así como de las que versen sobre la suspensión o extinción de contratos de alta dirección.*

Sin lugar a dudas, el mayor temor de un empresario ante una situación de insolvencia es tener que llevar a cabo un despido colectivo de su plantilla.

El artículo 51.1 ET alude a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que tienen lugar cuando de los resultados de la empresa se obtenga una situación económica negativa, como son las pérdidas actuales o previstas o la disminución continua de su nivel de ingresos (en términos concursales insolvencia actual o inminente del

²⁷ Artículo 250 RDL 1/2020, de 5 de mayo.

empresario que no podrá afrontar el abono de las prestaciones laborales de sus trabajadores). Para ello, el empresario deberá aportar balances, cuentas de pérdidas y ganancias entre otros documentos contables para acreditar la situación de dificultad que se encuentra atravesando.

Por causas organizativas y de producción entendemos aquellas que impliquen cambios para promover la continuidad de la empresa, existe una necesidad de modificar ciertos aspectos de la unidad productiva para la buena marcha de la actividad. Puede tratarse de causas técnicas referidas a los instrumentos de trabajo, causas organizativas desde el punto de vista de recursos humanos y en cuanto a las causas productivas realizar un estudio de mercado para conocer cuáles pueden ser los segmentos o el público que puede querer adquirir esos productos o contratar los servicios ofrecidos. Es decir, encaminar la marcha de la empresa teniendo en cuenta la demanda adaptándose a las nuevas necesidades, buscar puntos o huecos en el mercado que falten por cubrir. Por ejemplo, una empresa puede decidir aumentar la calidad de sus productos con el fin de dirigirse a un público más exquisito calificado de gourmet. En la reinención puede estar también la salvación de la empresa.

En la mediación concursal, existe una comunicación, el intento de un entendimiento con los acreedores. De esa negociación y de trata de acercar posturas pueden surgir también nuevas oportunidades de negocio o mayores facilidades para que el empresario pueda reconducir su actividad y pueda salvar del despido a sus trabajadores.

Sin embargo, el trabajador puede ante el impago o por la mala marcha de la empresa que se retrase en el abono de la retribución (que se dé cierta continuidad), resolver el contrato siendo indiferente que exista o no culpa en el empleador en dicha acción. No se tiene en cuenta la buena o mala fe del empresario, ya que en el ámbito concursal podríamos entender que no se abonan dichas nóminas por la imposibilidad del deudor que no dispone de suficiente capacidad económica para hacerlo. Se objetiviza, pudiendo el trabajador de forma unilateral con causa justificada disolver el contrato laboral.

La mediación concursal permitiría al trabajador como acreedor (en algunos casos considerado como crédito privilegiado) negociar o pactar con el empleador la posibilidad de que el salario pueda ser parcialmente abonado en especie o adaptar el contrato laboral para que ambos salgan beneficiados. Por ejemplo, una reducción de jornada (aunque ello implique una reducción de salario) daría la opción al trabajador de dedicar el tiempo restante a formación o al pluriempleo. Adaptar las circunstancias a las necesidades.

En Derecho preconcursal, concretamente en la mediación concursal no solo consiste en negociar con los acreedores quitas y esperas para el abono de sus créditos sino que también podrían tomarse medidas durante el período de negociación (recordemos la fórmula temporal del 3+1) la posibilidad de llevar reajustes en la estructura laboral de la empresa, formación y un mayor asesoramiento en técnicas de producción para incrementar la viabilidad.

5.2. Fórmulas de economía social como alternativa al cierre empresarial.

En el marco de la economía social, podemos buscar como alternativa no sólo las medidas reorganizativas y de reestructuración sobre el trabajador como optar por el teletrabajo, reducción de jornada, movilidad... sino que podemos involucrar al propio trabajador en la gestión del proyecto empresarial para evitar el cese de actividad con el fin de proteger el activo susceptible de caer en manos de fondos buitres que compra empresas en crisis para liquidarlas sin verdadero interés en la continuidad de la explotación empresarial. Recordemos el principio conservativo que tanto defiende nuestro ordenamiento concursal que se refleja en las Exposiciones de Motivos de la Ley concursal anterior y el TRLC en vigor desde el de septiembre. La viabilidad de un proyecto empresarial y de todos sus engranajes debe ser tutelado y protegido desde nuestra legislación, aunque en la práctica existan lobbies que se dediquen a la especulación con el fracaso empresarial y la insolvencia que debilita la figura del deudor empresario y empleador.

Desde la Unión Europea (concretamente con la nueva Directiva en materia de reestructuración) existen corrientes que apuestan por la figura del trabajador, por su inclusión dentro de las políticas de responsabilidad social corporativa ya que del mantenimiento del empleo nos beneficiamos toda la sociedad. Del flujo de capital nacen nuevos horizontes para la economía nacional y comunitaria, con la protección del trabajador se garantiza el bienestar social. La movilidad de los trabajadores a otros países de nuestro entorno y su cualificación pueden mejorar y promover la detención de la insolvencia. La formación de los trabajadores y su continuo dinamismo profesional pueden ser clave en la recuperación de la empresa, en este caso, convirtiéndolos en pilares fundamentales no sólo a nivel productivo sino de gestión.

Con la actual crisis provocada por el Covid 19 se están llevando a cabo los ya conocidos y famosos Expedientes de Regulación de Empleo ya sea con carácter temporal (ERTE) o con carácter definitivo (ERE) o la venta de la unidad productiva a terceros que no sienten

esa vinculación con la actividad empresarial. Sin embargo, a través de la transmisión de la empresa a los trabajadores ya sea de la titularidad o a través de participaciones o acciones se apuesta por el principio conservativo de la empresa que tanto defienden las Exposiciones de Motivos de nuestra legislación concursal, son los propios trabajadores quienes rescatan a la empresa de la insolvencia porque también son los mayores conocedores de su dinámica.

Existen modelos societarios que favorecen el mantenimiento de la explotación de la actividad empresarial en manos de sus trabajadores que apuesten por la viabilidad aunque la empresa se encuentre en una situación de insolvencia, concretamente las sociedades cooperativas y las sociedades laborales. Ambas modalidades están enfocadas a la consecución de una organización común de la producción de bienes o servicios. Se busca la autogestión de las empresas por los propios empleados.

Como se ha mencionado con anterioridad, es la propia Unión Europea quien apuesta por armonizar estos mecanismos de salvaguarda implantando medidas comprendidas dentro de la responsabilidad social corporativa dirigidas a la toma de control de la actividad por parte de los trabajadores ante la renuncia de sus dueños o por incapacidad de los mismos.

Para la transmisión de empresas a los trabajadores deben sortearse una serie de obstáculos que redundan no solo en la complejidad formal y jurídica del proceso sino también en el análisis de la viabilidad.

El primero de ellos es el desconocimiento por parte del trabajador de esta posibilidad. Debe existir un grupo de empleados que tengan las aptitudes necesarias para liderar y coordinar el proyecto empresarial. Ya no estarán exentos de responsabilidad, sino que deberán asumir una serie de riesgos y costes como participar en la toma de decisiones empresariales, control administrativo y de gestión a nivel de dirección y entrará en juego la responsabilidad como administradores. Todo ello puede generar conflictos entre los antiguos compañeros de trabajo por el cambio de posición dentro de la estructura de la empresa. La actividad empresarial se caracteriza por dos notas distintivas que son el riesgo y la iniciativa que como trabajadores no asumían y ahora sí.

Pero al igual que pasa con la mediación concursal y gran parte de los mecanismos preconcursales el gran enemigo a combatir es el desconocimiento. El asesoramiento y la formación siguen siendo claves, el trabajador debe ser instruido en las posibilidades que pueden darse en caso de insolvencia de su empresa como es la transmisión de la unidad

productiva o involucrarles dentro de la gestión y toma de decisiones a través de participaciones/acciones dependiendo del tipo de sociedad.

Incluso si acudimos al Derecho comparado podemos observar como en determinados ordenamientos jurídicos (como el francés) se expropián determinadas unidades productivas en favor de los trabajadores.

Otro de los problemas con los que se encuentra el trabajador es la falta de información desde las esferas más altas sobre la venta de la empresa. Los representantes de los trabajadores deberán ser informados sobre cambios y modificaciones de especial trascendencia que se produzcan referente a los trabajadores, pero no pueden conocer la intención o las negociaciones hasta que no son un hecho. Existe ese deber de información, por ejemplo, en caso de transmisión a un tercero de la empresa o una fusión. Sin embargo, no se busca que el trabajador tenga la opción de asumir el mismo esa transmisión, sino tratar de que se garantice la continuidad de su régimen laboral dentro de la misma para que no se produzcan despidos o peores condiciones laborales.

Por lo general, los trabajadores no cuentan con los medios económicos necesarios para la adquisición de la empresa o en caso de una transmisión o donación con el capital necesario para su continuidad, por lo que tendrían que comprometer su propio patrimonio para conseguir financiación. A través del modelo francés que llega a expropiar la empresa en favor de los trabajadores, podemos entender que sería posible que el Estado facilitara y promoviese con créditos o fondos a estos trabajadores para salvar la empresa de la insolvencia y asegurar su viabilidad. Por ejemplo, a través de líneas de crédito ICO (Instituto de Crédito Oficial) de gran actualidad bancaria.

La mediación concursal se basa en el principio de autonomía de la voluntad y en el principio conservativo aunque desgraciadamente es un recurso escasamente utilizado y cuando no existe viabilidad y activos como para tener una eficacia real en nuestro tejido empresarial.

Es por ello, que dentro de las negociaciones que el deudor puede tener con sus acreedores se debería admitir la posibilidad de que ceda el control de su empresa si considera que no es capaz de seguir con la actividad o de gestionarla adecuadamente a favor de sus trabajadores que son el motor y la razón, la posible solución a la insolvencia. Los créditos de carácter laboral podrían verse compensados ante este traspaso de la unidad productiva y adquiriendo nuevas perspectivas desde los escalones más bajos se podría salvar la actividad

porque son los mayores conocedores de los problemas que se dan en el día a día de la empresa. El asesoramiento no sólo debe ser de profesionales sino también de las personas que trabajan y conocen a fondo la actividad.

CONCLUSIONES:

Primera.- La mediación, a pesar de las corrientes europeas que abogan por su utilización como medio de resolución de conflictos extrajudicial en países como Francia, sigue careciendo de aplicabilidad práctica en la realidad jurídica de nuestro país por la falta de información y la escasa formación en este ámbito de los profesionales del Derecho. Por otra parte, es percibida negativamente al carecer de la intervención de un órgano judicial.

Segunda.- Nuestro legislador ha buscado adaptar los mecanismos preconcursales y concursales (sin demasiado éxito) a los diferentes ciclos por los que ha pasado nuestra economía siendo el origen de las sucesivas reformas de la Ley Concursal la crisis del año 2008. La última gran reforma a través del TRLC ha tenido lugar con la crisis del Covid 19 ante el desplome de la actividad económica unificando y recogiendo los mecanismos preconcursales para incentivar su utilización, no siendo el momento más adecuado para una reforma de estas características.

Tercera.- El concurso de acreedores tiene predominantemente un fin liquidatorio, agresivo en la figura del deudor y en pocas ocasiones satisfactorio para los acreedores. El objetivo que persiguen los acuerdos extrajudiciales de pagos es a través de la negociación mediante la ayuda de un figura neutral como es el mediador, el acercamiento de posturas disponiendo las partes de las condiciones (quitas y esperas) de la satisfacción de las deudas. Los acuerdos extrajudiciales de pagos permiten proteger el principio conservativo de la empresa insolvente que demuestre ser viable y acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho para deudores persona física y natural empresario para el alcance de una segunda oportunidad.

Cuarta.- La mediación concursal, a pesar de sus defectos estructurales, necesita perfeccionarse a través de la práctica, debe ser impulsada desde los órganos legislativos adquiriendo carácter imperativo y que se demuestre una intención real de alcanzar un acuerdo. Por otro lado, hay fomentar a los profesionales desde las universidades con mayor formación en la materia y darles mayores incentivos retributivos para que sea una actividad rentable.

ANEXOS:

Entrevista con Emilio Fuentetaja, administrador concursal (abogado y economista) **2 de diciembre 2019.**

De la charla mantenida con el administrador concursal Emilio Fuentetaja, llegué a una serie de conclusiones y obtuve los siguientes datos. La primera idea expuesta fue que nuestra legislación concursal no es apropiada, no se adapta a la realidad jurídica y social. En ese momento, no existía el TRLC, por lo que la necesidad de un reajuste legislativo quedaba latente.

Para comprender el fracaso de la mediación concursal en nuestro país debemos referirnos a dos problemas fundamentales:

1.- El fracaso de la propia mediación en general, a pesar de que la LEC la establezca como mecanismo previo antes de acudir al Juez, la sociedad no se encuentra preparada para la figura del mediador, desconfía de este profesional, optando por la intervención del Juez que es considerado un órgano más técnico y seguro.

Además dentro de las negociaciones, con carácter subjetivo, destaca la falta de implicación de tres grupos de acreedores: en primer lugar, las entidades financieras no admiten ya que como empresa buscan la mayor rentabilidad y por el papel que juegan en nuestra sociedad optan mayoritariamente por los acuerdos de refinanciación; en segundo lugar, la Seguridad Social y Agencia Tributaria no pueden ser objeto de mediación ya que se trata de créditos públicos. Sin embargo, existe una sentencia polémica del TS sobre este asunto del 2 de julio donde si el plan de pagos es adecuado podría tratar de adaptarse. El grupo más problemático son los acreedores comunes ya que no acuden a las reuniones y si van, no aceptan el plan de pagos. No existe mentalidad propicia para esta figura, no está integrada en nuestra sociedad. No están receptivos a una negociación.

Todo ello nos lleva a que el 95% de las empresas acaban en liquidación, porque no conocen las herramientas que nuestra LC nos ofrece, por el descrédito y pérdida de prestigio no se toman las medidas en cuanto se empieza a notar la insolvencia, por lo que cuando se actúa ya es demasiado tarde. Se equipara el concurso con la idea de fracaso en el ámbito concursal, sin entenderlo como la solución, como el salvavidas.

Debemos tener en cuenta que no solo es para un caso de insolvencia actual, sino que la LC prevé en su artículo 2.3 que puede tratarse de una insolvencia inminente. Es decir, si el

empresario prevé que no va a poder hacer frente a sus obligaciones (si se encuentra debidamente formado y asesorado) podrá utilizar las herramientas que la LC ofrece para tratar de dar continuidad a su empresa. Pero no existe hay cultura de la mediación, los profesionales no la promocionan porque tampoco la ven como una salida. El derecho va por delante de la realidad social y económica, ya que sí se regulan instrumentos concursales para la pronta detección de la insolvencia pero carecen de interés práctico.

2.- La falta de mediadores concursales porque no disponen de dotación económica y cuentan con importantes limitaciones en sus honorarios (la Disposición transitoria 2ª LC). La propia Ley perjudica la figura del mediador concursal no animando a los profesionales a llevar a cabo esta salida, ya que si asumen su papel de mediador con todo el trabajo que conlleva cobran un miseria y en caso de convertirse en administradores concursales del concurso consecutivo, realizarían sus labores cobrando como un mediador (recalcó que la retribución puede ser calificada de miseria). Además la neutralidad del mediador impone la abstención de orientar ya que ambas partes deben ir debidamente asesoradas con carácter externo. No se fomenta honorariamente a los mediadores, no disponen de fondos para llevar a cabo su labor y los aranceles dificultan aún más su trabajo.

La propia estructura del mediador es deficiente, necesita de un mayor apoyo por parte de los profesionales del Derecho y del legislador, respaldar su posición e incentivar su actividad.

3.- La falta de formación tanto del empresario como de los asesores: que conduce a que la utilización de la LC sea como último recurso, con carácter subsidiario. La labor del administrador concursal es cerrar empresas porque llegan al concurso sin activo ni actividad empresarial debido a que se ha ido dejando con el tiempo y la empresa llega muerta, sin vida siendo el administrador un mero sepulturero (en una de sus entrevistas él mismo se califica como de enterrador concursal).

Con una mayor formación e información por parte de los asesores (abogados, economistas, contables...) podríamos detectar a tiempo la insolvencia o prever que se va a dar pudiendo optar a la utilización de los mecanismos que nos ofrece la LC como el AEP.

Además, a nivel de volumen de trabajo, no es lo mismo tener un acreedor que negociar con varios acreedores. Debemos atender a las circunstancias del caso, ya que por ejemplo, se puede dictar que se pagará el 100 % de la deuda pero en tres años, pero será más fácil llegar

a un entendimiento así si la totalidad de los acreedores está de acuerdo y cuantos menos sean más probabilidades hay de que eso ocurra.

La libertad de empresa debería incluir también la formación del propio empresario, que tenga acceso a cursos de formación desde las asociaciones de empresas y las Cámaras de Comercio, para conocer los diferentes mecanismos y procedimientos que están a su disposición en caso de insolvencia actual o inminente.

No sólo se trata de falta de formación profesional sino también falta de información técnica para mejorar los procesos de producción. El empresario en pro de la competitividad que opera en nuestros mercados puede llegar a modificar sus costes comprando la materia prima a 5 y vendiendo a 3, creyendo que así va a ganar dinero pero contrariamente lo único que consigue es empeorar su situación. Debe adaptarse al mercado invirtiendo en i+D para mejorar sus técnicas de producción, realizando encuestas para captar nuevos consumidores, orientación del producto hacia segmentos del mercado más selectivos...

4.- Percepción del concurso como fracaso: consecuencias psicológicas para el deudor, pérdida de reputación y prestigio.

5.- Los 3 meses que duran las negociaciones sirven para ganar tiempo (artículo 5 bis LC), existe una doble perspectiva:

-El deudor dispone de 3 meses para negociar y de otro mes para decidir sobre su situación (4 meses), en esos meses puede recibir activo o remontar su actividad pudiendo no llegar a concurso.

Los acreedores participarán más de la mediación concursal si la quita no altera lo invertido (aunque se pierda la ganancia) y con espera. No importa esperar, pero si la reducción de la deuda. Son proclives a la espera, pero no a las quitas.

-Puede ser utilizado de forma fraudulenta para perjudicar a los acreedores. En ese período, se limitan a dejar la sociedad “limpia” cara al administrador concursal utilizándose en fraude de ley. Posteriormente, el administrador podrá calificar el concurso como culpable. El Juez en estos casos suele pedir justificación de que realmente se están llevando a cabo esas negociaciones para conseguir un AEP.

6.- Acciones de reintegración: tener en cuenta que pueden darse consecuencias penales ante un delito de alzamiento de bienes, el administrador está obligado a informar de ello al Ministerio Fiscal.

Finalmente sobre la Ley de Segunda Oportunidad, solo tiene sentido si se va a continuar con la actividad económica. Por ejemplo, en el caso de un consumidor podría darse una posible pérdida de la *par conditio creditorum* dado que pueden perdonarse el resto de deudas pero la hipoteca sobre la vivienda no, por tanto, el banco como acreedor sí cobraría.

Respecto a que territorios de nuestra geografía acogen con mayor entusiasmo la mediación concursal, Barcelona y Madrid son las dos ciudades donde mayor tejido empresarial hay y mayor población además de la innovación y dinamismo social.

Conclusiones obtenidas de la reunión del 20 de diciembre de 2019 con la Jueza de lo Mercantil de Segovia Cecilia Fernández Prieto.

La mediación concursal es una gran desconocida en los Juzgados de lo Mercantil donde solo llegan solicitudes de concursos consecutivos con un desenlace nada esperanzador como es la liquidación. Pero el problema de fondo no es el desconocimiento de la mediación concursal específicamente sino de la mediación como figura jurídica dentro de nuestro sistema jurídico y social. A pesar de los intentos legislativos de introducir esa vía extrajudicial de conflictos, en nuestra sociedad sigue manteniéndose la idea de que el Juez goza de un especial rango técnico. Las partes acuden al Juez en busca de una solución independiente, cargada de mayor trascendencia en vez de ser ellos mismos los que a través de un acuerdo y voluntad decidan como desean solucionar el conflicto.

Existe una gran litigiosidad que satura nuestros Juzgados convirtiéndolos en ocasiones en puntos de encuentro, dado que lo que realmente es necesario en determinados casos es comunicación entre las partes. Los Jueces promueven la mediación como solución de delitos leves como pequeñas disputas entre vecinos.

La mediación debería convertirse en un servicio público, que no supusiera un desembolso para las partes. Se facilitaría su implantación y percepción como herramienta por los ciudadanos. Sin embargo, los profesionales dedicados a la abogacía no ven con buenos ojos el fomento de la mediación porque supondría un descenso de su actividad y por tanto, de potenciales clientes.

El mediador es una figura especialmente compleja, no sólo por su configuración neutral, sino por la base de conocimientos con la que debe contar. Además de su base jurídica a través del Grado de Derecho debe destacar por sus conocimientos en la rama de la psicología.

Referente a la mediación concursal, debemos distinguir entre personas físicas empresarios y personas físicas no empresarios. Éstas últimas podrán utilizar el BEPI (beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho que conlleva como requisito el acuerdo extrajudicial).

Las entidades de crédito no poseen capacidad de negociación dentro de un proceso de mediación, no buscan un acuerdo extrajudicial de pagos, son proclives a los acuerdos de refinanciación sobre todo si se trata de grandes empresas que poseen cierto grado de liquidez y se encuentran en funcionamiento.

Conclusiones obtenidas de la reunión 20 de Diciembre 2019 en la Cámara de Comercio de Segovia. Carlos Besteiro.

La principal diferencia entre la mediación concursal y la mediación civil, es que la mediación concursal una vez iniciada debe de terminarse ya sea con un acuerdo extrajudicial de pagos o a través del concurso consecutivo, mientras que la civil es totalmente voluntaria durante todas sus fases.

La distinción entre los diferentes tipos de deudores diversifica las posibles soluciones, hay que adaptar las estrategias a las necesidades de los deudores para solventar su situación. Sin embargo, en la práctica la consideración por parte del deudor de pérdida de prestigio crediticio o incluso a nivel personal debido a que la insolvencia en muchos casos es entendida como fracaso lleva al deudor a tomar decisiones erróneas o tardías.

En el caso de las sociedades, se desvirtúa la personalidad jurídica que sirve de pantalla para proteger el patrimonio personal y familiar del deudor. De la insolvencia responde el patrimonio de la propia sociedad quedando a salvo el de sus socios. Pero en la práctica, cae el blindaje societario al introducir garantías personales para la satisfacción de las deudas, implicamos el patrimonio personal no sólo del propio deudor sino también el patrimonio de su familia y amigos. El deudor arrastra consigo a su entorno en su lucha contra la insolvencia en vez de utilizar los mecanismos que la ley nos ofrece para salvar su situación y actividad. Rompemos la protección de la figura societaria, alargando con ello la situación de insolvencia y pudiendo provocar la de otros.

Una vez establecido el plan de pagos con sus quitas y esperas, no debe ahogarse al deudor, debe garantizársele un mínimo de subsistencia real que le permita recuperarse ya que puede derivar en un problema que afectaría a la sociedad en su conjunto: la economía sumergida. El deudor por temor de verse privado de las ganancias de su nueva actividad o profesión, oculta parte de su nuevo patrimonio para no volver a caer en las garras de la insolvencia de nuevo.

La escasa colaboración de los acreedores más problemáticos como son las entidades financieras y de crédito junto con la Hacienda Pública dificulta que el deudor pueda llegar a un acuerdo con la totalidad de sus acreedores, incluso podríamos romper la *condictio par creditorum* ya que el deudor tratará de salvaguardar su vivienda habitual hipotecada generalmente o al menos intentará excluirla del patrimonio susceptible de cumplir con las deudas que se le adjudican.

El trabajo de las Cámaras de Comercio en labores de mediación suele caer en saco roto debido a la escasa colaboración de los acreedores pero también de los deudores que no debidamente formados acuden cuando la solución de la mediación ya no es viable porque ni siquiera queda activo para satisfacer los créditos contra la masa. El impacto psicológico y social de la insolvencia dificulta la reacción del deudor para tomar medidas ante los mínimos indicios de dificultades.

Por todas estas razones, finalmente todos los intentos de acuerdos extrajudiciales de pagos acaban en concurso consecutivo no quedando más alternativa a los Juzgados de lo Mercantil de proceder a la liquidación, tan agresiva en el patrimonio escaso y deteriorado del deudor.

BIBLIOGRAFÍA:

ASPAC *Asociación Profesional de Administradores Concursales*, <https://asociacionaspac.com/aspac/> (página web oficial). Consultada el 28 de marzo de 2020.

AZNAR GINER, Eduardo. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. 3a ed. Valencia: Tirant lo Blanch. Print

BROSETA PONT, Manuel, and Fernando Martínez Sanz. *Manual de Derecho mercantil. Volumen II, Contratos mercantiles, derecho de los títulos-valores, derecho concursal*. 25a ed. / a cargo de Fernando Martínez Sanz. Madrid: Tecnos. Print. (2018)

GARRIGUES COMUNICA, 15 claves para entender el nuevo texto refundido de la Ley Concursal: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/15-claves-entender-nuevo-texto-refundido-ley-concursal. Consultada el 15 de julio de 2020.

IBERLEY, *Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo)*, <https://www.iberley.es/noticias/aspectos-laborales-nueva-ley-concursal-rdleg-1-2020-5-mayo-30238>. Publicado en la sección de noticias con fecha 07/05/2020. Consultada el 22 de agosto de 2020

MENÉNDEZ MORENO, Alejandro. *Derecho financiero y tributario. Parte general: lecciones de cátedra*. 18ª ed. Cizur Menor (Navarra): Cívitas, 2017. Print.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. *Lecciones de derecho mercantil*. 22a ed. rev. y puesta al día. Madrid: Tecnos, 2019. Print.

LORENZO, Jesús (Mediador y Abogado Administrador Concursal. Director General de la Escuela de Mediación. Asociación Española de Mediación) “*Criterios Interpretativos para la determinación de los honorarios del Mediador concursal en la gestión de los expedientes de Acuerdos Extrajudiciales de pagos de Personas Naturales*” Madrid, 1 de mayo de 2019.

PASTOR SEMPERE, María del Carmen, “*Dación en pago e insolvencia empresarial*”, Colección Derecho Privado, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2016.

PULGAR EZQUERRA, Juana et al. *Manual de derecho concursal*. 2a ed. Las Rozas (Madrid): Wolters Kluwer, 2019. Print.

Página web oficial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation consultada el 17 de abril de 2020.

RAMOS CALVO, M^a DOLORES (2019) *"Régimen jurídico de la mediación concursal en el Derecho español"* (tesis doctoral). Universidad de Alicante, España.

REFOR Revista de Economistas Forenses <https://refor.economistas.es/> Consultada el 22 de julio de 2020.

SOLETO MUÑOZ, Helena. *"La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil"* Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 77-101 n° 98 mayo-agosto 2016, ISSN: 1889-7045.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan (Catedrático de Derecho Mercantil Universidad Complutense de Madrid) *"El acuerdo extrajudicial de pagos"* Anuario de Derecho Concursal 2014 Número 32 (Mayo-Agosto 2014).

VARGAS VASSEROT, C. (2017) *La transmisión de empresas en crisis a sus trabajadores mediante fórmulas de economía social. Reestructuraciones socialmente responsables antes de la declaración del concurso de acreedores.* REVESCO. *Revista de Estudios Cooperativos, Monográfico*, N° 126, pp. 13-31. DOI: 10.5209/REVE.58615.