



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELRO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL
CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER
JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA
APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LA LEY
DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU
INTERNACIONALIZACIÓN**

I.

ANTECEDENTES

1. Con fecha de 6 de junio del 2013 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), el texto del Anteproyecto de ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, el cual fue remitido por la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe conforme a lo dispuesto en el artículo 108 LOPJ.
2. La Comisión de Estudios e Informes, en virtud de la aplicación de su protocolo interno, acordó designar Ponente al Excmo. Sr. Vocal D. Carles Cruz Moratones y, en su reunión de 26 de junio de 2013 aprobó el presente Informe, acordando su remisión a la Comisión Permanente del CGPJ.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

3. La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 108.1 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, las contenidas en el apartado, a saber, la facultad de informar los anteproyectos de leyes procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales.

4. No obstante la aludida limitación material de la potestad de informe, la función consultiva de este órgano constitucional ha sido entendida en términos amplios. Así, el CGPJ ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108 de la LOPJ, y un ámbito ampliado, que se deriva de la posición de este Consejo como órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial. Dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse se habrá de referir, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado eludiendo, con carácter general al menos, la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

formulación de consideraciones relativas al contenido del Anteproyecto en todas las cuestiones no incluidas en el citado artículo 108 de la LOPJ.

5. Por otra parte, como es práctica habitual en el ejercicio de su función consultiva, el Consejo se reserva, también, la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 CE. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 LOPJ.
6. Sin perjuicio de lo anterior y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

7. En el presente caso, conforme al mandato contenido en el artículo 108.1 e) de la LOPJ el informe no abarcará la totalidad del Anteproyecto, sino que se circunscribirá a las modificaciones operadas en la Ley Concursal (en adelante LC), que se materializan en el Capítulo V del Título I bajo la rúbrica “Acuerdo Extrajudicial de Pagos” (en adelante AEP) y en el Título III rubricado con la denominación “Apoyo a la financiación de los emprendedores.

III.

CONTENIDO Y ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO.

8. El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, un texto articulado compuesto de un total de setenta y dos artículos compendiados en cinco Títulos, con las rúbricas que a continuación se indican: Apoyo a la iniciativa emprendedora (Título I); Apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los emprendedores (Título II); Apoyo a la financiación de los emprendedores (Título III); Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales (Título IV) e Internacionalización de la economía española (Título V).
9. El Texto sometido a informe también contiene diez disposiciones adicionales, relativas a las Deudas de derecho público del emprendedor de responsabilidad limitada (primera); Integración en ventanillas únicas en los Puntos de Atención al Emprendedor (segunda); Colaboración con otros sistemas electrónicos para la constitución de sociedades (tercera); Permiso único (cuarta);



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Sectores estratégicos (quinta); Residencia en España con periodos de ausencia del territorio español (sexta); Mantenimiento de los requisitos (séptima); Coste económico (octava); Mini empresa o empresa de estudiantes (novena) y Aranceles registrales para Inscripción de los Emprendedores de Responsabilidad limitada (décima).

10. Las disposiciones finales se ordenan del siguiente modo: Título competencial (primera); Modificación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (segunda); Modificación de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajador Autónomo (tercera); Modificación del texto de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (cuarta); Modificación de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas vigentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (quinta); Habilitación normativa (sexta); Seguimiento y evaluación (séptima) y Entrada en vigor (octava). También se incorpora una Disposición derogatoria única, que afecta a cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley, y, específicamente, las siguientes normas: Ley 11/1983, de 16 de agosto, de Medidas financieras de estímulo a la exportación; el artículo 13 bis de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; el artículo 9.2 de la Orden ITC 138/2009, de 28 de enero, del Ministerio de Economía y Competitividad; las letras a) hasta f), del apartado uno del artículo 5; las letras a) y b) del apartado dos y el apartado tres del Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

y, finalmente, con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero del 2013, el apartado tres de la disposición adicional décima del texto refundido de la ley del Impuesto de Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de cinco de marzo.

IV.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO.

11. Como se ha puesto de relieve en un apartado anterior, el contenido de este informe se ciñe a aspectos muy concretos del Anteproyecto, si bien de mayor contenido que el requerido por el Ministerio de Justicia en el escrito de remisión.

12. El Capítulo V rubricado con la denominación “Acuerdo Extrajudicial de Pagos” tiene por objeto la modificación de los siguientes artículos y disposiciones de la Ley Concursal: 1.3; 5bis. 1, 3 y 4; 15.3; 71.6.2º; 178.2; 198.1; la adición del Título X, denominado de la misma forma el Capítulo a que se ha hecho mención y una Disposición Adicional séptima, relativa al tratamiento de los créditos de Derecho público en caso de concurso. Por otra parte, el Título III, rubricado con la frase “Apoyo a la financiación de los emprendedores”, añade un nuevo artículo 78 bis a la Ley Concursal y modifica el apartado primero de la Disposición Adicional cuarta de la citada norma. Debe hacerse notar que la modificación del artículo 71.6.2º debería haberse trasladado al Título III, pues nada tiene que ver con el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

AEP y sí, por el contrario, con los acuerdos de refinanciación concernidos por el referido Título.

13. La modificación operada en el artículo 178.2 supone un cambio de especial relevancia respecto de la sistemática hasta ahora seguida en relación con el deudor persona física. En términos generales permite que ante la insuficiencia de la masa activa para satisfacer el total del pasivo, aquél quede liberado de la obligación personal de satisfacer el déficit no cubierto tras la liquidación, con tal que el concurso no haya sido calificado como culpable y se hayan satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y, al menos, el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.
14. Pese a la magnitud del cambio que se pretende materializar, tanto la Exposición de Motivos como la MAIN abordan con parquedad ese aspecto, y así la Exposición de Motivos sólo le dedica un breve párrafo en la página seis, en el cual refiere que *“La reforma incluye una regulación suficiente de la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso directo o consecutivo, no hubiera sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho”*. Por su parte, la MAIN tampoco es prolija en detalles. De hecho, la reforma concursal sólo es mencionada en la página diez, bajo el epígrafe “Marco Concursal”; en la página 15, dentro de las medidas para fomentar la segunda oportunidad y dar una solución ágil a las situaciones de insolvencia y, más específicamente, en la página 23 al referirse al Capítulo V del Título I de la Ley, en el cual se describen los rasgos más



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

relevantes del contenido que se pretende dotar el artículo 178.2 de la L.C.

15. Desde tiempo atrás se ha venido reclamando la incorporación a nuestro ordenamiento de una regulación similar a la que se recoge en el proyectado artículo 178.2. Conforme al sistema vigente, basado en la responsabilidad patrimonial universal, cuando a través del procedimiento concursal se hubiera liquidado el patrimonio del deudor, sobre éste aún gravitaría la obligación de satisfacer los créditos pendientes de cobro y, de ahí que el artículo 178.2 de la LC reconozca a los acreedores el derecho a instar las ejecuciones singulares con la finalidad antes indicada. Ciertamente, el modelo actual ofrece una protección a ultranza de los derechos de los acreedores, ya que posibilita una ordenada distribución del patrimonio del deudor persona física, pero en nada contribuye a que este último pueda reiniciar la actividad económica, pues sobre él penderá el riesgo de quedar sujeto a eventuales ejecuciones singulares que podrían lastrar cualquier atisbo de recuperación económica.

16. Esta situación puede propiciar, tanto para el consumidor deudor como para el empresario individual, una exclusión permanente de la actividad económica o, al menos, de larga duración, sin otras salidas que las que pueda ofrecerle la denominada “economía sumergida” o la intervención de testaferros, con las consiguientes disfunciones que ello acarrea. Ese aspecto ha sido abordado en alguna resolución judicial; concretamente el AJM número 3 de Barcelona, de fecha 26/10/2010 describió de manera elocuente la situación a que por mor de la aplicación del artículo 178.2 de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

LC, puede verse abocado el deudor persona individual: “(...) 28. *La administración concursal ha fiscalizado las actuaciones de los deudores y el crédito ha merecido la calificación de fortuito, sin que conste que ningún acreedor haya advertido hechos relevantes en orden a la calificación del concurso como culpable. Tampoco se han detectado actuaciones perjudiciales para la masa activa que hayan obligado al inicio de acciones de reintegración - tampoco han sido sugeridas por los acreedores -. Estas circunstancias permiten considerar que en términos concursales el Sr. Hilario y la Sra. María del Pilar. son deudores de buena fe, deudores accidentales que se han visto abocados a una situación no deseada de insolvencia definitiva que no puede ser penalizada ni con la conversión del concurso en un purgatorio ni en un continuo retornar de ahí que se opte por una interpretación del artículo 178.2 de la Ley Concursal que permita cancelar o extinguir todo el crédito concursal que no haya sido satisfecho con cargo a la masa activa del concurso, extinción que no afecta a los créditos que hubieran nacido tras la declaración de concurso.*

29. Esta interpretación conecta así con el objetivo, de lege ferenda, de dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les aboque a situación de exclusión social. Esta solución conecta además con las observaciones que la Unión Europea hace sobre los problemas de sobreendeudamiento de los consumidores, el acceso al crédito responsable y el derecho a que el deudor de buena fe pueda recomponer su vida económica en términos similares a los que permiten otras legislaciones del entorno socio-económico español (...).”

17.La medida que proyecta el prelegislador pretende dar al deudor persona física una “segunda oportunidad”, que coadyuve a aliviar



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

el lastre que para la actividad económica futura comportaría la obligación de saldar, no obstante la conclusión del procedimiento concursal, las obligaciones pretéritas impagadas. En ese contexto, el derecho concursal norteamericano es un ejemplo altamente ilustrativo del sistema de “vuelta a empezar” (fresh start o discharge). Conforme a ese modelo, el deudor que haya obrado de buena fe puede beneficiarse de los efectos del “discharge”, una vez ejecutado su patrimonio embargable. Tras la liquidación de su patrimonio, el pasivo restante queda exonerado por efecto de la resolución judicial y al margen de la voluntad de los acreedores, de manera que los nuevos ingresos que aquél obtenga no estarán sujetos al pago de las deudas anteriores a la declaración del concurso.

18.El “discharge” ha sido concebido como un instrumento de política económica, pues no sólo se anuda a un fin humanitario para quien la suerte le ha sido adversa, toda vez que mediante la exoneración del pasivo no saldado en la liquidación también se rehabilita económicamente al deudor, que puede volver a formar parte del sistema productivo, y así se evita el riesgo de exclusión social que, en última instancia, le convertiría en beneficiario del sistema asistencial.

19.El modelo antes enunciado se regula en la Bankruptcy Reform Act, de 6/11/1978, principalmente en el Capítulo 7, complementada por la ulterior Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act, de 17/10/2005. Algunos ordenamientos europeos se han decantado por el seguimiento de una fórmula similar a la norteamericana, mientras otros han apostado por un modelo que cabría denominar como de “rehabilitación o liberación



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

parcial de deudas”, entre ellos el que patrocina la Ley de la Insolvencia Alemana de 5/10/1994, en el cual la liberación de las deudas tiene lugar transcurridos seis años desde la conclusión del procedimiento concursal, a cambio de aplicar una parte de los ingresos del deudor a la satisfacción del pasivo pendiente de pago.

20. La medida que se pretende instaurar puede solventar las dificultades que plantea el sistema vigente, aunque no es descartable que surjan voces críticas, tanto por considerar que el avance es excesivamente prudente como por lo contrario. Cabría aducir que la remisión de deudas queda sujeta a demasiados condicionantes y, sobre todo, que su efectividad real dependerá, en buena medida, de la composición del pasivo en cada caso concreto. Desde otra perspectiva, también podría apuntarse el riesgo de mayor endeudamiento derivado de la limitación de la responsabilidad universal del deudor o la eventual restricción crediticia que pudiera producirse a causa de la exoneración de deudas. Por otra parte, tampoco cabe ignorar que el aprendizaje y progreso a que se refiere la Exposición de Motivos sería financiado por los acreedores, más concretamente por aquéllos cuyos créditos no gozan de privilegio alguno. De ahí que el favorecimiento que se pretende conferir al deudor no sea inocuo, toda vez que para facilitarle una segunda oportunidad se ha configurado una forzosa solidaridad entre determinados acreedores, los cuales quedan compelidos a una especie de socialización de las pérdidas ajenas, con independencia de cuál sea la suerte futura del deudor. En resumen, la opción por la que se ha decantado el prelegislador presenta ventajas e



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

inconvenientes, pero no deja de ser una legítima opción legislativa que trata de ofrecer solución a una problemática real.

21.El AEP se ha configurado como un instituto preconcursal 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 convenio. En términos generales la medida merece una valoración positiva, sin perjuicio de las observaciones que más adelante se formulan con el propósito de mejorar el texto sometido a informe. No obstante, en este apartado cabe destacar ciertos aspectos del modelo que, cuanto menos, son discutibles.

22.Son escasas las referencias del Anteproyecto a la labor de acercamiento de posturas que es consustancial a todo mediador y, por ende, al mediador concursal. Por otra parte, la atribución de algunas de las funciones, tales como la obligación de solicitar la declaración de concurso ante la imposibilidad de alcanzar el acuerdo o por incumplimiento de los términos del pacto alcanzado, así como su nombramiento como administrador concursal, salvo justa causa, en el subsiguiente concurso consecutivo, difícilmente se coherencia con la mediación precedente. Por ello, la actividad mediadora a que se refiere más por la denominación de la figura que por el régimen jurídico diseñado por el Anteproyecto.

23.También debe destacarse el diferente régimen jurídico que, en algunos aspectos, se establece entre el empresario individual y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

las personas jurídicas sin aparente motivo que lo justifique, al igual que el excesivo valor que se confiere al mero intento de alcanzar un AEP, hasta el extremo de posibilitar la remisión total de los créditos ordinarios en el concurso consecutivo.

24. Por otra parte, sería deseable que la iniciativa adoptada por el prelegislador respecto de los empresarios individuales y las personas jurídicas se extendiera también a los consumidores, pues el sobreendeudamiento personal y familiar constituye, en el momento actual, un problema de primer orden. Es obvio que la actividad empresarial y su problemática tiene unos rasgos característicos que le son propios, mas ello no es motivo que impida diseñar un procedimiento de mediación genuino y especialmente adaptado a la situación de los consumidores, para así dar solución a situaciones en que la escasez de recursos les impide hacer frente al pago regular de las obligaciones contraídas y, a su vez, atender sus necesidades más perentorias.

25. En cuanto a la regulación de los acuerdos de refinanciación que recoge el Título III, la MAIN detalla las razones que han motivado la reforma que sobre esta materia se introducen (páginas 32 y 33) es evidente que el prelegislador pretende potenciar la aplicación de este instituto, mediante la rebaja del porcentaje de pasivo necesario para que acuerdo pueda ser homologado judicialmente.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

V.

ANÁLISIS DEL ARTICULADO OBJETO DE INFORME.

26. Como se ha apuntado en un epígrafe anterior, el informe también incidirá sobre el contenido del artículo 28 (Título III), en tanto que incorpora un nuevo precepto, concretamente el artículo 71 bis, a la Ley Concursal. Hecha la anterior indicación, varias son las alternativas metodológicas aplicables en este apartado. La primera opción consistiría en analizar cada uno de los artículos por su respectivo orden numérico, lo que sin duda facilitaría la correlación entre los diferentes preceptos del Anteproyecto y las observaciones que respecto de ellos se formulan. No obstante, se antoja más útil combinar el anterior criterio con el contexto en que se incardinan los artículos objeto de informe, lo cual, entendemos, aportará mayor claridad y homogeneidad al texto. Conforme al método enunciado, el presente apartado se subdividirá en las siguientes partes; A) Aspectos que afectan al deudor persona física; B) Régimen jurídico del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante AEP) y C) Modificaciones relativas a los Acuerdos de Refinanciación. Por último, debe indicarse que las referencias al texto vigente de la Ley Concursal se identifican con la cita del artículo, seguidas del acrónimo “LC”, mientras que las indicaciones referidas al Anteproyecto, sean modificaciones o adiciones, sólo se identifican con el número del artículo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A) ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DEUDOR PERSONA FÍSICA.

27. Según reza el apartado cinco del artículo 21, la proyectada redacción del artículo 178.2 es la siguiente: *“La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, salvo las deudas de derecho público, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes, con la salvedad de los créditos de derecho público, si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”*. Para facilitar la comprensión del alcance de la modificación que se pretende establecer, a continuación se transcribe la versión actual del referido artículo 178.2 de la LC: *“En los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”*.

28. El nuevo régimen jurídico aplicable a los créditos no satisfechos tras la conclusión del concurso es tributario de diferentes consideraciones. En esencia, las consecuencias derivadas de la insatisfacción de parte de las deudas sufren una variación sustancial, ya que el prelegislador prevé la remisión de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mismas, salvo que sean de Derecho público, siempre que concurren los requisitos exigidos en el precepto objeto de análisis. En su actual redacción, lo dispuesto en el artículo 178.2 de la LC no es más que la plasmación en la normativa concursal de un principio general del ordenamiento, cual es la responsabilidad universal por deudas, expresamente reconocido en el artículo 1911 del Código Civil con la siguiente dicción: *“Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”*. Conforme a tal postulado, el hecho de que el concurso no hubiera servido para satisfacer la totalidad de las deudas en nada incide sobre la responsabilidad deudor, quien seguirá estando obligado al pago de aquéllas, y los acreedores podrán entablar ejecuciones singulares con ese propósito, salvo que se acuerde la reapertura del concurso o se declare uno nuevo.

29. De llegar a materializarse la reforma del artículo 178.2 de la LC, el deudor persona natural sería objeto de un trato sustancialmente más ventajoso habida cuenta que, ante la concurrencia de determinados requisitos obtendría la remisión de una parte importante de los créditos, concretamente el setenta y cinco por ciento de los ordinarios y la totalidad de los subordinados. Desde el punto de vista técnico-jurídico la regulación que ofrece el proyectado artículo 178.2 suscita diversas observaciones. Para calibrar con certidumbre el alcance de la modificación que se pretende introducir resulta pertinente cotejar la estructura de la vigente redacción del artículo con la que prevé el Anteproyecto. En la actual versión, en primer lugar se describe el supuesto de hecho, que se circunscribe a los casos de conclusión del concurso por liquidación de la masa activa, y a continuación se



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dispone que el deudor quedará responsable de los pagos pendientes. En el segundo inciso se dispone que los acreedores podrán iniciar las ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare uno nuevo y, finalmente, en el tercer inciso se establece que para la realización de tales ejecuciones la inclusión del crédito en la lista definitiva de los acreedores se equipara a una sentencia de condena firme.

30. En la versión del Anteproyecto, el supuesto de hecho se circunscribe a la conclusión del concurso por liquidación de la masa activa cuando el deudor sea una persona natural; a continuación se contempla la remisión de las deudas insatisfechas, excepto los de Derecho público, siempre que el concurso no haya sido declarado culpable y hayan sido satisfechos íntegramente los créditos contra la masa, los créditos concursales y, al menos, el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios. En el segundo inciso se prevé un régimen jurídico más favorable para el deudor cuando haya intentado, sin éxito, el acuerdo extrajudicial de pagos, ya que en ese supuesto no será necesario que se hayan satisfecho, al menos, el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios.

31. Como se observa, en la redacción dada por el Anteproyecto desaparece cualquier referencia a los supuestos en que no sea procedente la remisión de las deudas insatisfechas tras la conclusión del concurso, ya que nada se dice, para esos casos, de la posibilidad de iniciar ejecuciones singulares ni sobre la equiparación de la inclusión en la lista definitiva de acreedores a una sentencia de condena firme. Tal omisión debería subsanarse,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de cara a mantener la regulación vigente para aquellos casos en que no concurren los requisitos exigidos para exoneración de las deudas pendientes de pago.

32.El Anteproyecto solamente contempla el supuesto de liquidación de la masa activa, cuyo régimen jurídico se establece en los artículos 148 a 162 de la LC. Por ello, en los casos de conclusión por insuficiencia de la masa activa, cuya regulación se recoge en el artículo 176 bis de la LC, no resultará de aplicación la remisión de deudas insatisfechas a que se refiere el proyectado artículo 178.2. Tal medida resulta de todo punto lógica, toda vez que si la conclusión del concurso trae causa de la insuficiencia del patrimonio del deudor para satisfacer el importe de los créditos contra la masa, es evidente que tampoco será posible que, a costa del patrimonio de aquél puedan saldarse los créditos concursales, tengan o no algún tipo de privilegio.

33.El primero de los requisitos a que se refiere el artículo 178.2 exige que el concurso no haya sido declarado culpable. Para que tal circunstancia sea apreciable es necesario que tras la sustanciación de la pieza de calificación el órgano judicial repunte el concurso fortuito, bien al amparo de lo previsto en el artículo 170.1 de la LC (dictamen coincidente de la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal) o en virtud de sentencia firme de acuerdo a lo previsto en el artículo 172 de la citada ley. Aun cuando desde una perspectiva estrictamente concursal el requisito es adecuado, no cabe ignorar que conforme a lo previsto en el artículo 163.2 de la LC la calificación del concurso no vincula a los jueces del orden jurisdiccional penal que, en su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

caso, entiendan de las actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito, lo cual a su vez es concordante con lo establecido en lo previsto en los números 3 y 4 del artículo 260 del Código Penal. Por ello, sería conveniente condicionar la remisión de las deudas insatisfechas a que el deudor persona física tampoco resultase condenado por el delito previsto en el artículo 260 o cualquier otro delito singularmente relacionado en el concurso, para así evitar cualquier resquicio que posibilite que aquél cuya culpabilidad haya sido reconocida en sede penal pueda, no obstante, beneficiarse de la exoneración de deudas tras la conclusión del concurso, máxime si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil derivada de los delitos antes indicados se incorporaría, en su caso, a la masa (artículo 260.3 del Código Penal).

34. Otro aspecto a tratar versa sobre los créditos susceptibles de ser exonerados. Conforme a la sistemática del precepto quedan excluidas de la remisión las deudas de Derecho público, mientras que los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados no sólo no se excluyen sino que deberán ser satisfechos en su integridad, al igual que el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios. Por tanto, solamente son susceptibles de ser condonados el setenta y cinco por ciento de los créditos ordinarios y la totalidad de los créditos subordinados.

35. La primera observación incide sobre la terminología empleada en relación con los créditos ordinarios. Dado que el artículo 157.2 de la LC prevé que los créditos ordinarios se satisfagan a prorrata, sería más propio sustituir la referencia “al veinticinco por ciento de los créditos concursales ordinarios” por la del “veinticinco por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”. En cuanto a las deudas de Derecho público cumple decir que, en sentido lato, bajo esa categoría quedarían incluidos los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias a que se refiere el artículo 92.4º de la LC. Ahora bien, desde un punto de vista sistemático las deudas de Derecho público serían las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal (artículo 91.2º) y los créditos tributarios y demás de Derecho Público, así como la de Seguridad Social a que se refiere el ordinal cuarto del artículo 91 de la LC, de manera que los créditos por multa y demás sanciones pecuniarias quedarían residenciados en una categoría diferente, pues pese a su carácter público el legislador no ha estimado oportuna su inclusión dentro de la categoría de créditos de Derecho público que es objeto de regulación en el artículo 91.4º de la LC, sino como créditos de carácter subordinado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 92 de la LC.

36. Cierto es que la Disposición Adicional séptima excluye de la aplicación del Título X de la LC, relativo al AEP, a los créditos de Derecho público cuya para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley General Tributaria, la Ley General Presupuestaria o el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Pero aunque a efectos del artículo 178.2 se extendiese la condición de crédito de Derecho público a todos los enunciados en la citada Disposición Adicional, no quedaría resuelto el problema que se plantea en torno a las penas de multa eventualmente impuestas al concursado, principalmente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aquéllas que deriven de hechos delictivos no relacionados con el concurso. Aun cuando el supuesto no es frecuente no por ello carece de importancia, habida cuenta que la remisión de la deuda que recoge el artículo 178.2 de la LC supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica. Por ello, de cara a evitar cualquier disfunción sobre esta cuestión, se propone incluir una mención expresa referida a la pena de multa, como uno de los supuestos en que no operaría la remisión de deudas prevista en el artículo 178.2

37.El segundo inciso del precepto viene referido a los casos en que el deudor haya intentado alcanzar un AEP sin éxito. Esta previsión es concordante con la recogida en el ordinal quinto del artículo 242, cuyos términos son semejantes, pero no del todo coincidentes como más adelante se explicita. Sobre este particular, el prelegislador ha conferido un tratamiento privilegiado al deudor, que por el simple hecho de haber pretendido alcanzar el referido acuerdo podrá obtener la remisión total de los créditos ordinarios no satisfechos tras la liquidación. Esta medida debería ser objeto de reflexión, tanto porque confiere un beneficio desproporcionando por el simple hecho de intentar lograr un acuerdo, como por el posible uso abusivo e infundado del AEP.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

B) ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

1. Aspectos generales.

38. En la Exposición de motivos (páginas cinco y seis), se vierten una serie de consideraciones acerca de la necesidad de establecer cambios normativos que garanticen que *“el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar”*. En ese contexto se inserta el AEP, figura a la que el prelegislador dedica un nuevo Título de la LC, concretamente el décimo, amén de modificar algunos otros preceptos de esa norma
39. El régimen jurídico previsto en el artículo 5 bis de la LC para los acuerdos de refinanciación y la propuesta anticipada de convenio también se proyecta, en esencia, para el AEP. Tal aserto queda constatado por la adición de un nuevo párrafo al apartado uno del citado artículo, en el cual se establece la obligación, a cargo del registrador o notario, de comunicar al juez competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones para la consecución del AEP. De dicha comunicación deberá dejar constancia el Secretario judicial (número tres) y, transcurridos tres meses de la comunicación a que se ha hecho mención, el deudor, haya o no alcanzado el AEP, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o aquél no se encontrara en estado de insolvencia. Las modificaciones operadas en el artículo 5 bis de la LC se complementan con la adición incorporada al número tres del artículo 15, que veta la posibilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de admitir solicitudes de concurso hasta que no transcurra el plazo de tres meses desde la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la LC, salvo que sean presentadas por el deudor o el mediador concursal, con un añadido al número uno del artículo 3, al objeto de incluir la legitimación del mediador concursal para instar la declaración de concurso, en el marco del nuevo Título X.

2.- Ámbito de aplicación.

40. Los números uno y dos del artículo 231 detallan los requisitos exigidos para alcanzar el AEP; dichos requisitos varían según se trate de personas físicas o jurídicas. Respecto de las primeras, el número uno del artículo citado exige que se trate de un empresario, lo que excluye, tal y como se indicó en un epígrafe anterior, a los consumidores. Sin embargo, el contenido del primer párrafo del número dos ofrece una fórmula abierta que permite englobar tanto a las sociedades mercantiles, sean o no de capital, como aquellas otras de diferente naturaleza, pues basta con que sean personas jurídicas y cumplan con los requisitos establecidos en las letras a) hasta d) del citado número.
41. Este aserto queda corroborado por el contenido del artículo 232.3, el cual hace mención, por una parte, a los empresarios y a las entidades inscribibles, que son las específicamente detalladas en el artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, las cuales están obligadas a solicitar la designación del mediador por el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Registrador Mercantil, mientras que en los demás casos se solicitará la designación por el notario del domicilio del deudor.

42. Para que el empresario individual pueda iniciar el procedimiento será necesario que exista un desequilibrio entre las obligaciones por él asumidas y su activo patrimonial o bien que prevea no poder cumplir regularmente con sus obligaciones. Además, deberá justificar que el pasivo no supera los cinco millones de euros, que cuenta con efectivo y otros activos líquidos para sufragar los gastos propios del AEP y que su patrimonio e ingresos previsibles *“(...) le permitirán lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado uno del artículo 236”*.

43. Para definir la situación objetiva en que ha de encontrarse el empresario individual el prelegislador utiliza dos fórmulas. En primer lugar alude al desequilibrio entre el activo y las obligaciones asumidas lo que, dicho de otro modo, no es más que el déficit patrimonial resultante de la existencia de más deudas que bienes. En segundo término contempla la previsión de no poder cumplir regularmente con sus obligaciones, es decir que se halle en el estado de insolvencia inminente a que se refiere el artículo 2.3 de la LC. La sistemática empleada es mejorable, habida cuenta que si el AEP se configura como una verdadera alternativa al concurso, no existe razón aparente que justifique una alteración de la definición legal que sobre la insolvencia actual ofrece el artículo 2.2, a saber: *“Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*. Así pues, por razones de homogeneidad sistemática, tanto en función de lo dispuesto en el artículo 2 de la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

LC como en el proyectado artículo 231.2 en relación con las personas jurídicas, sería suficiente con aludir al empresario que se encuentre en situación de insolvencia conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la LC, y así evitar que el desequilibrio patrimonial, que como ponen de manifiesto, entre otras, las SSAP de Pontevedra y de Madrid, de fechas 14.11.2012 (rec 532/2012) y 7/5/2012 (rec 392/2011) no siempre refleja una situación de insolvencia, sea tomado como referente.

44. Junto al anterior requisito, el Anteproyecto exige que el deudor justifique que su pasivo es inferior a cinco millones de euros, que cuenta con efectivo o activos líquidos para satisfacer los gastos propios del acuerdo y que su patrimonio e ingresos previsibles le permitirán lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago. Varias son las consideraciones atinentes a esos requisitos. En primer lugar, no se alcanza a comprender el divergente tratamiento que sobre algunos aspectos se confiere al empresario individual respecto de las personas jurídicas. Se dice que el empresario persona física deberá acreditar que su pasivo es inferior a cinco millones de euros, que es una de las circunstancias a tener en cuenta para determinar la especial complejidad del concurso, conforme a lo previsto en el artículo 190.1 de la LC; sin embargo, a diferencia de lo previsto para las personas jurídicas que quedan sujetas a las previsiones del último artículo citado, el empresario individual no está sujeto al límite de cincuenta acreedores o a que la valoración de los bienes o derechos no exceda de cinco millones de euros (ordinales 1º y 3º del artículo 190.1 de la LC). Ciertamente, el hecho de establecer un régimen jurídico diferenciado no trasciende del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

ámbito de discrecionalidad que corresponde al prelegislador, pero ello no obsta para dejar constancia de la aparente falta de justificación por tal opción.

45. Asimismo, también resulta llamativo que se exija al deudor individual que cuente con efectivo y otros activos líquidos suficientes para sufragar los gastos que origine la tramitación del AEP, mientras que el deudor persona jurídica sólo deberá contar con activos líquidos para tal fin. Al margen de no parecer justificado el empleo de una terminología diferente en uno y otro supuesto, lo que realmente resulta difícil entender es que el empresario individual deba disponer conjuntamente de efectivo y otros activos líquidos, cuando lo primordial es que pueda satisfacer los gastos del AEP, bien con dinero metálico o con otra clase de activos liquidables.

46. El último de los requisitos a que se refiere el número uno del artículo 231 consiste en que el eventual acuerdo de pago tenga posibilidades de éxito, en atención al patrimonio e ingresos previsibles del deudor. Sobre ese aspecto debe hacerse notar que, mientras el patrimonio del empresario es un dato objetivamente mensurable, al igual que las deudas, la determinación de los ingresos previsibles no es más que una hipótesis que, según los casos, podrá tener mayores o menores visos de realidad. Ahora bien, lo que realmente es difícil de calibrar son las posibilidades de éxito del acuerdo de pago, pues el logro de tal acuerdo no sólo depende de la comparativa entre el patrimonio, los ingresos previsibles y las deudas, sino de un dato que trasciende de dichas circunstancias, cual es la voluntad de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

los acreedores al respecto. Por ello, sería preferible dotar al precepto de una redacción menos ambigua y, sobre todo, menos vinculada al acaecimiento de un suceso futuro e incierto, proponiéndose la siguiente: “que la situación económica del deudor sea compatible con los requisitos establecidos para el plan de pagos en el artículo 236”.

47. Además de los requisitos establecidos en los números uno y dos del artículo 231, el número tres enuncia una serie de prohibiciones. El ordinal primero del citado número establece que no podrán formular la solicitud para alcanzar el AEP *“Quienes hayan sido condenados por cualquier clase de delito contra el patrimonio o contra el orden socio-económico o por falsedad documental así como delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social”*. El contenido del precepto es similar a lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 105.1 de la LC para la propuesta anticipada de convenio, si bien el Anteproyecto suprime la referencia a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Tal exclusión carece de justificación aparente, pues no se alcanza a comprender por qué la precedente comisión de un delito de hurto, por ejemplo, impediría que el afectado pudiera instar el AEP, mientras que la comisión del algunas de las conductas que se describen en los artículos 311 o 312 del Código Penal, estrechamente vinculados al ejercicio de la actividad empresarial, deben quedar extramuros de la prohibición.

48. El ordinal segundo concierne a los sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figuren inscritos con antelación, mientras que el ordinal tercero viene referido a las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud no hubieren llevado contabilidad estando obligados a ello. En este punto, el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Anteproyecto es menos riguroso que el ordinal segundo del número uno del artículo 105 de la LC, pues sólo prohíbe que puedan solicitar el AEP quienes hubieran incumplido el deber de llevar contabilidad, mientras que el artículo citado de la LC extiende la prohibición a quienes hubieran incumplido la obligación de depositar las cuentas anuales.

49.El ordinal cuatro excluye del ámbito de aplicación del AEP a quienes dentro de los últimos tres años hubieran alcanzado un acuerdo de ese tipo, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso de acreedores. Conforme al número cuatro tampoco podrían instar un AEP quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitido a trámite. Respecto de este segundo supuesto debería determinarse con mayor claridad que la solicitud de concurso se refiere tanto a la formulada por el deudor como por los acreedores.

3.- Procedimiento.

a) Solicitud.

50.El procedimiento para alcanzar un AEP comienza con la solicitud por parte del deudor, del nombramiento de un mediador concursal. En el párrafo segundo del artículo 232 se dice que *“si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador”*. Sería preferible utilizar otra redacción en la que se indicara que el órgano



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

competente para formular la solicitud será el órgano de administración o el liquidador.

51.El número dos detalla el contenido de la solicitud, que principalmente se ciñe a información de naturaleza económica. Sería deseable que al objeto de acreditar que el solicitante no se haya incurrido en ninguno de los supuestos a que se refieren los ordinales 1º y 4º del número 3 y el primer párrafo del número 4, todos del artículo 231, se exigiera la aportación del certificado de antecedentes penales y la manifestación expresa, por parte del solicitante, de que no le afecta ninguna de las prohibiciones a que se refieren los preceptos citados.

52.Como ya se ha indicado, la designación de mediador se solicitará al registrador mercantil del domicilio del deudor, en el caso de un empresario individual o entidades inscribibles, y a través del notario del domicilio del deudor en los demás casos (artículo 232.3).El Anteproyecto prevé la inadmisión de la solicitud cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar el AEP, cuando le afecten las prohibiciones previstas en los números 3 y 4 del artículo 231 o cuando faltare alguno de los documentos exigido o los presentados fuera incompletos. La inadmisión a que se refiere el segundo inciso del artículo 232.3 viene atribuida al registrador mercantil o, en su caso, al notario. No cabe alcanzar otra conclusión puesto que el trámite de admisión es precedente al nombramiento del mediador concursal, cuya regulación se establece en el artículo 233.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

53. La constatación de los requisitos de naturaleza objetiva y fácilmente contrastable no plantea problemas de entidad. Ahora bien, si finalmente prevalece la redacción dada al último inciso del artículo 231.1 y de la letra d) del artículo 236.2, las dificultades para comprobar el cumplimiento de los requisitos que se establecen en esos preceptos se verían sustancialmente incrementadas, dado que exigen un pronóstico sobre un hecho futuro, cual es las posibilidades de éxito del AEP. Por ello, se insiste en la conveniencia de modificar los términos en que han sido redactadas sendas disposiciones.

54. También debería modularse la taxatividad que se dispensa a la falta de los documentos requeridos o su presentación incompleta. Sería preferible conferir al interesado la posibilidad de subsanar tales deficiencias, en vez de acordar de plano la inadmisión. Por último, se hace notar la conveniencia de articular un sistema de impugnación frente a la decisión de inadmisión, principalmente por la trascendencia que tal actuación comporta para el deudor y, eventualmente, para los acreedores que pudieran estar interesados en el éxito del AEP.

b) Nombramiento y actuación del mediador concursal.

55. El número uno del artículo 233 establece que *“El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que secuencialmente corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia”*. La primera observación que cumple formular versa sobre el término



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

“secuencialmente” que no aparece recogido en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua como tal adverbio, si bien se admiten los términos “secuencia” y “secuencial”.

56. El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación se halla contemplado en el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en materia de formación, registro y aseguramiento de la responsabilidad profesional de los mediadores, concretamente en el Capítulo III. Este proyecto fue informado por este Consejo, siendo aprobado el informe por el Pleno, en su reunión de 24 de enero de 2013, a cuyo contenido nos remitimos.

57. El mediador concursal habrá de reunir los requisitos previstos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos Civiles y Mercantiles y, además cualquiera de los que se recogen en el artículo 27.1 de la LC. Los requisitos que se refiere el prelegislador se encuentran regulados en el artículo 11 de la Ley citada en primer lugar, si bien la obligación concurrente de cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 27.1 de la LC aboca a la siguiente conclusión: el mediador concursal deberá cumplir con los requisitos necesarios para ser designado administrador concursal; contar con formación específica para ejercer la mediación, que deberá ser adquirida mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas y, para el caso de que se trate de una persona jurídica dedicada a la mediación, que el designado sea una persona natural que reúna los requisitos exigidos. La normativa de aplicación supletoria para el mediador



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

concurral serán las disposiciones del Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes, es decir, los artículos 338 a 349 del citado Reglamento. Llama la atención que no se prevea al menos, la aplicación supletoria de la Ley 5/2012 ya citada, máxime si se tiene en cuenta que el concepto “mediador” forma parte de la denominación jurídica de la institución a quien se encomienda la tramitación del AEP.

58. En los números dos a cuatro del artículo 233 se desarrolla el procedimiento subsiguiente al nombramiento y aceptación del cargo por parte del mediador concursal. En esencia, el registrador o, en su caso, el notario deberán dar cuenta de la aceptación del mediador a los diferentes registros públicos (de bienes, Registro Civil y otros registros públicos); comunicarán al juez competente la apertura de negociaciones y ordenarán su publicación en el Registro Público Concursal. Además, según establece el número cuatro, se dirigirá comunicación a la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber su derecho a personarse. Llama la atención que, salvo esa referencia incluida en el artículo 233.4, no aparezca ninguna otra mención a la representación legal de los trabajadores, lo que impide conocer cuáles serían sus posibilidades de actuación en el procedimiento para alcanzar el AEP. Tal aspecto debería ser objeto de regulación expresa, pues es perfectamente posible que el acuerdo que, a la postre, pueda alcanzarse con los acreedores incida sobre los derechos e intereses de los trabajadores.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

59. Conforme a lo previsto en el número uno del artículo 234, tras la comprobación de la existencia y la cuantía de los créditos, dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo el mediador convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por este último, siempre que puedan resultar afectados por el AEP, a una reunión a celebrar en el plazo de dos meses en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Es de notar que la convocatoria se circunscribe a los acreedores susceptibles de ser afectados por el AEP, lo cual supone excluir a los titulares de préstamos o créditos con garantía real y a los de derecho público (artículo 231.4, último párrafo). Siendo ello así, no parece justificado que en el número tres del artículo 234 se prevea que el mediador concursal deba incluir, en la convocatoria la identidad de los acreedores convocados con garantías reales constituidas, pues como queda dicho tales créditos quedan extramuros del AEP. La falta de concordancia entre los preceptos invocados debería ser corregida, pues la contradicción detectada suscita incertidumbre en un aspecto cuya importancia no es desdeñable.

60. En el ínterin que media entre la convocatoria para la junta y la celebración de la misma, el prelegislador ha regulado las actuaciones que deberá llevar a cabo el mediador concursal. El primer párrafo del número uno del artículo 236.1 le exhorta a que, con la mayor brevedad y, en cualquier caso, antes de los veinte días de la fecha prevista para la celebración de la reunión, remita a los acreedores un plan de pagos que necesariamente deberá contener:



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- a) El plan de pagos, propiamente dicho, de los créditos pendientes a la fecha de la solicitud. La espera o moratoria prevista no podrá exceder de tres años ni la condonación, si se propusiese, podrá ser superior al veinticinco por ciento del importe de los créditos.
- b) Un plan de viabilidad que incluirá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones incluyendo, en su caso, la cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y el plan de continuación de la actividad profesional o empresarial.
- c) Una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos, así como una copia del acuerdo o solicitud del aplazamiento de los créditos de Derecho público o, al menos de las fechas de pago de los mismos, si van a satisfacerse en los plazos de vencimiento. La propuesta de pago de deudas, excepto la de Derecho público, podrá contemplar la cesión de bienes en pago a los acreedores.

61. Resulta llamativo que el número uno del artículo 236 simplemente haga mención a la obligación, por parte del mediador concursal de remitir el plan de pagos a los acreedores. Dicho en esos términos, cabría pensar que el plan de pagos es obra exclusiva del mediador sin que el deudor tenga arte ni parte en su elaboración. Aunque esta conclusión es del todo aberrante, se considera conveniente que en el texto del citado número se hiciera mención a que el referido Plan debe ser reflejo del proyecto que el deudor somete a la consideración de los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

acreedores, sin perjuicio que en su elaboración haya tenido mayor o menor protagonismo el mediador concursal, en el desempeño de la función que le es propia. Por otra parte, no siendo descartable que el plan de pagos que el deudor esté dispuesto asumir no se ajuste a lo exigido legalmente o sea manifiestamente irrealizable, sería conveniente articular algún mecanismo que permita al mediador concursal dar por finiquitado el procedimiento, en aras a evitar dilaciones innecesarias.

62.El número dos del artículo 236 prevé la posibilidad de que la propuesta contemple la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas, quedando excluidos de esta opción los créditos tributarios y demás de Derecho público, que deberán saldarse necesariamente en efectivo. Ninguna objeción cabe plantear a esta medida en tanto que el artículo 1175 del Código Civil prevé que “(...) *El deudor pueda ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas. Esta cesión, salvo pacto en contrario sólo libera aquél por el importe líquido de los bienes cedidos (...)*”. Ahora bien, si se tiene en cuenta que el párrafo segundo del número dos del artículo 240 prevé que en caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos, en realidad el prelegislador ha estatuido una dación en pago por ministerio de la ley, pues el acreedor recibe a título de pago una prestación distinta de la que constituía el contenido de la obligación debida (*aliud pro alio*) con la virtualidad de tenerla por extinguida.

63.Dada la rigidez con que el prelegislador aborda la cesión de bienes por el deudor, sería aconsejable atemperar los efectos que necesariamente produce, conforme al artículo 240.2, pues tal



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

medida podría constituir un obstáculo para la aplicación de la fórmula comentada, dada la inexorable eficacia liberatoria con que ha sido concebida. Por ello se sugiere introducir alguna matización que permita que las partes puedan establecer los pactos oportunos sobre el alcance del pago por cesión de bienes, conforme a lo previsto en el artículo 1175 del Código Civil.

64. Los números tres y cuatro contemplan dos extremos diferentes. El número tres prevé que dentro del plazo de diez días naturales posteriores al envío de la propuesta, los acreedores puedan presentar propuestas alternativas o modificaciones a la propuesta inicial; una vez vencido el plazo, por parte del mediador concursal se remitirá a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad finalmente aceptado por el deudor. En este apartado el prelegislador brinda a los acreedores la posibilidad de formular contrapropuestas, totales o parciales, en el contexto propio de la negociación y, de ahí que también se contemple la eventualidad de que el mediador concursal remita nuevamente a los acreedores el plan de pagos finalmente aceptado por el deudor.

65. El número cuatro habilita una fórmula para la conclusión anticipada del procedimiento, que llevaría aparejada la inmediata solicitud de declaración de concurso de acreedores por parte del mediador concursal. Tal circunstancia acontecerá si *“(...) dentro el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen, al menos, la mayoría del pasivo excluidos los créditos sin garantía real o cualquier acreedor que disfrutase de garantía real”*. La primera observación que cabe formular versa sobre un posible error de redacción, concretamente al aludir a los “créditos sin garantía real



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

como supuesto de exclusión, pues todo apunta a que la referida exclusión debería incidir sobre “los créditos con garantía real”, dado que el artículo 231.4 último párrafo establece que no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial esa clase de préstamos o créditos, al igual que los de Derecho público. Enlazando con la previsión contenida en el último precepto citado, entendemos que del cómputo de la mayoría de los créditos a que se refiere el número cuatro del artículo 236, también deberían ser excluidos los créditos de Derecho público toda vez que son inmunes al AEP, y solamente quedan sujetos al eventual aplazamiento o fraccionamiento que conforme a los dictados de la Disposición Adicional Séptima se puedan producir. De ser mayoría los acreedores que decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador concursal deberá solicitar la inmediata declaración de concurso, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 238.3, cuya análisis abordará más adelante.

66. Según reza el número uno del artículo 237, los acreedores tienen el deber de asistir a la reunión convocada por el mediador concursal, salvo aquéllos que se hubieran pronunciado con antelación sobre la propuesta, manifestando su aprobación u oposición. La infracción de ese deber acarreará una sanción, que consistirá en la consideración de los créditos como subordinados, para el caso de que fracasara la negociación y fuera declarado el concurso del deudor común. Esta medida trata de precaver que la falta de acuerdo sobre AEP pueda obedecer a la inhibición de los acreedores y, por ello, el prelegislador ha establecido un estímulo adicional para que aquéllos acudan a la reunión o, en su defecto,



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

se pronuncien anticipadamente sobre el plan propuesto. Sin embargo, tal medida resulta ser manifiestamente desproporcionada, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental.

67. La mera infracción del deber de comparecencia o la falta de pronunciamiento previo no debería comportar una mutación a la baja de la naturaleza del crédito, al margen de lo establecido en el artículo 92 de la LC. Además, es perfectamente posible que la incomparecencia o falta de comunicación previa no altere el resultado infructuoso de la negociación, siempre que la posición de los acreedores asistentes, junto con los que en su día manifestaron su oposición al plan propuesto, impida alcanzar la mayoría contemplada en el artículo 238.1. En estos casos quedaría constatada, con diáfana claridad, la desproporción a que se ha hecho mención, pues se conferiría un tratamiento claramente peyorativo a un comportamiento, por parte del acreedor inasistente, que en lo sustancial es equivalente al del acreedor que manifieste su oposición, sea en la reunión o en un momento previo.

68. Si lo que se pretende es evitar la conducta abstencionista de los acreedores cabe contemplar una medida alternativa, que pasaría por considerar que la inasistencia a la reunión, de no mediar un pronunciamiento previo sobre el plan, equivaldrá a una aceptación del mismo. Esta medida estimularía la intervención de los acreedores sin acarrear, en caso de inasistencia, la degradación de la naturaleza de los créditos que ostentasen.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

69.El número dos del artículo enunciado posibilita que el plan de pagos y el plan de viabilidad puedan ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que hubieran manifestado previamente su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, y no hayan asistido a la reunión. Esta previsión es de todo punto lógica, pues ninguna modificación debe repercutir sobre los que con anterioridad ha manifestado su conformidad sobre el plan. La única sugerencia que se formula consiste en contemplar, dentro del número tres del artículo 236, que además de presentar propuestas alternativas o de modificación, también los acreedores podrán manifestar su aprobación respecto del plan propuesto, para así establecer una concordancia plena entre ambos preceptos.

70.El artículo 238.1 fija los requisitos para que el AEP se considere aceptado. Tales requisitos dan lugar a los siguientes supuestos diferenciados:

- a) El voto favorable de los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo, siempre que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo.

- b) Cuando el plan AEP prevea la cesión de bienes en pago de deudas, se exigirá la aprobación de los acreedores, garantizados o no, que representen el 75 por ciento del pasivo.

71.El primer supuesto no plantea problemas interpretativos, en tanto que queda perfectamente delimitado quiénes deberán votar a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

favor –solamente los acreedores afectados por el AEP-, lo que excluye a aquéllos que sean titulares de créditos con garantía real o de créditos de Derecho público, conforme dispone el último párrafo del artículo 231.4. No obstante, para una mayor claridad del texto sería conveniente incluir también a los acreedores que, previamente a la reunión, se hubieran mostrado favorables al plan propuesto.

- 72.El segundo supuesto plantea mayores dificultades interpretativas. El enunciado del supuesto de hecho lleva a colegir que la consecuencia jurídica sólo será aplicable cuando el plan de pagos prevea la cesión de bienes como único instrumento para saldar las deudas. Ahora bien, si el AEP no afecta a los créditos amparados por garantía real, por las razones ya expuestas, sus titulares no deberían ser convocados a la reunión ni, en consecuencia, estarían llamados a votar. De ahí que la única interpretación que se ajusta a la sistemática del Anteproyecto, pasa por entender que la referencia a los acreedores que representen el setenta y cinco por ciento no incluye a los titulares de créditos con garantía real.

4. Efectos del AEP.

a) Por la iniciación del expediente.

- 73.Según establece el número uno del artículo 235, la solicitud de la apertura del expediente permitirá al deudor continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Conforme a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

presupuestos objetivos que establece el artículo 231, números uno y dos, la referencia a la actividad laboral, que según la definición que ofrece el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, es la que realizan los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra personal, física o jurídica, denominada empleador o empresario, no debería figurar en el precepto objeto de análisis, toda vez que el AEP sólo puede ser interesado por un empresario individual o persona jurídica.

74.La solicitud de apertura del expediente no obsta para que el deudor pueda seguir desempeñando la actividad económica que le es propia. Tal disposición se coherente con la contemplada en el artículo 44.1 de la LC, que estatuye que la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que ejerza el deudor. Sin embargo, el prelegislador establece una serie de medidas para precaver el riesgo de un mayor endeudamiento, y así proscribió que el deudor pueda solicitar la concesión de nuevos créditos o préstamos, haga uso de medios electrónicos de pago y, a su vez, le impone la obligación de devolver las tarjetas de créditos de que sea titular.

75.La redacción dada al artículo 235.1 arroja dudas sobre algunos aspectos. En primer lugar no queda claro si el deudor podría hacer uso de líneas de crédito o descuento concedidas con anterioridad a la solicitud de la apertura del expediente, toda vez



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que la prohibición solamente se circunscribe a las solicitudes de concesión de esos instrumentos crediticios. Por ello, sería adecuado despejar cualquier duda sobre este aspecto, sin perder de vista los inconvenientes que para el desempeño ordinario de la actividad empresarial o profesional puede comportar el cierre de toda fuente de financiación externa.

76. Respecto de las limitaciones al uso de tarjetas de crédito y medios electrónicos de pago no se plantean objeciones de calado, si bien para el supuesto de que el deudor sea una persona jurídica la devolución de esos documentos debería extenderse a aquéllos usuarios de tarjetas con cargo a cuentas de la persona jurídica que haya solicitado la apertura del expediente.

77. El número seis del artículo 235 proscribía que el deudor que se encontrase negociando el AEP pueda ser declarado en concurso, en tanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis de la LC, cuyo contenido también es objeto de modificación por el Anteproyecto. La interpretación conjunta de los artículos 235.6, 15-3 y 5 bis lleva a colegir que mientras se esté negociando el AEP el deudor no podrá ser declarado en concurso y, en consecuencia, ninguno de los legitimados está facultado para instar tal declaración, hasta en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis. Ahora bien, como el artículo 15.3 sí posibilita que tanto el deudor como el mediador concursal puedan solicitar el concurso aunque no haya transcurrido el plazo de tres meses a que se refiere el ya mencionado artículo 5 bis, tal posibilidad se circunscribe, para el mediador concursal, a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

supuestos previstos en el Título X y, para el deudor, a aquellos casos en que resuelva poner fin al proceso de negociación regulado en el Título antes indicado, con antelación al cumplimiento del plazo de tres meses a que se ha hecho mención.

78. Para los acreedores, los efectos de la iniciación del expediente quedan enunciados en los números dos a cinco del artículo 235 que, en síntesis son los siguientes:

- a) Prohibición de iniciar o continuar con las ejecuciones sobre el patrimonio del deudor, hasta que no transcurra el plazo de tres meses desde la publicación de la apertura del expediente.
- b) Prohibición de anotación de embargos o secuestros posteriores a la solicitud de nombramiento de mediador concursal, salvo los que traigan causa de procedimiento seguido por acreedores de Derecho público. Dicha prohibición operará a partir de la anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes.
- c) Prohibición de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

79. La prohibición referida a los embargos o secuestros sólo concierne a la anotación de los mismos, pero no trasciende a su



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

realización. El embargo de bienes consecuencia de la actividad ejecutiva sería procedente, habida cuenta la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones a que se ha hecho mención. No obstante, el embargo preventivo queda al margen de dicha prohibición y pese a ello no podría ser anotado. Tal circunstancia redundaría en detrimento de la certeza y seguridad jurídica y, de ahí que se considere pertinente la eliminación de la prohibición de anotación o, en su caso, que la prohibición se extienda a la realización misma de los embargos o secuestros.

80.La prohibición de mejora de la situación del acreedor no merece objeciones, al igual que la contenida en el número cinco, que permite que el acreedor pueda ejercitar la garantía personal de un crédito contra el garante, siempre que dicho crédito haya vencido, sin que el referido garante pueda invocar la solicitud de AEP por el deudor en perjuicio del ejecutante.

b) Por la aprobación del AEP.

81.El artículo 238.2 prescribe que el AEP se eleve a escritura pública. Tanto el notario como el registrador procederán al cierre del expediente, circunstancia que será comunicada al Juzgado competente para la declaración del concurso y se dará cuenta a los registros públicos de bienes. El AEP se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal.

82.Los efectos sobre los acreedores afectados por el AEP se describen en el artículo 240, números uno a tres; en esencia consisten en la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones por



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente – lo que supone una consolidación de lo establecido en el artículo 235.2- y el aplazamiento o, en su caso, la remisión de los créditos según lo pactado, la extinción de los créditos con motivo de la cesión de bienes a los acreedores y la conservación de las acciones contra los obligados solidarios y garantes personales del deudor. Por último, también se prevé que el deudor pueda solicitar la cancelación de los embargos ordenados judicialmente. En este punto el Anteproyecto no deja claro a qué embargos se refiere, pues el artículo 235.2 proscribía la anotación de embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador concursal, salvo los correspondientes a procedimientos seguidos por los acreedores de Derecho público. Por ello, sería deseable que se clarificara este extremo.

83.Las consecuencias derivadas del cumplimiento íntegro del acuerdo se limitan, según se prevé en el artículo 241.2, a la constancia de en acta notarial de ese dato, con la subsiguiente publicación en el BOE y el Registro Público Concursal.

84.Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor se encuentra en estado de insolvencia. Este aspecto, junto con otros, será objeto de estudio en el apartado correspondiente al denominado concurso consecutivo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

5.- Impugnación del AEP.

85.El número uno del artículo 239 delimita el ámbito subjetivo de los legitimados para impugnar el AEP, que se circunscribe a los acreedores que no hubieran sido convocados y a los que habiéndolo sido no hubieran votado a favor del acuerdo. Dentro del círculo de legitimados debería incluirse no sólo que expresamente hubiera votado en contra del AEP en la reunión convocada por el mediador concursal, sino también quienes con anterioridad a la celebración de la reunión hubieran manifestado su oposición, en los términos establecidos en el artículo 237.1.

86.Los motivos de impugnación se limitan a la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados o en la desproporción de la quita o moratoria acordadas. Estos motivos son similares a los contemplados en el apartado cuatro de la Disposición adicional cuarta de la LC para los acuerdos de refinanciación, si bien la referencia a la desproporción de la quita o moratoria plantea dudas interpretativas, ya que mientras para la refinanciación no se establecen límites para la quita o espera, el artículo 236.1 sí fija unos determinados umbrales para el AEP – tres años de moratoria y un veinticinco por ciento de quita-. Por ello debería esclarecerse si el motivo de la impugnación se ciñe a la superación de los límites a que se refiere el artículo último citado o, por el contrario, también engloba los casos en que la quita o moratoria pueda considerarse desproporcionada “ad casum”, aunque no se haya superado el tope establecido por el Anteproyecto. Esta cuestión debería ser esclarecida pues las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

consecuencias derivadas de una u otra interpretación no son baladíes.

87.El órgano facultado para conocer del recurso, que se tramitará por el procedimiento previsto para el incidente concursal, será el Juzgado de lo Mercantil que sea competente para la declaración del concurso. Por razones obvias, debería suprimirse la referencia a los Juzgados de lo Mercantil dejando subsistente, como en el resto del Anteproyecto, la mención al Juzgado competente para conocer del concurso. La sentencia que resuelva la impugnación será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente.

88.Lo que no regula el Anteproyecto son las consecuencias derivadas de la anulación del AEP, que es el efecto propio de la estimación del recurso. Nada se dice sobre si la referida anulación dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242, equiparándose al supuesto de imposibilidad de alcanzar un AEP o, por el contrario, el concurso sólo podrá ser declarado si así lo solicitan el deudor o los acreedores, conforme a lo previsto en el artículo 5 bis y preceptos concordantes. La falta de regulación sobre este particular debería completarse mediante la especificación de las consecuencias de la anulación del AEP, en el sentido apuntado.

6. El concurso consecutivo.

89.Según refiere el número uno del artículo 242 *“Tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

mediador concursal por imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado”. Conforme a tales premisas, el concurso consecutivo deberá acordarse:

- a)** Cuando los acreedores que representen la mayoría del pasivo, en los términos recogidos en el artículo 236, decidieran no continuar con las negociaciones.
- b)** Si el AEP no fuera aceptado definitivamente por los acreedores (artículo 238.3) en la reunión convocada
- c)** cuando el AEP fuera incumplido por el deudor.
- d)** En el supuesto de anulación judicial del AEP, si esa circunstancia se considerase equiparable a la imposibilidad de alcanzar el AEP.

90.El primer aspecto a tratar versa sobre la obligación que se establece, a cargo el mediador concursal, en orden a instar la declaración del concurso. Ello supone alterar la sistemática de la LC, no sólo porque se introduce en el círculo de legitimados a un tercero, con “nomen iuris” propio, distinto del deudor y los acreedores, sino porque la solicitud de concurso a instancia del mediador concursal deviene obligatoria ante la concurrencia de los presupuestos que recoge el Anteproyecto. Tal medida no se antoja necesaria para garantizar los intereses de los acreedores, que igualmente quedarían facultados para instar la declaración del concurso al igual que el propio deudor, conforme a lo previsto en el artículo 5 bis y concordantes. Por ello, parece



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

desproporcionado conferir a quien se define como mediador un haz de facultades que modifican sustancialmente el contenido que es inherente a tal figura, hasta el extremo de atribuirle una potestad que va más allá de las reconocidas a los acreedores, pues estos últimos siempre podrán ponderar la pertinencia y utilidad de instar la declaración de estado concursal, mientras que el referido mediador carece del más mínimo atisbo de discrecionalidad de cara a instar aquella declaración. Por todo ello, en este informe se sugiere que sin perjuicio de las facultades reconocidas al mediador de cara a comunicar a diferentes organismos la no consecución del AEP, se elimine la facultad de poder solicitar la declaración de concurso, de manera que sólo se reconozca tal posibilidad a los acreedores y al deudor.

91. La presunción de insolvencia se establece en el artículo 238.3 - para el supuesto en que no se alcanzase el AEP- y el artículo 241.2 --cuando se produjera el incumplimiento del AEP por el deudor-. Dicha presunción enlaza con la obligación, a cargo del mediador concursal, de solicitar inmediatamente la declaración de concurso prevista en el artículo 236.4, cuando los acreedores que representen la mayoría del pasivo decidan no continuar con las negociaciones. La insolvencia que “iuris et de iure” se atribuye al deudor en los supuestos enunciados supone una quiebra de la sistemática seguida por la LC, tanto en el artículo 2, números dos y tres, como en el artículo 5 bis, pues opera con independencia de que el deudor pueda o no cumplir regularmente con sus obligaciones. Aunque el AEP no fuera aceptado por los acreedores, no cabe descartar que, súbitamente, el deudor pudiera superar la precedente situación de insolvencia (cobro de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

deudas, adquisición de bienes a título gratuito, favorecimiento de la fortuna etc.) y, más claramente aún, que durante el ínterin en que se produce el incumplimiento del AEP ya hubiera solventado la situación de insuficiencia patrimonial o de iliquidez. Teniendo en cuenta esas circunstancias, parece que el prelegislador pretende atribuir al fracaso en la negociación del AEP o al incumplimiento del mismo un efecto automático, que aboca al deudor a soportar el estado concursal sobre la base de una insolvencia que, materialmente, puede no existir. Por ello, debería atemperarse la rigidez con que el Anteproyecto regula esta cuestión, exceptuándose de la obligación de solicitar el concurso, por parte del mediador concursal, los casos en que el deudor no se encontrara en situación de insolvencia, tal y como se establece en el artículo 5 bis en relación con el propio deudor.

92.El número dos del artículo 242 prevé que con el concurso consecutivo se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de la LC y con las especialidades que en los ordinales primero a cuarto se recogen. Antes de abordar el análisis de las especialidades estatuidas por el prelegislador, cumple decir que el prelegislador incurre en contradicción al establecer la obligación de abrir simultáneamente con la declaración de concurso, la fase de liquidación; y ello es así porque en el artículo 238.3 expresamente se contempla que el mediador concursal puede instar del Juez, para el caso de que el AEP no fuera aceptado, la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis, lo que excluye la apertura de la fase de liquidación. A la vista de lo expuesto sería pertinente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

modificar el contenido del número dos del artículo 242, al objeto de contemplar, como excepción, el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la LC.

93. En cuanto a las especialidades establecidas para la tramitación del concurso destacan, en primer lugar, la designación del mediador concursal como administrador del concurso (artículo 242.2, 1ª), salvo justa causa. Aun cuando el referido mediador debe cumplir con algunos de los requisitos establecidos en el artículo 27.1 de la LC, que habilitan para el ejercicio del cargo de administrador concursal, no deben pasar inadvertidas las dificultades que, desde una perspectiva dogmática, supone asumir que el inicialmente designado como mediador quede habilitado para solicitar la declaración del concurso y, además, sea designado administrador concursal.

94. El artículo 71.6 de la LC prohíbe el nombramiento, como administrador concursal, del experto independiente que hubiera emitido el informe previsto en el ordinal dos del número seis del artículo 71 de la LC, en el marco de un acuerdo de refinanciación. Aun siendo de menor entidad la actuación del experto independiente respecto de la que se prevé para el mediador concursal, no obstante el legislador prohíbe al primero desempeñar el cargo al que se ha hecho mención. Por ello, en el concurso consecutivo sería conveniente adoptar una cautela similar.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

- 95.El ordinal segundo atribuye la condición de créditos contra la masa a los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84 de la LC tengan esa condición y se hayan generado durante la tramitación del AEP. Este precepto no suscita objeciones, al igual que el ordinal tercero, que dispone que el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se deberá contar desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario.
- 96.El número cuatro establece que los titulares de los créditos que hubiera firmado el AEP no necesitarán solicitar el reconocimiento de sus créditos. Esa última indicación suscita ciertas dudas sobre su alcance. Si el AEP no hubiera llegado a aprobarse ningún acreedor habría podido firmar un acuerdo que no se ha materializado; por el contrario, si el AEP hubiera sido incumplido por el deudor, la referencia a los acreedores firmantes sugiere que éstos serían los que se han mostrado favorables al acuerdo, bien con anterioridad a la reunión o en el momento de su celebración. Sea como fuere, si la eficacia del AEP se proyecta sobre determinados acreedores con independencia de que hayan mostrado o no aquiescencia con sus términos, no parece oportuno establecer un trato de favor en base a la posición mantenida en relación con el acuerdo, máxime cuando los extremos del mismo deben ser elevados a escritura pública, con la certidumbre que es inherente a ese documento público.
- 97.Por último, el ordinal quinto confiere un privilegio al empresario persona natural, consistente en la remisión de todas las deudas no satisfechas en la liquidación, con excepción de las deudas de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Derecho público, siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y el concurso se califique como fortuito. En un apartado anterior ya se formularon las consideraciones pertinentes sobre la remisión del pasivo regulada en el artículo 178.2; no obstante, debe ponerse de manifiesto la discordancia existente entre lo estatuido en el artículo último citado y el artículo 242.2.5º. Según reza el segundo inciso del artículo 178.2, la remisión privilegiada de los créditos sólo operaría cuando el deudor hubiera intentado, sin éxito, alcanzar un AEP. Sin embargo, el ordinal quinto del artículo 242.2 extiende dicho beneficio tanto a los supuestos en que se haya malogrado el AEP como a los casos de incumplimiento del plan de pagos acordado, pues el número dos del artículo 242 es aplicable a todos los supuestos de hecho enunciados en el número uno del indicado artículo, en el que se determina cuando el concurso tendrá la consideración de consecutivo.

98. Sin perjuicio de la necesidad de corregir la falta de homogeneidad entre los preceptos traídos a colación, en este informe se sugiere, para el caso de mantener el tratamiento más beneficioso que se confiere al fallido intento de alcanzar el AEP, que dicho beneficio no se extrapole a los supuestos de incumplimiento del referido acuerdo, pues ello supone conferir un trato de favor a quien conculca un inveterado principio general del derecho: “pacta sunt servanda”.



7. Disposición Adicional séptima.

99. En este apartado, el prelegislador establece el régimen jurídico aplicable a los créditos de Derecho público en el contexto del AEP. Dado que dichos créditos no quedan afectados por el citado acuerdo, la regulación se limita a diseñar el régimen aplicable a los aplazamientos o fraccionamientos solicitados por el deudor.

100. En el apartado primero se delimita el concepto de créditos de Derecho público, en orden a determinar cuáles quedan excluidos de la aplicación del Título X y, en consecuencia, sujetos a la Disposición Adicional séptima. Dicho apartado es del siguiente tenor: *1. Lo dispuesto en el Título X de esta ley no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.*

101. La amplitud con que ha sido redactado el precepto supone incluir dentro de su ámbito de aplicación a las sanciones pecuniarias, tanto a las multas de carácter tributario que, según reza el artículo 58.3 de la Ley General Tributaria, aunque no constituyen deuda tributaria para su recaudación sí les son aplicables las disposiciones del procedimiento de gestión recaudatoria (Capítulo V del Título III), como a las sanciones impuestas en el marco de la Seguridad Social (artículos 18.1 y 86.1.c del TRLSS y artículo 1.1 f) del Reglamento General de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio).

102. Sin embargo, según la sistemática de la Ley Concursal las multas y sanciones forman parte de la categoría de los créditos subordinados, conforme lo previsto en el artículo 92. 4º, al igual que los recargos de apremio ordinario que, de acuerdo a la doctrina asentada, entre otras, por la STS de 17/3/2011 (número 177/2011) cumplen un función equiparable a un sanción. Con ello, créditos cuyo pago sólo puede hacerse efectivo cuando hayan sido íntegramente satisfechos los créditos ordinarios –así lo dispone el artículo 158.1 de la LC- quedan extramuros del AEP y, además, no se verán afectados por la extinción prevista en el artículo 242.2.5ª. Esta medida, que indudablemente supone una alteración de los principios generales de la Ley Concursal, previsiblemente obedece al interés del prelegislador por salvaguardar la indemnidad de los créditos de naturaleza pública. En consecuencia, el objeto primordial de la Disposición Adicional citada consiste en disciplinar el régimen de aplazamiento y/o fraccionamiento aplicable a los créditos de Derecho público.

103. En cuanto a su contenido, el apartado dos resulta aplicable a cualquier Administración Pública, mientras que los apartados tres y cuatro atañen específicamente a las deudas con la Hacienda Pública y la Seguridad Social, respectivamente.

104. Dentro del apartado correspondiente a las deudas con la Hacienda Pública merece destacarse la prohibición de iniciar o, en su caso, continuar el procedimiento de apremio, hasta en tanto no transcurra un mes desde la comunicación recibida del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

registrador mercantil a que se refiere el artículo 233.4 (letra a del apartado tres). La primera observación versa sobre la referencia exclusiva a la comunicación del registrador, cuando conforme a lo previsto en el artículo 233.3 dicha comunicación también puede ser realizada por el notario. Por ello, se sugiere incluir a este último en el texto de la disposición. Por otra parte, sería conveniente que la suspensión del apremio se prolongase hasta la conclusión del AEP o, en su defecto, hasta el momento en que se hubiera malogrado la posibilidad de acuerdo, pues a primera vista no se alcanza a comprender el sentido de la fijación de un mes desde la recepción de la comunicación.

105. La letra d) del apartado tres dispone que el acuerdo sobre aplazamiento o fraccionamiento sólo podrá dictarse cuando se haya formalizado el AEP, salvo que con anterioridad se declare el concurso. Aun cuando la redacción de este apartado es mejorable, queda claro que la excepción contemplada viene referida dos supuestos: el enunciado en el artículo 236.4, es decir cuando los acreedores que representan la mayoría del pasivo deciden no continuar con las negociaciones y, también, la no aceptación del plan por parte de aquéllos.

106. El aplazamiento o fraccionamiento deberá concederse cuando el importe de las deudas contra la Hacienda Pública sea inferior a la cantidad conjunta exigible por los restantes acreedores conforme al AEP, todo ello sin perjuicio de las garantías que resulten procedentes y viables, jurídica y económicamente, para conceder el aplazamiento o fraccionamiento indicado. Esta medida merece una valoración positiva, ya que asienta un criterio objetivo y proporcionado para determinar la obligatoriedad del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aplazamiento o fraccionamiento. Por último, también merece igual valoración la regla general contenida en el ordinal f), que hace coincidir la duración máxima del aplazamiento o fraccionamiento con la prevista en el AEP, si bien la periodicidad de los plazos puede ser diferente. Sin embargo, la excepción al supuesto general –salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario- aboca a una situación de incertidumbre, no sólo por la discrecionalidad expresamente reconocida a favor de la Administración, sino también por la dificultad de interpretar con exactitud el contenido de esa cláusula. En consecuencia, se sugiere delimitar con menos ambigüedad el supuesto en que la Administración podrá establecer una referencia temporal distinta de la prevista en el AEP.

107. El régimen jurídico previsto para las deudas con la Seguridad Social se encuentra regulado en el apartado cuatro. La primera y principal observación versa sobre la oportunidad de establecer un régimen diferenciado, no tanto porque no pueda estar justificado un tratamiento disímil, sino porque en la MAIN (página 25) se contempla de manera conjunta y unitaria las especialidades fijadas para el aplazamiento o fraccionamiento de las deudas de Derecho público, sin que haga referencia a las razones que justifican una regulación diferente.

108. Además, la regulación específica de las deudas de la Seguridad Social es de menor alcance que la prevista para las deudas con la Hacienda Pública, pues nada se dice respecto de la duración de la suspensión del inicio o la continuación del procedimiento de apremio, ni tampoco sobre la procedencia de conceder el



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

aplazamiento o fraccionamiento cuando la deuda total conjunta de los restantes acreedores sea superior a las deudas con la Seguridad Social. A ello se une el diferente tratamiento que ofrece la letra a) del apartado cuatro respecto del dispensado por la letra d) del apartado tres, habida cuenta que mientras que la Administración tributaria deberá dictar acuerdo sobre el aplazamiento cuando se formalice el AEP o se declare el concurso, la Seguridad Social podrá resolver en los momentos antes referidos y, además, transcurridos tres meses desde la solicitud de AEP sin que se haya publicado en el BOE el referido acuerdo. En apariencia, nada justifica la diferente regulación establecida por el prelegislador y, de ahí que se sugiera la unificación del régimen jurídico respecto de las créditos de ambos organismos.

C) ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

109. Básicamente, las novedades que sobre esta materia incorpora el Anteproyecto afectan, por un lado, al nombramiento del experto independiente -modificación del ordinal segundo del artículo 71.6 e incorporación del artículo 71 bis.- y, por otra parte se modifica el apartado primero de la Disposición Adicional cuarta, con el propósito de reducir el porcentaje del pasivo del deudor del que sean titulares las entidades financieras, de cara a obtener la homologación judicial del acuerdo de financiación y, a su vez, determinar con claridad la clase de pasivo que ha de alcanzar el porcentaje antes aludido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. Designación del experto independiente

110. El artículo 71.6, ordinal segundo, es objeto de un leve retoque en el que se desaparece el inciso relativo a la designación del experto independiente en virtud del prudente arbitrio del registrador mercantil, conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. Aunque en principio cabría pensar que la supresión de ese referente introduce un mayor grado de discrecionalidad en la designación del citado experto, lo cierto es que el artículo 340.1 del indicado Reglamento atribuye al registrador la facultad de designar al experto conforme a las normas que se dicten, y en ausencia de éstas, a su prudente arbitrio; por ello, la normativa vigente también establece una reglamentación basada en la discrecionalidad del registrador. Pese a ello se desaconseja la supresión de la referencia a que se ha hecho mención, toda vez que la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, que inexcusablemente deberá tener lugar, -así lo prevé la Disposición Adicional sexta del Anteproyecto- constituiría un marco adecuado para reglamentar con suficiencia todos los aspectos relativos a la designación del experto independiente, así como los requisitos de aptitud e idoneidad exigibles.

111. En el número uno del artículo 71 bis se disciplina la competencia del registrador mercantil para efectuar el nombramiento del experto independiente. En esencia, dicho precepto es trasunto del artículo 71.6-2º y, hasta cierto punto redundante. En el número dos se regulan los requisitos de la solicitud del deudor. Dicha solicitud podrá ser presentada, incluso, antes de que esté



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

concluido el acuerdo y el plan definitivo. Los datos que la solicitud deberá contener se refieren a la identificación de la solicitante, las sociedades afectadas y las eventuales relaciones existentes dentro del grupo; el acuerdo suscrito. Si el acuerdo estuviera pendiente de negociación, deberá presentarse el proyecto de acuerdo, junto con el plan de viabilidad y el acuerdo marco en el que se fijan las condiciones de la negociación y, por último, una relación de acreedores conforme a lo establecido en el artículo 6 de la LC.

112.El número tres establece lo siguiente: *“El Registrador, antes de proceder al nombramiento, podrá solicitar varias propuestas a uno o varios profesionales idóneos y antes de decidirse sobre el más adecuado. Podrá incluso designar a alguno de los varios propuestos por el solicitante siempre que tenga los requisitos exigibles”*. Al margen de la deficiente redacción del precepto, no parece aconsejable que el experto independiente pueda ser designado a instancia del propio solicitante, toda vez que la apariencia de imparcialidad objetiva que debe rodear al nombrado quedaría menoscabada.

113.El número cuatro establece que las incompatibilidades fijadas en la legislación sobre auditoría de cuentas se extenderán al experto independiente. Además, no podrá ser nombrado para ese cargo el auditor del deudor o de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas, ni tampoco el autor del plan de viabilidad. En este punto, la regulación que ofrece el Anteproyecto es adecuada para preservar la objetividad del designado.

114.El plazo para la emisión del informe será establecido por el solicitante y, en su defecto, el de un mes a partir de la aceptación del nombramiento, sin perjuicio de las prórrogas que por causa



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

justificada pudieran concederse. El plazo para la elaboración del informe será de caducidad de manera que si no se elabora temporáneamente se procederá deberá efectuar un nuevo nombramiento.

115.No parece adecuado dejar al libre albedrío del solicitante la duración del plazo para la elaboración del informe sin fijar un plazo mínimo para su realización, sobre todo si se tiene en cuenta las consecuencias jurídicas que supone la superación del límite temporal que finalmente se fije.

116.Por último, el número seis habilita el nombramiento del mismo experto en cualquier otra refinanciación que se plantee, con posterioridad a la primera o anterior refinanciación acordada por el mismo deudor o grupo, aunque los acreedores firmantes sean distintos.

2. Disposición Adicional cuarta:

117.Las modificaciones establecidas en el apartado primero de la citada Disposición tienen por objeto dos finalidades, según se indica en la MAIN (pág. 33). Por una parte, el prelegislador pretende dejar claro que el porcentaje de pasivo exigido en el primer párrafo de la D.A. cuarta (setenta y cinco por ciento del pasivo titularidad de las entidades financieras) es sustitutivo del criterio del pasivo total que contempla el artículo 71.6 de la LC. Por ello, la referencia de la DA cuarta al último artículo citado se concreta en la designación del experto independiente y la elevación a escritura pública del acuerdo (ordinales segundo y tercero del artículo 71.6), pero no al ordinal primero, que es dónde se prevé la exigencia de que el acuerdo haya sido suscrito



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

por los tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo. Por ello, de prosperar los términos del Anteproyecto, para la potestativa homologación judicial del acuerdo bastará con cumplimentar el porcentaje del pasivo cualificado, es decir, el perteneciente a las entidades financieras, quedando reducida la exigencia de los tres quintos del pasivo general al supuesto enunciado en el artículo 71.6, es decir, a la rescisión de los acuerdos de refinanciación.

118. La segunda modificación aminora el porcentaje del pasivo titularidad de las entidades financieras, que pasa a ser de un sesenta y siete por ciento en vez de un setenta y cinco. Como fácilmente se deduce, ambas medidas tienden a facilitar la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. El Anteproyecto modifica el contenido del artículo 178.2 de la Ley Concursal, de manera que el pasivo no satisfecho tras la liquidación quedará remitido, excepto los créditos de Derecho público, siempre que el concurso no sea declarado culpable y se satisfagan en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, así como el veinticinco por ciento de los créditos ordinarios (este último requisito no se exige si previamente se ha intentado alcanzar, sin éxito un Acuerdo Extrajudicial de Pagos). Esta medida supone una efectiva modulación de la responsabilidad universal que consagra el artículo 1911 del Código Civil, y está llamada a



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

facilitar el reinicio de la actividad económica por parte del deudor, sin soportar el lastre de las deudas pretéritas.

Desde esa perspectiva y al margen de las críticas que pueda merecer el modelo que se pretende implantar, debe reconocerse que la opción por la que se ha decantado el prelegislador trata de ofrecer solución a una problemática real de importantes consecuencias.

SEGUNDA. El anteproyecto añade un nuevo Título a la Ley Concursal –el décimo- denominado “Acuerdo Extrajudicial de Pagos” (en adelante AEP). En términos generales, sin perjuicio de las observaciones que se formulan a lo largo del informe para la mejora del texto, la medida merece una valoración positiva, en tanto que a través de la actuación del mediador concursal se habilita un cauce para que el empresario individual o la personas jurídicas pueda alcanzar, al margen del concurso, una solución negociada con los acreedores.

TERCERA. Sería deseable que la iniciativa adoptada por el prelegislador, mediante la introducción del AEP, respecto de los empresarios individuales y a las personas jurídicas se extendiera también a los consumidores, pues el sobreendeudamiento personal y familiar constituye, en el momento actual, un problema de primer orden. Es obvio que la actividad empresarial y su problemática tiene unos rasgos característicos que le son propios, mas ello no es motivo que impida diseñar un procedimiento de mediación, genuino y especialmente adaptado a la situación de los consumidores, para así dar solución a situaciones en que la



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

escasez de recursos les impida hacer frente al pago regular de las obligaciones contraídas y, a su vez, atender sus necesidades más perentorias.

CUARTA. La nueva redacción dada al artículo 178.2 de la LC sólo contempla los supuestos en que resulta procedente la remisión de deudas tras la conclusión de la fase de liquidación, pero nada dice respecto de los casos en que tal remisión no sea procedente, bien porque el concurso se declare culpable o porque no se hayan satisfecho en su integridad los créditos a que se refiere el precepto. Tal omisión debería subsanarse, manteniéndose la regulación actualmente vigente para los casos en que la remisión del pasivo no sea posible, por no concurrir los requisitos exigidos.

QUINTA. Desde una perspectiva concursal, la pena de multa es considerada, según establece el artículo 92.4º de la LC, como crédito subordinado. Tal calificación supone que dicha pena quede afectada por la remisión contemplada en el artículo 178.2. De mantenerse la actual redacción de este artículo, ello supondría la eliminación de la pena de multa, al margen de las causas de extinción de las penas que contempla el Código Penal que, por otra parte, es una ley orgánica. Por ello, de cara a evitar cualquier disfunción sobre esta cuestión, se propone incluir una indicación referida a la pena de multa, como uno de los supuestos en que no operaría la remisión de deudas prevista en el artículo 178.2.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

SEXTA. El ordinal primero del artículo 231.3 establece que no podrán formular la solicitud para alcanzar el AEP *“Quienes hayan sido condenados por cualquier clase de delito contra el patrimonio o contra el orden socio-económico o por falsedad documental así como delito contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social”*. El contenido del precepto es similar a lo dispuesto en el ordinal primero del artículo 105.1 de la LC para la propuesta anticipada de convenio, si bien el Anteproyecto suprime la referencia a los delitos contra los derechos de los trabajadores. Tal exclusión carece de justificación aparente, pues no se alcanza a comprender por qué la precedente comisión de un delito de hurto, por ejemplo, impediría que el afectado pudiera instar el AEP, mientras que la comisión de algunas de las conductas que se describen en los artículos 311 o 312 del Código Penal, estrechamente vinculados al ejercicio de la actividad empresarial, deban quedar extramuros de la prohibición.

SÉPTIMA. Del contenido del artículo 239.4 se desprende que la consecuencia inherente al éxito de la impugnación del AEP es la anulación del citado acuerdo. Sin embargo, lo que no regula el Anteproyecto son las consecuencias derivadas de la anulación del AEP. Nada se dice sobre si la referida anulación dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242, equiparándose al supuesto de imposibilidad de alcanzar un AEP o, por el contrario, el concurso sólo podrá ser declarado si así lo solicitasen el deudor o los acreedores, conforme a lo previsto en el artículo 5 bis y preceptos concordantes. La falta de regulación sobre este particular debería completarse mediante la especificación de las consecuencias de la anulación del AEP, en el sentido apuntado.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

OCTAVA. Tanto el artículo 238.3 como el 241.1 establecen la presunción legal de insolvencia del deudor, para aquellos casos en que no se alcanzara el AEP o aquél incumpliera el pacto logrado con los acreedores. En ambos supuestos no es descartable que el deudor pueda haber superado la insolvencia precedente, sobre todo si se trata del incumplimiento del AEP. Por ello, debería atemperarse la rigidez con que el Anteproyecto regula esta cuestión, exceptuándose de la obligación de solicitar el concurso, por parte del mediador concursal, los casos en que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia real, tal y como se establece en el artículo 5 bis en relación con el propio deudor.

NOVENA. Mientras que el inciso segundo del artículo 178.2 confiere un tratamiento privilegiado, en orden a la remisión de las deudas insatisfechas tras la liquidación, al deudor que hubiera intentado alcanzar un AEP, el artículo 242.5^a extiende el citado beneficio al concursado que incumpla el referido acuerdo. De mantenerse la actual redacción de este último artículo debería corregirse la falta de concordancia entre ambos preceptos. Sin perjuicio de lo anterior, sería conveniente que el beneficio a que se ha hecho mención no repercutiera en el deudor incumplidor, pues no parece adecuado equiparar la conducta contraria a lo pactado con el intento frustrado de conseguir un acuerdo con los acreedores.

DÉCIMA. Se debería reflexionar sobre la conveniencia de atribuir al mediador concursal la facultad de instar, con carácter



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

obligatorio, la declaración de concurso. Esa facultad no se acompasa con el perfil y el cometido del mediador. Por la misma razón, tampoco parece conveniente que aquél pueda desempeñar el cargo de administrador concursal, en el concurso consecutivo subsiguiente al fracaso en las negociaciones del AEP o al incumplimiento del pacto alcanzado.

UNDÉCIMA. Los apartados tres y cuatro de la Disposición Adicional séptima recogen el régimen jurídico especialmente aplicable al fraccionamiento y aplazamiento de las deudas con la Hacienda Pública y la Seguridad Social, respectivamente, en el contexto del AEP. Las disposiciones relativas a la Seguridad Social omiten ciertos aspectos que sí se contemplan en la regulación relativa a las deudas tributarias y, en algunos casos se establecen diferentes requisitos sobre el mismo aspecto, pese a que en la MAIN (página 25) se contempla de manera conjunta y unitaria las especialidades fijadas para el aplazamiento o fraccionamiento de las deudas de Derecho público, sin que haga referencia a razón alguna que justifique una regulación diferente. Por ello se sugiere unificar el régimen jurídico de los créditos de ambos organismos.

DUODÉCIMA. En el ordinal segundo del artículo 71.6 se suprimen las indicaciones relativas a la designación del experto independiente, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento del Registro Mercantil. Tal supresión no es aconsejable, ya que debería aprovecharse la reforma del referido Reglamento, expresamente prevista en la Disposición Adicional sexta, para regular con detalle los aspectos relativos a la designación del



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

citado experto, junto con los requisitos de aptitud e idoneidad que deberán concurrir en el designado.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Y para que conste y surta efectos, extiendo y firmo la presente en Madrid, a once de julio de dos mil trece.