

ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO: NUEVA REGULACIÓN Y EVALUACIÓN DE SU EFICACIA*

Andrea Padrón Villalba

Graduada en Derecho por la Universidad de La Laguna

RESUMEN

Las últimas reformas producidas en la Ley Concursal durante el año 2015 han modificado la institución de los acuerdos extrajudiciales de pago, introducida en 2013 en nuestro ordenamiento jurídico. Estas han supuesto importantes cambios en cuanto a sus presupuestos y a su procedimiento, asimilándolos más a los ya existentes en los sistemas jurídicos de nuestro entorno y relacionándolos directamente con el mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, la aplicación práctica de los AEP ha sido escasa en el tiempo que lleva vigente la norma, tal y como se extrae del análisis de los datos del Registro Concursal, lo que genera dudas sobre su verdadera eficacia.

PALABRAS CLAVE: acuerdos extrajudiciales de pago, Título x LC, reformas 2015, segunda oportunidad.

ABSTRACT

«Schemes of Arrangement: New Regulation and Efficacy Assessment». The latest amendments, that took place in 2015, of the Bankruptcy Law (LC) have modified the institution of the scheme of arrangements (acuerdos extrajudiciales de pago in spanish), that were introduced in our legal system in 2013. These reforms imply great changes regarding the presuppositions and the procedure of the institution, making it similar to the ones of foreign legal orders. The aforementioned amendments link scheme of arrangement with exemption of unsatisfied liability mechanism. Notwithstanding, the practical implementation of this scheme of arrangement has been limited since it was reformed, as it appears from the analysis of the data in the Insolvency Registry, which raises questions about its true effectiveness.

KEYWORDS: schemes of arrangement, Law of bankruptcy, 2015 changes, second chance.



1. INTRODUCCIÓN

A continuación profundizaremos en el estudio de las últimas novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que modifica la Ley Concursal¹ y cuya *vacatio legis* se planteó de manera escalonada, por lo que únicamente entró en vigor en su totalidad el 1 de enero de 2016. En especial nos centraremos en las modificaciones acaecidas en el Título x (art. 231 y ss.), relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago (AEP).

Estos acuerdos extrajudiciales constituyen uno de los institutos preconcursales con los que contamos en nuestro ordenamiento jurídico. Estos mecanismos son procedimientos colectivos cuyo fin último es la prevención del concurso, con el consiguiente ahorro de costes y de tiempo, pero intentando alcanzar los mismos efectos positivos que si se hubiera llevado a cabo este. En ese sentido, se trata de intentar lograr un acuerdo que satisfaga los derechos de los acreedores en la medida de lo posible², de la manera menos perjudicial para el deudor, pero mediante un procedimiento más ágil. En este grupo de mecanismos de actuación previa se encuentran también recogidos los acuerdos de refinanciación³ y las propuestas anticipadas de convenio⁴.

La inclusión de nuevos procedimientos de estas características se justifica en la situación económica de los últimos años, en los cambios legislativos que progresivamente se han ido produciendo en los países de nuestro entorno⁵ y en las diversas recomendaciones que han realizado diferentes organismos internacionales, intentando favorecer la incorporación de mecanismos de estas características en los ordenamientos jurídicos⁶. De manera más directa, tenemos que destacar lo dispuesto en la Disposición adicional única de la Ley 38/2011⁷ que encomendaba al Gobierno realizar un informe sobre la aplicación de las medidas vigentes en aquel momento, respecto a la solución de los problemas de los sujetos en dificultades para satisfacer sus obligaciones; así como la propuesta de medidas sustantivas y procedimentales para la mayor protección económica y social, con especial hincapié en las soluciones

* Trabajo realizado en el ámbito de una beca de colaboración del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, con el área de Derecho Mercantil de la ULL, en su convocatoria de 2015-2016.

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio.

² Incluso mediante la remisión de parte de la deuda insatisfecha.

³ Art. 71 bis LC.

⁴ Arts. 104 y ss., LC.

⁵ Así por ejemplo, el *processo especial de revitalização* portugués introducido en el Código de Insolvencias con la Ley de reforma 16/2012 o la *Loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement* en Luxemburgo. En ese sentido: Bastante, Granell, V. «La ley de sobreendeudamiento en Luxemburgo: la inclusión del “Fresh Star”, *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33, 2014, pp. 369-391.

⁶ Podemos destacar como ejemplo el informe de 2011 de la Comisión Europea: Comisión Europea, *Report of the Expert Group. A second chance for entrepreneurs: prevention of bankruptcy, simplification of bankruptcy procedures and support for a fresh start*, 2011-01.

⁷ Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

extrajudiciales. Se trataba de conseguir que los deudores tuvieran un mayor abanico de posibilidades ante una situación de insolvencia y evitar, en la medida de lo posible, la continua destrucción del tejido empresarial⁸.

Analizando los distintos modelos existentes en el derecho comparado, podemos determinar dos grandes grupos de medidas extrajudiciales que se dividen entre: aquellos que se desenvuelven en un marco privado y al margen de un procedimiento supervisado, sin perjuicio de que después se puedan someter a una eventual aprobación u homologación judicial; y los que se producen en el seno de un procedimiento impulsado por una autoridad judicial o administrativa. En concreto, los acuerdos extrajudiciales de pago pueden ser incluidos en este segundo grupo.

Estos acuerdos se introdujeron mediante el artículo 21.7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que incorporó el Título x a la Ley Concursal. Los AEP tienen por objeto alcanzar un acuerdo de masa de los de continuidad o una solución liquidativa del patrimonio por cesión del mismo a los acreedores en pago de las deudas.

El procedimiento, mucho más simple que el regulado en la Ley Concursal, constituye una alternativa al concurso y a los acuerdos de refinanciación y se caracteriza por la intervención de un mediador, que será designado por turno, escogido de una lista redactada por el Ministerio de Justicia para este fin.

Como decíamos en un principio, esta figura ha sido recientemente modificada por el Real Decreto-Ley 1/2015, que ha cambiado alguno de sus presupuestos y requisitos, ampliado su ámbito subjetivo, así como otras novedades que comentaremos a continuación.

Aunque es necesario un posterior análisis con mayor profundidad, el primer acercamiento a esta figura deja clara la intención del legislador de favorecer todos los mecanismos que permitan evitar el concurso. Sin embargo, ¿esa voluntad se ha sabido plasmar en un procedimiento eficaz?

2. ANÁLISIS SOBRE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

2.1. CONTEXTO

2.1.1. *Legislaciones de nuestro entorno*

La complejidad, lentitud, la tensión publicidad-confidencialidad, los elevados costes y el estado de crisis frecuentemente irreversible en el que se llega al procedimiento han caracterizado desde hace tiempo los distintos procedimientos concursales, lo que ha provocado que durante años en Europa el sistema concursal apenas se use, y la mayoría de las crisis económicas empresariales se resuelvan mediante arreglos

⁸ Aunque hay que destacar que, a pesar de que lo más deseable es la continuidad de la empresa, evitar a toda costa la liquidación no se encuentra dentro de las finalidades de estos mecanismos.



privados concebidos como contratos, convenios o acuerdos con efecto sólo respecto de las partes que participen en ellos⁹.

Este contexto de crisis que nos ha tocado vivir en los últimos años ha puesto de manifiesto, entre otras muchas cosas, la ineficacia de los mecanismos relativos al concurso de acreedores. Efectivamente, en España, pero también en otros países cercanos, se ha podido constatar que los procedimientos con los que se contaba para estos supuestos pecaban de ser largos, complejos e intentar dar solución a la situación de sobreendeudamiento demasiado tarde, cuando ya era prácticamente imposible conseguir la recuperación económica del sujeto y no había más que tratar de satisfacer los intereses de los acreedores de la mejor manera posible.

Este panorama es el que justifica que se aprecie una tendencia generalizada a los cambios en las soluciones negociadas para las crisis económicas; nos hemos encaminado a una cada vez mayor desjudicialización del tratamiento de este tipo de situaciones. En ese sentido, tanto las reformas concursales norteamericanas como las europeas han fomentado esencialmente los mecanismos extrajudiciales en detrimento del más clásico convenio judicial.

Como punto de partida y sistema inspirador, los ordenamientos europeos han puesto su atención en el estadounidense, que tradicionalmente ha estado más a la vanguardia en este tipo de medidas; mucho más que la dogmática jurídica europea que, en general, siempre ha optado por una regulación más apegada a los procedimientos en sede judicial. En ese sentido, tenemos que destacar el *chapter XI* del *Bankruptcy Code*, que regula los denominados *Prepackaged Bankruptcy Plans*¹⁰ que permiten que el deudor negocie extraconcurso con sus acreedores; siempre en conexión con el concepto de la *second chance* y el *fresh start*.

Sin salirnos del *common law*, podemos destacar los *workouts*, traducidos generalmente como arreglos voluntarios, del derecho británico. Se configuran como una alternativa al proceso formal, permitiendo una mayor libertad para que deudores y acreedores se pongan de acuerdo. En este caso, dependiendo de las condiciones, puede ser que se opte por un pacto totalmente autónomo o por una posterior validación judicial (lo que pasaría a denominarse *Scheme of Arrangement*).

Dentro del ámbito europeo continental, quizás una de las instituciones que más semejanzas guarda con nuestros acuerdos extrajudiciales son los *Accordi di risanamento*¹¹ del derecho concursal italiano, ya que en ellos también se prescinde de toda intervención judicial. De esta manera las partes gozan de una amplia libertad

⁹ Enciso Alonso-Muñumer, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales: la propuesta anticipada de convenio*, La Ley, 2007, p. 19.

¹⁰ Para mayor información, entre otros: Lawless, R.M., «La ley concursal estadounidense de 2005. Cómo llegamos a ella y hacia dónde vamos», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Madrid, 2008, pp. 99-111.

¹¹ Introducidos en la *Legge Fallimentare* a través del Decreto Legislativo de 14 de marzo de 2005; modificada y ampliada posteriormente por el Decreto Ley de 31 de mayo de 2010.

de autodeterminación en la toma de decisiones sobre las iniciativas a emprender¹². Estas características nos hacen constatar que nos encontramos en el seno de las *Alternative Dispute Resolution* (mecanismos ADR).

También cabe destacar el ordenamiento francés, uno de los más completos en esta materia. La legislación gala contempla la figura de los convenios informales (*procédure de conciliation*¹³), en los que se trata de llegar a un acuerdo a través de un conciliador, cuyo rol principal consiste en acercar posturas entre deudores y acreedores; una importante similitud con nuestro modelo, tal y como comentaremos a continuación. Sin embargo, también cuenta con múltiples diferencias con respecto al nuestro, pues, por ejemplo, es necesaria la intervención inicial de un juez y solo produce efecto sobre los acreedores que hayan decidido unirse.

Como vemos, si bien es cierto que es común la proliferación de soluciones para el mismo problema —evitar tener que llegar a la apertura del concurso de acreedores—, lo cierto es que podemos encontrar múltiples opciones y variantes, con sus ventajas y sus inconvenientes.

Pasemos ahora a comentar brevemente la evolución de la normativa con la que ha ido contando nuestro país.

2.1.2. Los Acuerdos Extrajudiciales en el ordenamiento jurídico español

Aun cuando es evidente que el buen jurista tiene que estar al día de las novedades legislativas y tiene que trabajar siempre con el derecho vigente, lo cierto es que en esta materia nos vemos casi en la obligación de retomar un estudio breve de la legislación anterior. Esto es así por la escasa separación temporal que diferencia una de otra y porque, sin conocer las críticas que se le realizaban a la anterior normativa, es difícil comprender la situación actual.

Antes de la introducción de esta figura en 2013, el mecanismo más parecido que podíamos encontrar en nuestro ordenamiento era el procedimiento de suspensión de pagos que se pretendió regular en 1995, pero que ni siquiera se llegó a promulgar¹⁴. Sin embargo, tal y como está la situación en la actualidad, no es necesario remontarse tanto en el tiempo para encontrar las últimas modificaciones en la materia. El último cambio ha venido de la mano del Real Decreto-Ley 1/2015 de 27 de febrero, que es el tercer Real Decreto en apenas un año que se ha empleado para la modificación de la Ley Concursal; antes de este nos encontramos con el RDL 4/2014¹⁵, de 7 de

¹² Enciso Alonso-Muñumer, M., *La judicialización de los convenios extrajudiciales*, op. cit., p. 134.

¹³ Al respecto: López San Luis, R., «El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia», *Revista de Derecho Civil*, 2015-04, pp. 207-228.

¹⁴ Fernández del Pozo, L., «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de derecho concursal*, n.º 32, 2014-05, p. 89.

¹⁵ Con su posterior tramitación parlamentaria que daría lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.



marzo, y el RDL 11/2014, de 5 de septiembre. Lo que tienen en común todas estas modificaciones es que están encaminadas a evitar finalizar con la liquidación de la empresa, así como a agilizar los procedimientos.

En cualquier caso, como decíamos, los AEP se introdujeron con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que incorporó el Título x a la Ley Concursal. Parece que de la lectura de la Exposición de Motivos de la norma se puede extraer que esta modificación se enmarca en el objetivo de desjudicializar determinados supuestos de insolvencias, entendiendo que pueden tramitarse extraconcurso, atendiendo al notorio colapso de los juzgados que se ocupan de esta materia y a los pobres resultados obtenidos tras los años transcurridos desde la promulgación de la Ley Concursal¹⁶.

Teniendo en cuenta las características originales con las que se creó esta figura, en sus inicios se podía definir¹⁷ como el procedimiento de negociación de deudas de los empresarios, excluidas las de derecho público, impulsado por mediadores concursales retribuidos conforme al arancel de los administradores concursales, con una duración estimada no superior a 3 meses y con la posibilidad de pactar quitas de hasta el 25% de los créditos y esperas de hasta 3 años.

Inicialmente se configuró el acuerdo extrajudicial de pago como un mecanismo accesible a pequeños empresarios insolventes, fueran persona natural o jurídica, pero, de manera discutible, se excluía a la persona natural no comerciante (consumidor) que, definitivamente, quedaba expulsada de los mecanismos preconcursales previstos en la Ley Concursal para el tratamiento y la prevención de la insolvencia¹⁸.

Sin embargo, estas características han variado sustancialmente con la nueva redacción de los preceptos, entre otras cosas porque se había criticado los excesivos límites que imponían.

Centrándonos ahora en la última reforma, la que ha introducido toda una nueva regulación de los AEP, podemos señalar que, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 1/2015, el Gobierno consideró que era necesaria esta modificación sustancial para poder hacer frente de manera más eficaz a los procesos de endeudamiento en los que se han visto inmersos los ciudadanos como consecuencia de la situación económica de los últimos años:

... todavía existen muchos españoles que siguen padeciendo los efectos de la recesión. Y es misión de los poderes públicos no cejar nunca en el empeño de ofrecer las mejores soluciones posibles a todos los ciudadanos, a través de las oportunas reformas encaminadas al bien común, a la seguridad jurídica y, en definitiva, a la justicia.

¹⁶ Díaz Echegaray, J.L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 28.

¹⁷ Marín de la Barcena, F., *El acuerdo extrajudicial de pagos en el Proyecto de Ley de emprendedores*, Análisis GA&P, julio 2013, p. 4.

¹⁸ Aznar Giner, E., *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p. 14.



En ese sentido, consideraron que el desarrollo del mecanismo de la segunda oportunidad era fundamental para mejorar la situación existente e, intrínsecamente relacionado con él —según la interpretación del Gobierno—, los acuerdos extrajudiciales de pago, como un paso más para asegurar la eficacia de este tipo de instrumentos. De la lectura de las intenciones del Gobierno se deduce que se trataba así de conseguir un ambicioso objetivo:

... el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer¹⁹.

Sin perjuicio de lo dicho, también hay que destacar que, si tuviéramos que buscar un antecedente normativo directo a esta reforma, posiblemente podríamos nombrar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque del fracaso empresarial²⁰. Este texto constituye un avance hacia la creación de un derecho armonizado sobre insolvencias, que se centra esencialmente en el fomento de los mecanismos preconcursales y las medidas de segunda oportunidad (con hincapié en las personas físicas).

El objetivo de la presente Recomendación es animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior²¹.

De hecho, no es la primera vez que la Comisión se pronuncia en la línea de la meta que señala la EM del Real Decreto-Ley sobre otorgar una segunda oportunidad a los emprendedores:

Business entry and business exit are natural processes that are inherent to European economic life. In fact, 50% of enterprises do not survive the first five years of their life and of all business closures, bankruptcies account in average for 15%; even though today's failure can hold the germ of tomorrow's success. [...] (Entrepreneurs) learn from their mistakes and those that re-start have lower rates of failure and experience faster growth than newly established companies. Yet, even though only 4-6% of bankruptcies are fraudulent, public opinion makes a strong link between business failure and fraud. Many honest bankrupts feel discouraged to re-start due to the stigma and difficulties or discrimination faced after a bankruptcy. In

¹⁹ Exposición de motivo de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, *BOE* n.º 180.

²⁰ Pulgar Ezquerro, J., «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario la Ley*, n.º 8538, 2015, p. 4.

²¹ I. Finalidad y objeto, apartado 1.



addition, bankruptcy has an important secondary effect on entrepreneurship: many would-be entrepreneurs do not start a company because of their fear of the consequences of business failure²².

2.2. PRESUPUESTOS, CONTENIDO Y EFECTOS DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

A continuación iremos desarrollando las características y las novedades de los acuerdos extrajudiciales de pago, tal y como se extrae de un análisis pausado del Título x (art. 231 y ss.) de la Ley Concursal.

2.2.1. *Sujetos*

Una de las novedades más significativas de la actual regulación es que se amplía la legitimación subjetiva para acceder a un AEP. En este sentido, podemos diferenciar a los legitimados en dos grupos: personas físicas o personas jurídicas.

En lo que respecta a los primeros ya no es necesario que se trate de un empresario. Esto, en opinión de la gran mayoría de la doctrina, es un logro, ya que, si bien antes el concepto de empresario era bastante amplio (no estaba limitado a los que tuvieran tal condición según la legislación mercantil), ahora se puede hacer frente a los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, que era, precisamente, una de las cuestiones en las que más hincapié realizaba la Recomendación de la Unión Europea al respecto. No obstante, la diferenciación entre empresario y no empresario sigue siendo relevante, aunque ya únicamente a efectos de los requisitos para la tramitación del proceso.

En cuanto a los demás sujetos, basta con contar con personalidad jurídica; es decir, no se exige ningún tipo societario en particular, ni siquiera que se desarrolle una actividad económica.

Eso sí, también se señalan determinados límites que nos indican qué sujetos no estarán legitimados para ello:

- Sentenciados por delitos contra el patrimonio, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, con un límite temporal de los 10 años anteriores a la declaración del concurso; aunque seguramente se quiso, más bien, hacer referencia a años antes de la solicitud del inicio del AEP²³.
- Aquellos que en los 5 años anteriores hubieran realizado otro pacto, un acuerdo de refinanciación o hubiera sido declarado en concurso.

²² El informe de la Comisión Europea: *A second chance for entrepreneurs*, *op. cit.*, p. 5.

²³ Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, n.º 8505, 2003-03, p. 8.

- Aquellos que estuvieran en proceso de negociación con sus acreedores para llegar a un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.
- Tampoco las entidades aseguradoras o reaseguradoras.

En comparación con la regulación anterior, se reducen los supuestos de exclusión, lo que resulta muy lógico teniendo en cuenta que se eliminan algunos que tenían sentido únicamente cuando era requisito necesario que el sujeto fuera empresario (v. gr. la falta de inscripción en el Registro Mercantil cuando la misma resultaba obligatoria). También es llamativo destacar que se ha añadido un límite de tiempo en el supuesto referente a la condena penal previa y que se ha ampliado de 3 a 5 el referente a los otros tipos de soluciones²⁴.

2.2.2. Presupuestos

Los requisitos necesarios para poder acceder a este instituto preconcursal son diferentes dependiendo de si estamos analizando la figura de una persona natural o de una persona jurídica.

En el primer caso, es necesario que se encuentre en estado de insolvencia (definido por el artículo 2 LC²⁵) o que este sea inminente y previsible. Además, es necesario que la estimación inicial del pasivo no sea superior a los 5 millones de euros.

Por el contrario, en los supuestos de personas jurídicas, aunque no existe una limitación con respecto al tipo societario, sí que se exige que sea previsible que, de tener que llegar a declarar el concurso, este no vaya a ser especialmente complejo, aplicando los criterios que señala el artículo 190 LC. Estos presupuestos son esencialmente: 1) que la lista presentada por el deudor incluya menos de 50 acreedores y 2) que no superen los 5 millones de euros ni la valoración del pasivo, ni el conjunto de bienes y derechos.

Por otro lado, al contrario que en el supuesto de persona natural, aquí se estipula específicamente que debe disponer de activos suficientes para cumplir con los gastos propios del AEP.

²⁴ Aunque la Disposición Transitoria 1, en su apartado quinto, del Real Decreto-ley 1/2015 señala que no será exigible este requisito durante el año siguiente a la entrada en vigor de la reforma.

²⁵ Artículo 2.2 LC: «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.»



2.2.3. Solicitud, nombramiento del mediador y convocatoria de los acreedores

Puesto que la reforma va en la línea de agilizar el procedimiento, se introduce un formulario normalizado de solicitud, de inventario y de lista de acreedores²⁶. Los documentos presentados en este momento resultarán fundamentales no solo para el AEP, sino que también tendrán importancia en el hipotético concurso posterior.

En caso de que la solicitud no contara con todos los datos exigidos, se realizara incorrectamente la identificación del deudor o se cometiera algún otro fallo que requiriera que el mediador solicitase su subsanación, la ley establece un plazo máximo de 5 días.

En cuanto a la competencia para su tramitación, se introduce como novedad la posibilidad para los deudores personas físicas empresarios y personas jurídicas de acudir a la Cámara de Comercio de España²⁷ o a alguna de las cámaras de comercio regionales —siempre que la escogida haya asumido funciones de mediación— para solicitar el nombramiento de mediador concursal e iniciar el expediente.

Por su parte, la figura del mediador concursal es una de las características diferenciadoras principales de los AEP, como así lo afirmó el Consejo General del Poder Judicial en su análisis del mecanismo preconcursal:

[El AEP] se ha configurado como un instituto en el que destaca el protagonismo que se confiere a la figura del mediador concursal, que constituye el principal aspecto diferencial respecto de otras figuras que propician una solución negociada, tales como los acuerdos de refinanciación o la propuesta anticipada de convenio²⁸.

Para escoger al mediador se mantiene la designación directa por orden de la lista del Ministerio de Justicia; con la salvedad de que se haya optado por una Cámara oficial de Comercio, puesto que ella asumirá las funciones de mediación. Si nos encontramos ante uno de estos segundos supuestos, la institución tendrá que designar una comisión encargada, en la que deberá de incluirse, al menos, un sujeto que cumpla con los requisitos propios del mediador.

En el plazo de dos meses tras la aceptación por parte del mediador concursal, este, una vez revisada toda la documentación presentada por el deudor y pedir, en su caso, la necesaria subsanación de errores, convocará a los acreedores. En ese sentido, se convocará a todos, ya estén señalados en la lista creada al efecto por el deudor o ya sea que el mediador tenga conocimiento de su existencia por cualquier otro medio.

²⁶ El formulario entró en vigor el 18 de enero de 2016, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/gabinete-comunicacion/noticias-ministerio/entra-vigor-formulario-para>.

²⁷ *Valoración proyecto Real Decreto Ley: Segunda oportunidad*, Cámara de Comercio de España, 27 de febrero de 2015, <http://www.camara.es/es/la-segunda-oportunidad-incentivara-la-creacion-de-nuevos-negocios-y-la-generacion-de-empleo>.

²⁸ CGPJ, *Informe sobre el anteproyecto de la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, de 26 de junio de 2013, p. 12.

2.2.4. Contenido del acuerdo y aprobación

El contenido en sí del acuerdo es una de las cuestiones que han sufrido las modificaciones más relevantes, ya que en este intento de que el acuerdo extrajudicial tenga un carácter más flexible, se han ampliado los posibles pactos. Así, encontramos que se ha configurado de la siguiente forma:

1. Se podrán establecer esperas no superiores a los 10 años. Se aumenta considerablemente el plazo, teniendo en cuenta que en la redacción anterior se establecían 3 años como máximo.
2. También quitas que ya no se limitan al 25% del pasivo, sino que se otorga mayor flexibilidad para llegar a un acuerdo.
3. Se regula la dación en pago con el límite de que no puede suponer la descapitalización completa del deudor; se incluye también la posibilidad de la cesión de la vivienda habitual. En caso de que el valor de los bienes cedidos fuera superior a la deuda, la diferencia se integrará en el patrimonio del deudor.
4. Otras medidas relacionadas con instrumentos financieros como la conversión de deuda en acciones o préstamos participativos.

Para aprobar el acuerdo serán necesarias las mayorías establecidas en el artículo 238.1 LC, teniendo en cuenta que lo dicho con referencia al contenido se verá modulado según los porcentajes que se consigan en la votación. Hay que tener en cuenta que se calcularán sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado:

Si el AEP es aprobado por el 60% del pasivo podrán acordarse:

- esperas inferiores a 5 años;
- quitas inferiores al 25%;
- y conversión de la deuda en préstamos participativos por plazo inferior a 5 años.

En cambio, si el AEP es aprobado por el 75% del pasivo podrán acordarse:

- esperas entre 5 y 10 años;
- quitas superiores al 25%;
- conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora por un plazo no superior a 10 años;
- y cesión de bienes o derechos en o para pago.

Para que el acuerdo tenga eficacia bastará con su inscripción en el Registro Público Concursal, por lo que ya no es necesaria la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* como se exigía en la anterior redacción.



2.2.5. Efectos sobre el deudor y los acreedores

En cuanto a cómo afecta al deudor, es destacable el que se hayan suprimido algunas de las limitaciones que afectaban al desarrollo del día a día del deudor: ya no rige la prohibición de solicitar la concesión de préstamos, tampoco la dejación de uso de los medios electrónicos de pago, ni la devolución de las tarjetas de crédito. Lo que sí se establece como límite es que el deudor se abstendrá de realizar actos de administración y disposición, más allá de los propios de su actividad comercial o empresarial, en su caso. Lo que tendrá que determinarse casuísticamente es cómo definir en cada caso si se trata o no de una acción propia de la actividad.

En el caso de los deudores casados se establecen algunas reglas especiales referentes a la vivienda habitual. Así, si esta es susceptible de ser afectada por el AEP, la solicitud deberá ser presentada por los dos (o uno con consentimiento del otro). La doctrina se ha planteado las repercusiones prácticas de este requisito: al fin y al cabo con la solicitud el deudor no se está presentado una proposición de acuerdo, por lo que adelantarla a esta fase solo supondría comprometer el asentimiento y la colaboración en caso de una posible cesión de la vivienda en o para pago en un momento posterior. Algunos autores²⁹ proponen que quizás la norma quisiera hacer referencia expresa a la regla establecida en el artículo 1320 Cc³⁰ cuando la vivienda fuera propiedad únicamente de uno de los cónyuges.

En lo referente a los acreedores, mientras que los créditos de derecho público nunca se verán afectados por un acuerdo extrajudicial, aquellos con garantías reales no quedarán excluidos de esta convocatoria —como sucedía en la redacción anterior salvo que ellos voluntariamente hubieran solicitado ser incluidos—, si bien sí que contarán con algunas especialidades. En ese sentido, se limita el inicio y continuación de ejecuciones hipotecarias durante la negociación del acuerdo³¹ cuando la garantía recaiga sobre vivienda habitual o activo necesario para la continuidad de la actividad del deudor; es decir, podrán iniciar la ejecución, pero quedará suspendida durante ese tiempo.

Además, el artículo 238 bis 3 LC establece diferencias en lo referente a los efectos del acuerdo sobre ellos. Así, tendrá plena repercusión para los que hubieran votado a favor, pero solo vinculará la parte de la deuda que exceda de la cuantía garantizada, en los supuestos en los que el acreedor hubiera votado en contra, y esto solo si se hubiera aprobado por las mayorías reforzadas pertinentes: del 65% cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 a) LC y del 80% cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1 b) LC.

²⁹ Entre otros: Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, p. 9.

³⁰ Artículo 1320 Cc: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

³¹ Que tendrá un plazo máximo de 3 meses.

Por último hay que señalar que la nueva redacción también establece que se suspenderá el devengo de intereses durante la tramitación del acuerdo; se entiende que, en consonancia con lo dicho, esta limitación en los intereses no afectará a los créditos de naturaleza pública.

2.2.6. Especialidades con las personas naturales no empresarios

Como comentábamos en un inicio, una de las especialidades más destacadas con esta nueva regulación es la posibilidad que se ha abierto para acceder a este mecanismo para las personas naturales no empresarios. Sin embargo, esto no significa que el procedimiento se haya unificado totalmente, sino que se han establecido algunas especialidades para estos casos, que se pueden encontrar en el artículo 242 bis LC.

Una de las cuestiones que más sobresalen es la relevancia del notario en este procedimiento especial; así, la solicitud deberá presentarse al notario del domicilio del deudor, quien podrá asumir las funciones de mediador concursal o designar uno si así lo considera oportuno³². También es importante señalar que el plazo de suspensión de las ejecuciones pasará a ser de dos meses, aunque se mantiene el plazo de tres meses para considerar la apertura de concurso.

En cuanto al contenido del acuerdo, será coherente con la condición no empresarial del sujeto y, por tanto, se limitan las opciones a esperas (no superiores a 10 años), quitas y cesiones de bienes.

En general, se trata de un mecanismo más simple y ágil puesto que los plazos se acortan considerablemente.

2.3. INTENTO DE UN AEP COMO REQUISITO PARA ACCEDER AL BENEFICIO DE LA SEGUNDA OPORTUNIDAD

En caso de que el acuerdo no se llegara a adoptar por no ponerse de acuerdo las partes o que, posteriormente a la adopción, el acuerdo se incumpliera o quedara anulado, se podrá abrir el procedimiento de concurso de acreedores denominado concurso consecutivo, que, por ser posterior a este intento de resolución, cuenta con una serie de especialidades.

Lo encontramos regulado en el artículo 242 LC, que nos señala que se tramitará por el procedimiento abreviado, sin que se comience directamente con la fase de liquidación, como sucedía en la redacción anterior. Esto supone un importante cambio, ya que permitirá que se intente un nuevo convenio antes de proceder a la liquidación del patrimonio. De hecho, es obligatorio presentar una propuesta anticipada de convenio si se quiere evitar esta. En ese sentido, hay que resaltar que, aunque sigue básicamente el procedimiento abreviado, cuenta con una serie de

³² En cualquier caso, la designación de mediador concursal se hará con los mismos requisitos que en el procedimiento general.



especialidades como la que acabamos de señalar. También es característico de este proceso el método de elección del administrador concursal, ya que, excepto causa justificada, el juez escogerá como tal al que viniera cumpliendo el rol de mediador. Esta es una de las cuestiones que pueden ser criticables a la nueva redacción, ya que, puesto que es previsible que en caso de concurso consecutivo el mediador asumirá el puesto de administrador concursal, debería haberse mantenido como requisito para ser aquel cumplir con las condiciones para actuar como este, por una cuestión de facilitar el procedimiento³³.

Otra de las novedades más importantes referentes a los acuerdos extrajudiciales de pago es su relación con el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural, comúnmente denominado beneficio de la segunda oportunidad.

Esta relación se constata en varios momentos a lo largo del texto legal. Por un lado, el artículo 242 LC continúa señalando que, en caso de ser un AEP de persona natural, el mediador deberá presentar un informe sobre la concurrencia de los requisitos previstos para esta la figura de la segunda oportunidad; beneficio que otorgará finalmente el juez si el concurso se califica como fortuito y se cumplen los requisitos previstos.

Por otro lado, existen importantes dudas doctrinales sobre la manera de interpretar el inciso del artículo 178 bis 3 LC, que indica las condiciones para acceder a este beneficio. El problema surge porque no se ha dejado claro si el haber intentado un AEP es un requisito obligatorio o no:

- 3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231³⁴, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- 4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.
- 5.º Que, alternativamente al número anterior:
 - i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.
 - ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.
 - iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años.
 - iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.
 - v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal con posibilidad de acceso público, por un plazo de cinco años.

³³ Senent, S., «El RDL 1/2015 ¿una segunda oportunidad para el acuerdo extrajudicial de pagos?», *Hay derecho?*, 23 de marzo de 2015.

³⁴ Los presupuestos a los que hicimos referencia supra (apdos. 2.2.1. y 2.2.2.), diferenciando personas físicas de personas jurídicas.

Como se observa, resulta poco evidente saber cuándo es necesario haberlo intentando, si es una condición *sine qua non* —como se deduciría del número 3— o si únicamente supone una posibilidad para el deudor —número 4 *in fine*—.

Algunos autores entienden que simplemente se trata de una posibilidad que el legislador ofrece *premiándola* con unas condiciones más favorables para el deudor³⁵; mientras que otros, más cercanos al tenor literal del articulado, interpretan que únicamente deja de ser obligatorio cuando no se cumplen los objetivos —subjetivos u objetivos— que señalamos con anterioridad³⁶.

En la práctica, habrá que esperar a las interpretaciones de la jurisprudencia. En la actualidad el número de sentencias es escaso y solo contamos con el parecer de jurisprudencia menor. Aun así, parece que generalmente se han decantado por entender que se trata de un requisito ineludible.

Así, por ejemplo, se pronuncia la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.^a) en su auto de 25 de enero de 2016³⁷:

La pertinencia de tener que acudir al procedimiento extrajudicial para superar la insolvencia, cuando no existan posibilidades efectivas de lograr acuerdo alguno con los acreedores, o aún antes, cuando no existan bienes suficientes para acometer los propios gastos del expediente notarial, puede resultar cuestionable, pero constituye el ejercicio de una opción legislativa, que el intérprete no puede soslayar.

2.4. LA REALIDAD DE LOS AEP: EVALUACIÓN DE SU EFICACIA

A pesar de los intentos del legislador y el intento de simplificar el procedimiento, lo cierto es que ha tenido una escasa acogida desde su instauración en 2013. Configurarle como una etapa intermedia antes de acceder al beneficio de la segunda oportunidad quizás ha fomentado algo más su uso, pero sin que parezca que sus ventajas, por lo menos en el plano teórico, hayan convenido.

Así se comprueba tras un estudio de la información publicada en el Registro Público Concursal³⁸ sobre el uso que se ha hecho de los AEP:

³⁵ Entre otros: Cabanas Trejo, R., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, n.º 8505, 23 de marzo de 2015, pp. 8 y 16 o Cuenca Casas, M., «El nuevo régimen de la segunda oportunidad. Pocas luces y muchas sombras», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 37, 2016-01, pp. 11-63.

³⁶ Latorre, N., «El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física», *Anuario de Derecho concursal*, n.º 37, enero-abril de 2016, pp. 181-182 o Hernández Rodríguez, M.M., «Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, administración y crédito público», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, La Ley, Madrid, 2016, pp. 223-236.

³⁷ Auto n.º 16/2016.

³⁸ Todos los datos han sido extraídos de la página web oficial del organismo: www.publicidadconcursal.es/concursal-web/ [Consultada por última vez en julio de 2016].



Lo primero que hay que destacar es que el número de las solicitudes de inicio de acuerdo ha sido muy limitado, ni siquiera en las grandes capitales autonómicas se han utilizado de manera remarcable: 156 en Madrid, 200 en Barcelona, 103 en Valencia y 4 en Sevilla. Si nos centramos en Canarias, en Santa Cruz de Tenerife solo encontramos 3 y en Las Palmas 8. Hay que destacar, eso sí, que a pesar de las cantidades tan bajas, han aumentado considerablemente desde finales de 2015³⁹.

Sin embargo, lo que es digno de mención es que en la gran mayoría de estos casos no llegaron siquiera a adoptarse los acuerdos, sino que el procedimiento quedó paralizado en la fase inicial: en Madrid se llegaron a adoptar 9, en Barcelona 27 y en Valencia 2. No contamos con ninguna adopción en Canarias.

No obstante, esto tampoco significa que los acuerdos adoptados hayan cumplido su objetivo, puesto que un seguimiento a cada uno de estos casos nos permite observar como en algunos se llegó a declarar el concurso de acreedores, señal inequívoca de que el AEP no consiguió su finalidad. Además, tampoco se puede interpretar *sensu contrario* que el resto hayan sido culminados satisfactoriamente. Es decir, en resumen, sumando los datos de las cuatro ciudades más pobladas de España se observa que las solicitudes de acuerdo de inicio del procedimiento no superan las 450, de entre las cuales queda en entredicho saber cuántas han finalizado con un resultado satisfactorio.

Por su parte, también es bastante significativo que los sujetos que hayan hecho uso de este instrumento sean casi exclusivamente personas físicas. Este dato nos puede llevar a dos reflexiones: por un lado, que se entiende y se reafirma la necesidad que existía de ampliar la legitimación subjetiva, permitiéndoles también a los consumidores hacer uso de él; por otro, que es posible que las empresas no hagan uso de los AEP porque prefieran acudir a otras vías como los convenios concursales o los acuerdos de refinanciación.

Todavía es pronto para establecer consecuencias concluyentes sobre los efectos que tendrá esta nueva regulación, pero parece que ya contamos con datos suficientes para prever que provocará un aumento en su uso: de todos los expedientes estudiados para este estudio sobre la adopción de un acuerdo, solo dos databan de 2014; mientras que el resto habían sido publicados en el segundo semestre de este año. Sin embargo, para lo que habrá que esperar y sobre lo que habrá que realizar análisis posteriores es para saber qué parte de la nueva redacción es la causa de este aumento —si es que la tendencia creciente se mantiene en el tiempo—.

Determinar qué es lo que ha causado este efecto será esencial para valorar la eficacia de la reforma y del mecanismo preconcursal en general. Y es que, al haberlo configurado como un requisito previo para acceder al beneficio de exoneración, se nos plantean serias dudas sobre si el aumento es resultado de una mejora en la regulación de los acuerdos extrajudiciales de pago o si, por el contrario, se está utilizando como mero trámite previo al mecanismo de la segunda oportunidad. Una cuestión fundamental para valorar la eficacia de los AEP en su justa medida, pero

³⁹ Por ejemplo, 100 más en Madrid desde entonces hasta ahora.

que solo podrá ser respondida una vez que haya transcurrido un período de tiempo más largo que nos permita obtener datos suficientes.

3. CONCLUSIONES

Después de este breve análisis sobre los acuerdos extrajudiciales de pago, ha quedado claro que una de las características principales de este instituto preconcursal, tal y como ha sido regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es su desjudicialización, que, como vimos, no es la opción que se ha utilizado en todos los sistemas de nuestro entorno, pero que ofrece una mayor flexibilidad y agilidad para que las partes lleguen a un acuerdo.

Relacionado con esta mayor facilidad de pacto, hay que reconocer que la nueva regulación ha solventado muchas de las críticas que se habían esgrimido contra los AEP: la limitación en las quitas, los escasos efectos sobre los acreedores con garantías reales, las prohibiciones para el deudor... En la gran mayoría de los casos, que el legislador —aunque en este caso ese rol lo haya asumido el poder ejecutivo— actúe teniendo en cuenta la opinión de los autores que han estudiado la materia en profundidad siempre es un acierto y una cuestión a celebrar; pero sobre todo lo es si la regulación inicial había resultado un poco operativa, como hemos comprobado que era el caso en esta materia.

Sin embargo, cabe preguntarse si lo que realmente necesitaba nuestro ordenamiento era incidir en esta normativa. Hemos destacado que la voluntad de las instituciones internacionales era que medidas preconcursales de estas características fueran cada vez más frecuentes y, sin duda, resultaba, como mínimo, contraproducente no contar con ningún mecanismo pensado para solucionar las crisis económicas de las personas físicas no empresarios, sin tener que llegar al procedimiento concursal; pero ¿era la solución un acuerdo extrajudicial con estas características?

Tal y como hemos comentado, va a resultar difícil valorar si con estos nuevos presupuestos se logra el objetivo previsto y se consigue un mayor uso por los ciudadanos, puesto que haberlo constituido como requisito previo al procedimiento de segunda oportunidad falseará las conclusiones que se puedan obtener al respecto observando los datos sobre su uso. Por ejemplo, en los casos que analizamos en este estudio es imposible determinar hasta qué punto podemos identificar la multiplicación de su uso como un aumento de su eficacia o si simplemente se han empleado como un trámite formal más antes de acceder al beneficio de exoneración de pasivo. De hecho, sin poder encontrar motivos suficientes para haber condicionado el uso de uno con respecto al otro, casi se podría pensar que esta decisión ha respondido más a cuestiones políticas que a una reflexión jurídica, teniendo en cuenta que, en los últimos años, es usual en el discurso de nuestros dirigentes ensalzar la utilización de este tipo de mecanismos de agilización de los procedimientos y de descongestión de los tribunales.

En cualquier caso, lo que sin lugar a dudas no está justificado es la cantidad ingente de modificaciones que se han producido en un período de tiempo tan corto. El derecho mercantil, por las características de los sujetos que en él intervienen y por



su estrecha relación con la economía, es una de las ramas jurídicas más propensas a los cambios; para asegurar su efectividad tiene que actualizarse de manera frecuente para lograr regular los aspectos de la realidad que van surgiendo. Sin embargo, esta afirmación no se puede confundir con la posibilidad de modificar aspectos relevantes en cuestión de meses, sobre todo porque variaciones en tan poco tiempo lo único que consiguen es trasladar una idea de poca reflexión previa antes de la toma de este tipo de decisiones. Hay que tener en cuenta que el derecho concursal, en especial, se encarga de regular situaciones críticas en la vida de las personas y, por tanto, requiere de soluciones eficaces, pero también de cierta estabilidad y seguridad jurídica.

Y, ya para finalizar, quizás sería positivo que los encargados de tomar este tipo de decisiones extrapolaran esta última reflexión a todos los ámbitos de nuestro ordenamiento. Porque, si bien es evidente que no es aconsejable contar con leyes que se estanquen y que no sean reflejo de la realidad, lo que nuestro sistema no se puede permitir son cambios tan drásticos y tan seguidos como los del último año, con visos de que lo hecho sufra cambios a principios del que viene. El derecho se configura a través de las cámaras legislativas, pero ciertas cuestiones deberían estar por encima de los aires cambiantes de la política.

RECIBIDO: agosto 2016; ACEPTADO: mayo 2017

