

# EL CONCURSO CONSECUTIVO

PEDRO JESÚS BAENA

Catedrático de Derecho mercantil  
Universidad de Sevilla

Anuario de Derecho Concursal 33  
Septiembre – Diciembre 2014  
Págs. 11 – 61

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO CONSECUTIVO. LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DEL CONCURSO CONSECUTIVO. III. EL EFECTO DE LA NECESARIA Y SIMULTÁNEA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. IV. ESPECIALIDADES EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN. 1. *Designación del mediador concursal como administrador concursal y su remuneración.* 1.1. Designación del mediador concursal como administrador concursal. 1.2. Remuneración del administrador concursal. 2. *Consideración de los gastos del expediente extrajudicial como créditos contra la masa.* 3. *Día de inicio del cómputo del plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles.* 4. *Reconocimiento de créditos de los acreedores que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.* 5. *Remisión de deudas del deudor empresario persona natural no satisfechas en la liquidación.* 6. *Otras especialidades: la calificación como subordinados de los créditos de los acreedores abstencionistas y la realización en la fase de liquidación de operaciones propias de la fase común.* V. LA EXCEPCIÓN DEL SUPUESTO DE INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA.

**RESUMEN:** La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, ha introducido en el Ordenamiento jurídico español la figura del concurso consecutivo. Éste es el expediente último al que previsiblemente muchos deudores llegarán tras el resultado frustrado de la novedosa vía alternativa del acuerdo extrajudicial de pagos, la cual presenta importantes carencias técnico-jurídicas. Para ponerlas

**ABSTRACT:** Act 14/2013, of 27 September, has introduced in the Spanish legal system the formula of consecutive bankruptcy. This is the final stage that many debtors are likely to reach after the failure of the novel alternative legal procedure of extrajudicial settlement of payments, which has significant technical legal limitations. To clarify these, this article analyses judicial de-

de manifiesto en este artículo se analiza la declaración judicial de concurso consecutivo, la necesaria y simultánea apertura de la fase de liquidación, las especialidades legalmente dispuestas para dicha fase y la excepción del supuesto de la insuficiencia de masa activa.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdo extrajudicial de pagos. Concurso consecutivo. Administración concursal. Liquidación. Exoneración de deudas.

**Fecha recepción original:** 11 abril 2014

**Fecha aceptación:** 26 mayo 2014

## I. INTRODUCCIÓN

El legislador español, mediante la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de *apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, se ha unido a la tendencia de los países de nuestro entorno de prever, de un lado, un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, sean éstos personas físicas o jurídicas (algunos pequeños empresarios sociales)<sup>1</sup>; y, de otro, la exoneración de las deudas residuales en caso de liquidación del patrimonio del deudor persona natural que, judicialmente declarado en concurso (el común —o directo— o el consecutivo), no hubiera sido juzgado culpable de la insolvencia y hubiera satisfecho un mínimo de deudas<sup>2</sup>. Solución especial a las situaciones de insol-

1. En la Exposición de Motivos de la Ley de 14/2013 se afirma que en el capítulo V de la Ley se prevé un sistema similar a los existentes en los países próximos. Sobre la experiencia en tales Estados, entre otros, v. QUINTANA CARLO, I., «El sobreendeudamiento de los consumidores y la Ley concursal», en *Estudios Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pg. 2265; RUBIO VICENTE, P. J., «A vueltas con la exoneración del pasivo restante en el concurso», *RcP*, n.º 6, 2007, pg. 138; CUENA CASAS, M., «Fresh Start y mercado crediticio», *InDret*, julio de 2011, pgs. 5-6; PULGAR EZQUERRA, J., «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad», *Diario La Ley*, n.º 8141, 4 de septiembre de 2013, D-294, pg. 1152; «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y Ley de emprendedores», *RcP*, n.º 20, 2014, pgs. 45-46 y 55-72; y GALLEGU, E., «La mediación concursal», *ADCo*, n.º 31, enero-abril de 2014, pgs. 11-63, especialmente pgs. 18-24. Sobre la experiencia piloto en materia de mediación concursal desarrollada en el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Bilbao v. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», *Diario La Ley*, 10994/2013, 13 al 19 de enero de 2014, pg. 12 y nota 26.
2. Como veremos en este estudio, frente a lo que se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, ni consideramos la regulación suficiente ni en ella se produce la exoneración de todas las deudas residuales como podría interpretarse de lo literalmente afirmado en tal Preámbulo. Por lo demás, adviértase que ya en la disp. adic. única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de *reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, se contiene un mandato al Gobierno para que remita a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Informe que debe incluir la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias.

claration of consecutive bankruptcy, the mandatory and simultaneous opening of the liquidation phase, specialties legally stipulated for this phase, and the exception of the insufficiency of active mass.

**KEYWORDS:** Extrajudicial settlement of payments. Consecutive bankruptcy. Bankruptcy administration. Liquidation. Discharge.

vencia de los deudores personas naturales muy reclamada por la doctrina (y recientemente asimismo, entre otros, por la Comisión Europea<sup>3</sup>, el Banco Mundial<sup>4</sup> y el Fondo Monetario Internacional<sup>5</sup>) habida cuenta también de las particulares condiciones que se dan en tales sujetos frente a las personas jurídicas, algunas de las cuales pueden limitar su responsabilidad y todas ellas pueden disolverse<sup>6</sup>.

*A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza. Sobre tal reforma v. Materiales de la reforma concursal (2009-2011), dir. BELTRÁN/CAMPUZANO, Valencia, 2012.*

3. En especial v. la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, *sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (DOUE L n.º 74, de 14 de marzo de 2014, pg. 65)*, en cuyo número 30 se propone la condonación total de las deudas incursas en la insolvencia en un plazo máximo de tres años a partir de la fecha en la que se inició el procedimiento de reembolso (convenio) o de la fecha en que el órgano jurisdiccional decidió iniciar el procedimiento de insolvencia en el caso de que ésta concluya en liquidación, sin que para ello sea necesario recurrir nuevamente al órgano jurisdiccional (número 31). Si bien la propia Comisión propugna que los Estados miembros tengan la posibilidad de dar un trato más exigente en algunos supuestos (número 32) y de excluir de la condonación algunas deudas, como las derivadas de la responsabilidad delictual (número 33). También v. el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 25 de octubre de 2007, titulado *El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia, DOCE C, n.º 44, de 16 de febrero de 2008, p. 74.*
4. V. su «Informe sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», concluido en abril de 2013, publicado en *ADCo*, n.º 31, enero-abril de 2014, pgs. 206-356, precedido de una presentación de J. M. Garrido (pgs. 197-206).
5. V. INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Spain 2013 article IV Consultation*, IMF Country Report n.º 13/245, agosto de 2013, pg. 29, punto n.º 13, disponible en [www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr13245.pdf).
6. Sobre la insolvencia de la persona natural entre nosotros, por todos, v. TRUJILLO DÍEZ, I. J., *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, 2003; QUINTANA CARLO, «Sobreendeudamiento...», *cit.*, pgs. 2255-2271; RUBIO VICENTE, «A vueltas...», *cit.*, pgs. 133-167; FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Cizur Menor, 2008; PEÑAS MOYANO, B., «Concurso de consumidores», *RcP*, n.º 8, 2008, pgs. 229-246; CUENA CASAS, M., «Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física», *Aranzadi Doctrina*, n.º 7, 2009, pgs. 91-111; «Fresh Start...», *cit.*, pgs. 1-56; «Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente (a propósito del Auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010)», *RDBB*, n.º 125, 2012, pgs. 289-320; «Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: "intentos" de regulación y ninguna solución», *RcP*, n.º 17, 2012, pgs. 97-110; voz «Persona física», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. II, Cizur Menor, 2012, pgs. 2206-2208; «No hay segunda oportunidad para el que menos tiene. Exoneración de deudas y proyecto de ley de emprendedores», *El notario del siglo XXI*, n.º 50, julio-agosto de 2013, disponible en [www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-50/3506-sumario-numero-50](http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-50/3506-sumario-numero-50); «Ley de emprendedores y exoneración de deudas o fresh start», *ADCo*, n.º 31, enero-abril de 2014, pgs. 123-159; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Cizur Menor, 2009; GARCÍA VICENTE, J. R., «¿Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes», *ADCo*, n.º 20, 2010, pgs. 205-234; RUBIO VICENTE, P. J., «La exoneración del pasivo, entre la realidad judicial y el mito legislativo [A propósito del auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010, sobre

En concreto, el artículo 21 de la citada Ley 14/2013, que es el que nos interesa especialmente a los efectos de nuestro estudio, contiene, entre otras, dos importantes reformas de la Ley Concursal.

Por una parte, se da un cauce extrajudicial a los concursos de los pequeños empresarios, de tramitación flexible y a sustanciar en plazos brevísimos, con el que se quiere además aliviar de trabajo, en estos momentos de aguda crisis económica, a los sobrecargados Juzgados de lo Mercantil recurriéndose para ello a otros funcionarios públicos bien preparados técnicamente: los registradores mercantiles y los notarios<sup>7</sup>, a quienes se les encomienda la designación de un mediador<sup>8</sup> que impulse la avenencia entre deudor y acreedores (sistemas de autocomposición por las partes de sus respectivos intereses en situaciones de insolvencia alternativas a los judiciales)<sup>9</sup> y el control del cumplimiento de los

conclusión del concurso y extinción de deudas. Asunto 671/2007-C 4 (concurso sección 1.ª)», *RcP*, n.º 14, 2011, pgs. 229-250; LARA GONZÁLEZ, R., «Preconcurso y *fresh start* del consumidor», *Legaltoday.com*, 10 de diciembre de 2012, disponible en [www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/preconcurso-y-fresh-start-del-consumidor](http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/preconcurso-y-fresh-start-del-consumidor); PULGAR EZQUERRA, «Refinanciaciones...», *cit.*, pgs. 1145-1154; «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pgs. 65-72; GARRIDO, J. M., «Informe sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales», *ADCo*, n.º 31, enero-abril de 2014, pgs. 197-356, quien ofrece una relación de bibliografía extranjera, concentrada especialmente en las notas 14, 15 y 19; MIRANDA SERRANO, L. M., «¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?», *Diario La Ley*, n.º 8276, 21 de marzo de 2014, pgs. 5-11; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 40-45.

También v., entre muchos otros, estos tres artículos publicados en *El notario del siglo XXI* el día 21 de octubre de 2013, disponibles en [www.elnotario.es](http://www.elnotario.es): ALFARO AGUILA-REAL, J., «De leyes perversas y legisladores bondadosos»; PULGAR EZQUERRA, J., «Ley de emprendedores y segunda oportunidad»; y RECALDE CASTELLS, A., «De nuevo dando vueltas a la "refinanciación" preconcursal». Asimismo v. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «Acuerdos extrajudiciales de pagos (ASEP)», *Diario La Ley*, n.º 8196, 21 de noviembre de 2013, D-402, pgs. 1181-1185; y SÁNCHEZ PAREDES, M. L., «Breves reflexiones en torno al alcance subjetivo de la reforma concursal», disponible en [www.dictumabogados.com/files/2014/04/Breves-reflexiones-en-torno-al-alcance-subjetivo-de-la-reforma-concursal.pdf](http://www.dictumabogados.com/files/2014/04/Breves-reflexiones-en-torno-al-alcance-subjetivo-de-la-reforma-concursal.pdf).

7. A los que en el párr. 18, del apdo. II, de la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013 se cataloga de profesionales idóneos por su experiencia y cualificación.
8. Sobre la condición del mediador concursal, entre otros, v. SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, 11195/2013, 20-26 de enero de 2014, pgs. 19-22; AGÜERO ORTIZ, A., «El mediador concursal como administrador concursal», *RcP*, n.º 20, 2014, pgs. 273-289, quien rechaza hasta tal punto la figura regulada que llega a afirmar que lo único de mediación que hay en el trámite del acuerdo extrajudicial de pagos es un «mediador» concursal, pues ninguno de los principios que rigen la mediación es cumplido por tal procedimiento (pgs. 281-282); y CABANAS TREJO, R., «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, n.º 8285, 3 de abril de 2014, pgs. 1-2.
9. Tales fórmulas alternativas a las judiciales, conocidas como ADR (*Alternative Dispute Resolution*), estaban ausentes en la redacción originaria de la Ley Concursal y han sido construidas progresivamente por el legislador español. Al respecto PULGAR EZQUERRA (v. «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pgs. 45-46) afirma que el modelo de preconcursalidad español presenta perfiles propios frente a otros de Derecho comparado y hace referencia a los modelos italiano y francés. Sobre el Derecho italiano, entre otros, también

requisitos de publicación y publicidad registral. Cauce extrajudicial alternativo y preconcursal<sup>10</sup> del que quedan excluidos los deudores no empresarios (consumidores), protagonistas de muchas insolvencias, las cuales pudieran haber tenido una adecuada solución jurídica mediante tal expediente, como ya ocurre en otros Ordenamientos, como el francés o el alemán<sup>11</sup>.

Y, por otra, se articula la posibilidad de ofrecer en algunos casos una segunda oportunidad a las personas naturales insolventes, a las que la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor del artículo 1911 del Código Civil había llevado en muchos casos a la inactividad o al desarrollo de gran parte de su actuación en la economía sumergida. Para ello se dispone una fórmula de remisión de deudas aplicable a los empresarios per-

v. FERNÁNDEZ CARRÓN, *Tratamiento...*, *cit.*, pgs. 134-135; SANTANO, V., «La liberación de deudas ("esdebitazione") en el Derecho italiano», *RcP*, n.º 13, 2010, pgs. 467-472; y PACCHI, S., «El sobreendeudamiento. El régimen italiano de "iure condito" y de "iure condendo"», *ADCo*, n.º 29, pgs. 323-366. Sobre el Derecho francés, entre otros v. TRUJILLO DÍEZ, *Sobreendeudamiento*, *cit.*, pgs. 89-128; FERNÁNDEZ CARRÓN, *Tratamiento...*, *cit.*, pgs. 82-110; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Sobreendeudamiento doméstico...*, *cit.*, pgs. 82-96; y VALLENS, «El mediador de empresa y los procedimientos franceses de prevención», *RcP*, n.º 13, 2010, pgs. 467-472. Para el estudio del Derecho norteamericano, entre nosotros, entre otros v. las obras citadas en la nota 6 de RUBIO VICENTE («A vueltas...», pgs. 138-164), CUENA CASAS («*Fresh Start...*», *cit.*, pgs. 11-42), y FERNÁNDEZ CARRÓN (*Tratamiento...*, *cit.*, pgs. 122-125). También v. *European Insolvency Regulations. Application of the European Regulation on Insolvency Proceedings*, dir. BELTRÁN/SEBASTIÁN, coord. CAMPUZANO/VELASCO, Cizur Menor, 2010.

10. El carácter opcional de este cauce extrajudicial español contrasta con el carácter obligatorio del intento de solución extrajudicial del Derecho alemán. Al respecto, entre otros, v. TRUJILLO DÍEZ, *Sobreendeudamiento*, *cit.*, pgs. 129-147; FERNÁNDEZ CARRÓN, *Tratamiento...*, *cit.*, pgs. 110-117; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *Sobreendeudamiento doméstico...*, *cit.*, pgs. 96-101; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pg. 23. Sobre su condición de instituto preconcursal, entre otros, v. SENÉS, C., «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *RDC*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo, 2014, disponible en [www.dictumabogados.com/files/2014/03/RevistaDerechoCivil-acuerdo-extrajudicial-de-pagos.pdf](http://www.dictumabogados.com/files/2014/03/RevistaDerechoCivil-acuerdo-extrajudicial-de-pagos.pdf), pg. 51.
11. Al respecto, entre otros, v. PEÑAS MOYANO, «Concurso...», *cit.*, pgs. 243-246; PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 57; CUENA, «Ley de emprendedores...», *cit.*, pgs. 133-135; MIRANDA SERRANO, «¿Qué hay...?», *cit.*, pg. 8; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 18-24 y 40-45, quien recuerda que era uno de los objetivos de regulación a los que se alude en la disp. adic. única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, a la que nos hemos referido, *supra*, en la nota 2. En los tribunales españoles se han dictado algunas resoluciones en esta línea. Así, v. gr., v. el conocido auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 (recurso 671/2007, disponible en [www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp](http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)), antecedente del nuevo art. 178.2 LC. Al respecto v. los comentarios de CUENA CASAS, «Conclusión del concurso...», *cit.*, pgs. 289-320; y RUBIO VICENTE, «Exoneración del pasivo...», *cit.*, pgs. 229-250. Asimismo, en materia de ejecución de créditos hipotecarios, v. el auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (recurso 74/2010, disponible en [www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp](http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)). Complementariamente, en cuanto se trata de una reacción jurisprudencial de protección al consumidor aunque referida a cláusulas abusivas en créditos hipotecarios, también v. la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, caso Aziz, disponible en [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

sonas naturales<sup>12</sup> afectados por el concurso consecutivo tras el fracaso de la vía del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 242.2.5.<sup>a</sup> LC), además de la prevista con carácter general para los deudores personas naturales declarados en concurso (art. 178.2 LC), cuyas diferencias merecen ser destacadas y analizadas.

Sin embargo, la importación de fórmulas jurídicas de allende nuestras fronteras casi nunca es enteramente favorable y en algunos casos ni siquiera resuelve más problemas de los que genera<sup>13</sup>. Probablemente por eso el legislador incorpora de manera muy limitada la figura de la remisión de deudas del concursado persona natural, animado por las opiniones de quienes consideran que otorgar una segunda oportunidad al deudor persona física puede incentivar la Economía patria, tan maltrecha en estos tiempos<sup>14</sup>.

El objetivo de este artículo es estudiar desde el punto de vista únicamente jurídico la nueva figura del concurso consecutivo, expediente último al que previsiblemente muchos deudores llegarán tras el resultado frustrado de la novedosa vía alternativa del acuerdo extrajudicial de pagos, la cual presenta importantes carencias técnico-jurídicas que han de ponerse de manifiesto. Para ello se analizará la declaración judicial de concurso consecutivo, la necesaria y simultánea apertura de la fase de liquidación, las especialidades dispuestas para dicha fase y la excepción del supuesto de la insuficiencia de masa activa.

## II. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE CONCURSO CONSECUTIVO. LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DEL CONCURSO CONSECUTIVO

El *concurso consecutivo* es el procedimiento judicial, regulado en el nuevo título X de la Ley Concursal, resultante del fracaso del intento del deudor de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con trascendencia concursal<sup>15</sup> con sus acreedores, cuyo fin es la liquidación del patrimonio del deudor.

12. Se sigue así el modelo italiano de exoneración. Al respecto v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 66.
13. Incluso en los casos en que la figura introducida tiene el objetivo de solventar una necesidad verdaderamente sentida en nuestro Estado no siempre se logra enteramente el fin deseado, pues lo que resulta oportuno en un Ordenamiento jurídico, que responde a una concreta realidad económica y social, puede no ser tan benéfico en otro.
14. Se trata, en fin, de un nuevo intento de dar una respuesta jurídica a una necesidad de naturaleza esencialmente económica cuya solución razonablemente ha de ser también principalmente de este carácter.  
En los últimos años se han publicado interesantes estudios en defensa (y también en contra) de la incorporación a nuestro Ordenamiento de medidas que atemperen la exigencia del régimen de responsabilidad del deudor. Las razones aludidas son en la mayoría de los casos de carácter sociológico, ético y económico. Algunos de estos trabajos (v. los apuntados, *supra*, en la nota 6) constituyen meritorios estudios científicos de las razones del sobreendeudamiento de la persona física y de la corresponsabilidad del sistema financiero en el fracaso económico del deudor, si bien sus conclusiones siempre muestran también su carácter contingente.
15. Evidentemente, junto a estos acuerdos entre deudor y acreedores se pueden dar otros pero sin trascendencia concursal, de ahí el acierto de la expresión empleada por RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. en el título de su capítulo «El derecho preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.<sup>o</sup> (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.<sup>a</sup> edic., pg. 59.

Este procedimiento se inicia con una declaración judicial a la que se puede llegar únicamente por los tres cauces previstos al efecto (art. 242.1 LC): a) el que resulta de la solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores (expresión que nos hace dudar si contiene una restricción de la legitimación al resto de legitimados para pedir la declaración de concurso necesario)<sup>16</sup> por no haberse alcanzado<sup>17</sup> el pretendido acuerdo extrajudicial de pagos entre deudor y acreedores (que en el específico caso de la no aceptación del plan extrajudicial de pagos presentado por el mediador concursal conlleva, si el deudor fuera insolvente, la necesaria solicitud por el mediador concursal al juez de la declaración de concurso consecutivo, que ha de acordarse de forma inmediata por éste<sup>18</sup> –art. 238.3 LC–); b) el derivado del incumplimiento del plan de pagos acordado (del que nace el deber del mediador concursal de instar el concurso –art. 241.3 LC–); y c) el que es consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial logrado (art. 239.6 LC)<sup>19</sup>. No cabe su declaración de oficio por el juez.

16. Al respecto v. VÁZQUEZ CUETO, J. C., «El presupuesto formal del concurso. El procedimiento de declaración de concurso», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.<sup>o</sup> (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.<sup>a</sup> edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pg. 183; y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La declaración de concurso consecutivo», comunicación presentada al VI Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, celebrado en Valladolid los días 6 a 8 de marzo de 2014, pg. 2, quien mantiene la restricción de la legitimación realizada en este precepto a otros sujetos (como los del art. 3.3. LC) y destaca las diferencias que se dan con lo dispuesto en los arts. 236.4, 238.3 y 242.3 LC en los que sólo se alude al mediador concursal a los efectos de la solicitud de declaración de concurso. Este último autor también plantea la duda de si en estos supuestos es posible o no que el deudor consigne el importe del crédito de quien hubiere instado el concurso en el caso de que éste sea un acreedor.
17. VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», *cit.*, pg. 182) destaca la expresión del legislador *imposibilidad de alcanzar un acuerdo*. Evidentemente se ha de estar, más que a la demostración de la imposibilidad absoluta de lograr el acuerdo, a la consecuencia: el resultado frustrado.  
Tal fracaso, según este autor, puede deberse: a que la mayoría del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo decidiera no continuar las negociaciones nada más recibir la propuesta de plan de pagos del mediador concursal (art. 236.4. LC); a que el plan de pagos no fuera aceptado por la mayoría del pasivo requerida por el art. 238.1 LC en la reunión de acreedores convocada al efecto (art. 238.3 LC); a que no concurriera el quórum mínimo para que la aceptación se produjera; y, con más dudas, a que el deudor y el mediador concursal ni siquiera lleguen a ponerse de acuerdo sobre el contenido de la propuesta de plan de pagos a presentar a los acreedores (art. 236.1 LC). Al respecto también v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», *cit.*, pgs. 4-10.
18. Apunta LÓPEZ SÁNCHEZ (v. «Declaración...», *cit.*, pgs. 2 y 5) que los términos empleados por el legislador hacen pensar en una inmediata declaración de concurso por el juez, sin dar audiencia al deudor. Criterio que contrasta con la regla general del art. 15.2 LC, conforme a la cual en caso de solicitud de concurso por cualquier legitimado distinto del deudor el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor. Así, en el caso de que el juez declarase el concurso consecutivo sin audiencia al deudor sólo cabría la aplicación de lo dispuesto en el art. 15.1, párr. 2.<sup>o</sup>, LC, que remite a los recursos previstos en el art. 20 LC, entre los que se encuentran, en concreto, los que legitiman al deudor que no hubiera solicitado la declaración de concurso y a cualquiera que acredite un interés legítimo (art. 20.3 LC).
19. La legitimación para la impugnación del acuerdo está regulada en el art. 239.1 LC y comprende al acreedor no convocado, al que no hubiera votado a favor y a aquel que

Como se puede deducir de lo apuntado en el párrafo anterior el concurso no tiene un único presupuesto objetivo<sup>20</sup> (la insolvencia actual del deudor), pues en el caso de que el concurso consecutivo tenga su origen en el incumplimiento del plan de pagos acordado en el procedimiento extrajudicial de pagos tramitado se considera *ope legis*.<sup>21</sup> que el deudor se encuentra en estado de insolvencia (art. 241.3 LC) y se le somete a la liquidación de sus bienes (art. 242.2 LC), aunque su insolvencia (o imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, art. 2.2 LC) no fuese en ese momento efectiva sino que siguiese siendo tan sólo inminente. El incumplimiento del plan de pagos acordado se considera una causa legal de insolvencia<sup>22</sup> y conlleva la sanción de la declaración de un concurso liquidatorio del deudor que no pueda cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, aunque su insolvencia no sea definitiva (art. 2.2 LC). Se establece así un presupuesto objetivo especial de concurso consecutivo que se une al presupuesto general de la insolvencia (sólo actual –art. 238.3 LC–, y no actual o inminente –como en el concurso común, art. 2.2 y 3 LC–) establecido para el concurso consecutivo.

Efectivamente, más allá de este caso el presupuesto objetivo del concurso consecutivo lo constituye únicamente la insolvencia actual del deudor. Tanto en el supuesto en que dicho concurso especial tenga por causa la imposibilidad

hubiera manifestado su oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión de acreedores.

Habida cuenta de que la solicitud de anulación ha de ser resuelta mediante sentencia no resulta necesaria la expresa solicitud por los acreedores de la declaración de concurso consecutivo pues ésta es una consecuencia legal que el juez, en su caso, ha de declarar de oficio. En este mismo sentido v. VÁZQUEZ CUETO, «Presupuesto formal...», *cit.*, pg. 183, quien destaca en este caso la llamativa falta de reconocimiento de la legitimación activa del mediador concursal; PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 67; y LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», *cit.*, pg. 15.

20. Sobre la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso, entre otros, v. ROJO, A. «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 167-193; y «Capítulo 92. La declaración judicial de concurso», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. URÍA/MENÉNDEZ, t. II, 2.ª edic., Madrid, 2007, pgs. 913-918; PULGAR, EZQUERRA, J., «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. I, Madrid, 2004, pgs. 101-170; GALLEGO SÁNCHEZ, E., «Artículo 2. Presupuesto objetivo», en *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formularios*, vol. I, Las Rozas, 2005, pgs. 17-40; y VÁZQUEZ CUETO, J. C., v. «Los presupuestos materiales del concurso», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pgs. 141-150.
21. Más que una presunción *iuris et de iure* (un prueba) de la insolvencia lo que aquí se dispone es un supuesto especial de insolvencia, lo que implica el abandono del sistema de supuesto objetivo (único) y el acercamiento a Ordenamientos en los que el supuesto objetivo está compuesto por un elenco de indicaciones. En contra de este criterio y a favor de la idea de presunción *iuris et de iure* v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», *cit.*, pg. 7. Y con la opinión de que se trata de una presunción con carácter *iuris tantum*, susceptible de ser destruida por el propio deudor, v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 68.
22. En este sentido, por todos, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pg. 86; y VÁZQUEZ CUETO, «Presupuestos materiales...», *cit.*, pg. 141.

de alcanzar un acuerdo (bien por no aceptarse el plan de pagos –art. 238.3 LC–, bien porque los acreedores que representasen la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo decidieran no continuar con las negociaciones –art. 236.4 LC–, bien por cualquier otra razón, como la falta de quórum mínimo para que la aceptación tuviera lugar<sup>23</sup>); como en el que su causa sea la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado –art. 239.6 LC–, debe darse la insolvencia efectiva del deudor para que se declare el concurso consecutivo, sin que quepa su declaración en supuestos de mera insolvencia inminente, como se puede deducir de lo expresado en el artículo 238.3 de la Ley Concursal (*el deudor continuara incurrido en insolvencia*). Por lo que si el expediente para lograr el acuerdo extrajudicial de pagos se iniciara en un momento anterior a la insolvencia en el que el deudor prevea que no va a poder cumplir regularmente con sus obligaciones, supuesto aplicable a los empresarios personas físicas (art. 231.1 LC) pero no a los empresarios personas jurídicas (art. 231.2 LC), una vez frustrado el intento de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos o anulado éste el deudor no está obligado a solicitar la declaración del concurso consecutivo si no se halla en estado de insolvencia, ni los acreedores pueden hacerlo.

Resulta especialmente destacable la novedosa legitimación activa del mediador concursal para la solicitud de concurso<sup>24</sup> (que siempre tendrá carácter necesario<sup>25</sup>), y su configuración como un deber (y no como una facultad) cuyo cumplimiento ha de ser inmediato. Celeridad en la actuación que se requiere expresamente por el legislador cuando los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo decidieran no continuar las negociaciones (art. 236.4 LC) y cuando el plan de pagos no fuera aceptado (art. 238.3 LC), pero no en el caso en que la solicitud sea debida al incumplimiento del plan de pagos acordado (art. 241.3 LC), aunque ésta también se deduce de la finalidad misma del régimen jurídico

23. VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», *cit.*, pg. 182) alude a este último supuesto como uno de los posibles no expresados en la Ley Concursal.
24. Al respecto, entre otros, v. VÁZQUEZ CUETO, «Presupuesto formal...», *cit.*, pgs. 182-184, quien hace un estudio de los diferentes supuestos contemplados por la Ley Concursal, tras la reforma introducida por la Ley 13/2014, de 27 de septiembre.
25. En este mismo sentido v. el apartado I.13.º, que expresa una opinión unánime, de las «Conclusiones alcanzadas en la reunión de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid, celebrada el 11 de octubre de 2013, sobre los criterios de aplicación de la reforma de la Ley de apoyo a emprendedores, sobre cuestiones concursales», publicadas, entre otros lugares, en *ADCo*, n.º 31, enero-abril 2014, pgs. 737-757 y disponible en [www.economistas.org/.../AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendoresJuecesMadoct2013.pdf](http://www.economistas.org/.../AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendoresJuecesMadoct2013.pdf). En el mismo sentido, entre otros, v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 67.
- Por su parte VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», *cit.*, pg. 183) afirma que la solicitud del mediador concursal está configurada por la Ley con unos rasgos que generan incertidumbre, hasta tal punto que su solicitud difícilmente puede encuadrarse entre la tradicional clasificación del concurso como voluntario o necesario del art. 22 LC, ni tampoco permite afirmar con un mínimo de seguridad que se trata de una tercera vía.

del concurso consecutivo<sup>26</sup>. De manera que, el incumplimiento del deber en sí y de su desempeño con prontitud puede determinar la responsabilidad del administrador concursal, aunque no exista ninguna norma especial que regule tal consecuencia<sup>27</sup>. Por lo demás, debe advertirse que la solicitud de concurso consecutivo del mediador concursal está condicionada, salvo en el supuesto ya del incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos en que el propio incumplimiento es considerado presupuesto objetivo del concurso consecutivo (art. 241.3 LC), a la presencia de la situación de insolvencia efectiva del deudor, por lo que si excepcionalmente éste ya no continuara incurso en insolvencia o no se hubiera materializado la previsión de la inminente insolvencia (o incluso hecha efectiva ésta no persistiera) el mediador concursal no debe presentar tal solicitud<sup>28</sup>, por faltar el necesario presupuesto objetivo, ni tampoco está obligado a hacerlo el deudor (como implícitamente resulta de lo dispuesto en el reformado artículo 5 bis.5 de la Ley Concursal)<sup>29</sup>. Deudor que si lo estará, tras el incumplimiento del plan de pagos acordado, de conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 LC), si esta declaración no ha sido previamente solicitada por el mediador concursal o por los acreedores<sup>30</sup>, si bien en todos los casos el concurso será considerado consecutivo.

Por otra parte, en los nuevos artículos de la Ley Concursal sólo se determina de modo expreso que el juez acordará de forma inmediata la declaración de concurso en el caso de falta de aceptación del plan de pagos cuando el

26. Apunta VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», cit., pg. 183) que la perentoriedad con que se exige del mediador concursal la solicitud de concurso hará en muchos casos inútil el esfuerzo del deudor por adelantarse para pedir el concurso voluntario (o el de los acreedores, lo cuales se hallan sometidos a la espera del art. 15.3 LC, que se remite al art. 5 bis LC –modificado por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo–).
27. En el mismo sentido v. VÁZQUEZ CUETO, «Presupuesto formal...», cit., pg. 183.
28. A este respecto VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», cit., pg. 184) afirma que si el mediador concursal advierte (y es de suponer acredite, aunque no se sabe cómo, cuándo ni ante quién) que la situación de insolvencia ha remitido podrá verse relevado de su deber y no presentar la solicitud. En esta misma línea v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», cit., pg. 3.
29. Pues en tal supuesto el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso en el plazo de un mes (art. 5 bis. 5 LC, reformado por Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo) queda condicionada a que previamente no hubiera sido solicitada por el mediador concursal o a la circunstancia de que no se encontrara en estado de insolvencia. En este sentido v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», cit., pgs. 3-4. Por su parte VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», cit., pgs. 161 y 164) destaca que el deudor que haya comunicado al juzgado competente el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (nuevo art. 5 bis.5 –renumerado y modificado por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial– y 15.3 LC) no está obligado a esperar el trascurso del plazo de tres meses para solicitar la declaración de concurso consecutivo. También v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 67.
30. Al respecto v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», cit., pgs. 10-11, quien afirma que el deber de instar su propio concurso renace con el incumplimiento del plan de pagos acordado extrajudicialmente, para luego estudiar la aplicabilidad a tales casos de la presunción de dolo del art. 165.1 LC.

deudor fuera insolvente (art. 238.3 LC), lo que hace dudar sobre si esta consecuencia se podría ampliar a los demás supuestos contemplados en el artículo 242.1 de la Ley Concursal (como son los demás casos de imposibilidad de alcanzar el acuerdo, como aquellos en los que los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo decidieran no continuar las negociaciones –art. 236.4 LC–; y los de anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado –art. 239.6 LC–). Al respecto, de un lado, ya hemos apuntado que el incumplimiento del plan de pagos es considerado *ope legis* como un supuesto de insolvencia del deudor (art. 241.3 LC) lo que obliga al mediador concursal, apreciado el incumplimiento, a instar el concurso, y hace inevitable la automática declaración del concurso consecutivo por el juez (es un presupuesto objetivo especial del concurso consecutivo)<sup>31</sup>, sin que se haya previsto la posibilidad de abrir un proceso contradictorio que permitiese a los interesados demostrar que no hubo un incumplimiento del plan de pagos<sup>32</sup>. Y, de otro lado, que el concurso consecuente a la anulación

31. LÓPEZ SÁNCHEZ (v. «Declaración...», cit., pgs. 7-9) considera que se ha de rechazar el fraude de ley que podría suponer admitir la constatación de la solvencia sobrevenida derivada de la ejecución parcial del plan de pagos (cuando sólo falte realizar alguno de los últimos pagos) como argumento para rechazar la declaración de concurso consecutivo en caso de incumplimiento del acuerdo, y afirma que el deudor sí puede discutir la realidad del hecho indicio (el incumplimiento) del que se deriva el hecho presunto (la insolvencia) para lo cual propugna la aplicación por analogía de lo dispuesto en el art. 140 LC, lo que determinaría la decisión de esta controversia mediante el cauce del incidente concursal. Sin embargo, si se considera, como es nuestra opinión, que el incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos no como una presunción sino como un presupuesto objetivo del concurso consecutivo ya no se podría dar el fraude apuntado pues la insolvencia no sería su presupuesto objetivo y resultaría indiferente que se demostrase la solvencia actual del deudor, pues todo deudor que hubiera incumplido el acuerdo estaría incurso en concurso consecutivo.
32. Ante la falta de previsión legal y las exigencias de que la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos parta necesariamente del deudor, quien implícitamente reconoce su insolvencia (actual o inminente), VÁZQUEZ CUETO (v. «Presupuesto formal...», cit., pg. 184) apunta que el notario o registrador mercantil designado encargado de recibir tal solicitud debe verificar la situación de insolvencia para admitir su solicitud y dar al procedimiento el curso establecido legalmente (art. 232.3 LC), e interpreta que el legislador en este caso presume suficientemente demostrada la insolvencia y directamente lleva al juez a la declaración de concurso; de tal suerte que, a lo sumo, sólo cuando, de manera excepcional, el mediador concursal advierta (y, es de suponer, acredite, aunque no se sabe exactamente cómo, cuándo y ante quién) que la situación de insolvencia ha remitido (como se deduce del art. 238.3. LC) podrá verse relevado de su deber y no tendría que presentar la solicitud. Con el mismo criterio v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», cit., pgs. 4, 6-10, quien destaca al respecto la labor de apoyo a la justicia desarrollada por el mediador concursal, la cual le permite conocer la situación patrimonial del deudor y, en concreto, si se ha producido algún hecho que le haya permitido superar la situación de insolvencia que determinó la iniciación del expediente. De manera que, si no se ha producido basta la acreditación de la falta de aceptación del plan de pagos o del incumplimiento del acuerdo (sobre este caso v. nuestra crítica, *supra*, en la nota anterior) para entender que el deudor continúa incurso en la insolvencia que reconoció al instar el expediente del acuerdo extrajudicial. Si por el contrario, el mediador concursal tuviera conocimiento

del acuerdo extrajudicial de pagos sea considerado por lo dispuesto en el artículo 242.1, párrafo segundo, de la Ley Concursal un concurso consecutivo no implica que toda anulación de un acuerdo extrajudicial de pagos deba conllevar necesariamente la declaración de concurso consecutivo, pues el juez puede apreciar que en ese momento falta el presupuesto objetivo de la insolvencia (actual), lo cual será en la práctica algo excepcional pero posible. Es más, en todo caso, el juez siempre puede, con ocasión de la solicitud por un legitimado (deudor, mediador concursal o acreedor) de la declaración del concurso consecutivo, revisar el cumplimiento de los presupuestos de tal concurso<sup>33</sup>.

Por lo demás, aunque en los nuevos preceptos no se diga expresamente, de lo dispuesto con carácter general en la Ley Concursal resulta que la declaración del concurso consecutivo corresponderá al juez de lo mercantil en cuyo territorio el deudor tenga el centro de sus intereses principales (que en el caso de una persona jurídica se presume que es el lugar de su domicilio social, artículo 10 de la Ley concursal)<sup>34</sup> y que adoptará la forma de auto (art. 21 LC). El domicilio del deudor es también el dato que determina la competencia del registrador mercantil o el notario al que se haya solicitado la designación de mediador concursal con el que se inicia el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos entre el deudor y sus acreedores (art. 231 LC).

### III. EL EFECTO DE LA NECESARIA Y SIMULTÁNEA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

En el nuevo artículo 242.2 de la Ley Concursal se establece que el efecto necesario de la declaración de concurso consecutivo es la simultánea apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores del deudor en cuestión, siempre y cuando no se diera el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis. de la propia Ley Concursal. Fase de liquidación que ha de regirse por lo dispuesto en el Título V de la Ley Concursal, régimen al que se añaden cinco especialidades nuevas en el artículo 242.2 de la Ley Concursal (junto a las derivadas de la tramitación de esta fase como única), además de otra en el artículo 237.1 de la Ley Concursal.

Así, el fracaso de la solución convenida de la insolvencia del deudor procurada por medio de la nueva figura del acuerdo extrajudicial de pagos lleva a una declaración judicial de concurso en el cual ya no cabe otra terminación

de que tal situación de insolvencia ha sido superada no deberá solicitar la declaración de concurso consecutivo.

33. En este mismo sentido v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 8, quien apunta que tal rechazo puede estar fundado en la naturaleza del concurso, en la legitimación para instarlo, en la no concurrencia del presupuesto objetivo, en la calificación de algunos créditos o en el plazo de rescisión concursal.
34. Sobre la competencia territorial, por todos, v. VIRGÓS, M./GARCIMARTÍN, F., «Artículo 10. Competencia internacional y territorial», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 342-343; y VÁZQUEZ CUETO, «Presupuesto formal...», *cit.*, pg. 158.

que la liquidación de los bienes del concursado, pues el legislador niega toda posibilidad a que el deudor llegue a un convenio con sus acreedores en el seno del concurso consecutivo, al afirmarse categóricamente que en el concurso consecutivo se abrirá *necesaria y simultáneamente la fase de liquidación*<sup>35</sup>.

Podría pensarse que la no consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos entre deudor y acreedores necesariamente vaticina la frustración de todo intento de convenio concursal por lo que resulta oportuno reducir gastos inútiles<sup>36</sup>. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el acuerdo extrajudicial y el convenio judicial parten de requisitos distintos<sup>37</sup> y que las partes del convenio no tienen por qué ser en todo caso las mismas que las del acuerdo extrajudicial de pagos, resulta aventurado afirmar de modo categórico que siempre se produciría ese resultado negativo. Y es que ha de recordarse que el acuerdo extrajudicial de pagos se negocia sobre la base de la información contenida en la solicitud del deudor (entre la que se incluye, en el caso de que el deudor estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios, artículo 232.2 de la Ley Concursal)<sup>38</sup> relativa a su activo (efectivo, activos líquidos de que dispone, bienes y derechos de los que sea titular e ingresos regulares previstos) y a su pasivo (lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, entre los que se comprenden los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público, relación de contratos vigentes y relación de gastos mensuales previstos)<sup>39</sup>, sin que al mediador concursal deba (como al administrador concursal), y esto sería lo deseable, formular un inventario de bienes en el que se efectúen las necesarias incorporaciones y separaciones y una lista de acreedores oportunamente depurada y graduada, susceptibles de ser impugnados ante el juez del concurso (art. 96 LC)<sup>40</sup>. Por lo que si, en pos de un posible convenio,

35. Lo que lleva a su calificación como *concurso liquidatorio*. En este mismo sentido v. LÓPEZ SÁNCHEZ, «Declaración...», *cit.*, pg. 2.
36. En este sentido v. GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pg. 59.
37. V. GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pg. 59, quien considera una contradicción que el acuerdo extrajudicial esté rodeado de requisitos más estrictos que el judicial.
38. En general sobre el contenido y la presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, entre otros, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», pgs. 68-69. También v. GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 25-26, quien vincula esta reducción de documentos a adjuntar por el deudor al deseo del legislador de reducir los costes temporales asociados a todo procedimiento judicial; y CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 2, el cual considera que el deudor tiene la obligación de incluir en su lista a todos los acreedores, pues todos pueden estar afectados (debiéndose incluir también las deudas personales).
39. Al respecto v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pgs. 75-76, quien manifiesta su sorpresa por la falta de previsión de que el mediador pueda añadir los créditos que le consten tras el análisis del conjunto documental presentado por el deudor con su solicitud, a pesar de que olvidara incluirlos en la lista de acreedores, como para este autor sería lo oportuno.
40. Al contrario, la Ley 14/2013 no contiene ninguna norma que disponga la posibilidad de los acreedores de impugnar la inclusión o exclusión de créditos, o su cuantía, vencimiento, etc. en la lista formada para decidir sobre el plan de pagos propuesto, más allá de las que permiten la impugnación del acuerdo alcanzado (art. 239 LC), cuyo éxito está condicionado a la superación de la denominada *prueba de resistencia* que lleva al

se aplicasen las normas concursales previstas para la determinación de las masas activa y pasiva en ciertos casos estas masas podrían variar hasta el punto de que hubiera sido factible lograr, en algunas contadas ocasiones, la aprobación de un convenio entre deudor y acreedores no conseguido por la vía extrajudicial, solución que ahora se impide.

La negación de la posibilidad del convenio judicial en el concurso consecutivo y la obligatoriedad de la apertura de la solución liquidatoria, constituye para el deudor toda una sanción (liquidación-sanción) de consecuencias imprevisibles que, en muchos casos, puede resultar un desincentivo determinante en la elección por el deudor de la nueva manera alternativa de resolver su insolvencia por medio del procedimiento legal de acuerdo extrajudicial de pagos<sup>41</sup>, habida cuenta de su condición de procedimiento sin retorno posible más allá del desistimiento del deudor<sup>42</sup>. Y ello no sólo por el carácter definitivo del camino de la liquidación sino también muy especialmente por los efectos vinculados a ésta respecto al deudor<sup>43</sup>: implica la suspensión para el deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145.1

mantenimiento del acuerdo si tenida en cuenta la variación pretendida la mayoría requerida para su adopción se sigue logrando. Al respecto v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», cit., pgs. 75-76 y 82-83, quien critica este planteamiento pues un reconocimiento arbitrario y/o insuficiente de los créditos puede tener como consecuencias tanto en cuanto al propio acuerdo (pues, v. gr., las intervenciones en la reunión podrían haber sido decisivas para alterar el sentido del voto de otros acreedores) como, acaso, con posterioridad en el eventual concurso consecutivo.

41. En este sentido, entre otros, v. PULGAR EZQUERRA, «Ley de emprendedores...», cit., pg. 5; y «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 62; MIRANDA SERRANO, «¿Qué hay...?», cit., pg. 10; y SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 65.
42. Al respecto apunta RODRÍGUEZ DE QUIÑONES (v. «Derecho preconcursal...», cit., pg. 86) que tal desistimiento, dada la disponibilidad del trámite, es admisible en cualquier momento, aunque la Ley Concursal no lo reconozca expresamente, si bien no evitará el concurso consecutivo si se dan los presupuestos para ello. En el mismo sentido v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», cit., pg. 5, quien considera que no debe haber inconveniente a tal desistimiento sin instar su propio concurso voluntario cuando aún no se haya producido la aceptación del nombramiento del mediador concursal (pues, claro está, el expediente se habrá acabado), pero no cabría si el mediador concursal hubiese instado el concurso consecutivo, a lo que está obligado tan pronto como constata la imposibilidad de alcanzarse el acuerdo extrajudicial perseguido (art. 238.3 LC).
43. Entre otros v. BELTRÁN, E./MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Artículo 145. Efectos sobre el concursado», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. II, Madrid, 2004, pgs. 2337-2348; BELTRÁN, E., «Capítulo 98. La liquidación», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. URÍA/MENÉNDEZ, t. II, 2.ª edic., Madrid, 2007, pgs. 1081-1087; SACRISTÁN REPRESA, M., «Sección 2.ª. De los efectos de la liquidación», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. II, Madrid, 2004, pgs. 1312-1321; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «La liquidación», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pgs. 484-489; y «Derecho Concursal», en *Lecciones de Derecho Mercantil*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 16.ª edic., Madrid, 2013, pgs. 769-770; y MARTÍNEZ FLÓREZ, A., voz «Efectos de la apertura de la liquidación», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pgs. 1203-1212.

LC)<sup>44</sup>, lo que conlleva una mayor limitación de su capacidad respecto a la alternativa situación de intervención; produce la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuera imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado, su cónyuge (o pareja de hecho inscrita con voluntad inequívoca de formar un patrimonio común, artículos 47.1 y 25.3 de la Ley Concursal) y descendientes bajo su patria potestad (art. 145.2 LC); determina incapacidad para ser tutor, curador o defensor judicial de menores o incapacitados (arts. 244.5.º, 291 y 301 CC y disp. adic. primera, 3.ª LC); es causa de disolución de la sociedad de gananciales y de extinción del régimen de participación en ganancias que pudieran regir la economía del matrimonio del deudor (arts. 1393.1.º y 1415 CC; y disp. adic. primera, 2.ª LC); y supone la necesaria formación de la sección de calificación (art. 167.1 LC), que de concluir con una sentencia que declare el concurso como culpable tendrá severas consecuencias para las personas afectadas por tal calificación y sus cómplices (art. 172.2 LC). A lo que hay que unir los efectos especiales que la apertura de la fase de liquidación tiene sobre los créditos, pues a los que produce sobre ellos la declaración de concurso (arts. 49 a 60 LC) se añaden el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones (art. 146 LC).

Por lo demás, la apuntada negación de la vía del convenio judicial en el concurso consecutivo contrasta con la posibilidad de alcanzar un convenio en el caso del concurso abierto tras el fracaso del procedimiento precontractual alternativo, el acuerdo de refinanciación (arts. 5 bis, 71 bis y disp. adic. cuarta LC)<sup>45</sup>, que refuerza la idea de sanción al deudor que opte por el acuerdo extrajudicial de pagos.

Por último, hemos de apuntar no es éste el único supuesto en la Ley Concursal en el que la fase de liquidación puede constituirse en única, pues esta posibilidad ya se contemplaba para el procedimiento abreviado tras la reforma de la Ley Concursal introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Efectivamente, también en el caso de que el deudor solicite la liquidación en su solicitud de declaración de concurso con la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 190.3 de la Ley Concursal, conforme se dispone en el nuevo artículo 191 ter.1, el concurso se tramitará en una única fase, la de liquidación, que se abrirá de inmediato por el juez. En este caso y en el del concurso consecutivo el administrador concursal deberá realizar tareas propias de la fase común en la de liquidación, como son, entre otras, la elaboración del inventario y de la lista de acreedores y la redacción de su informe<sup>46</sup>.

44. En este sentido, por todos, v. VÁZQUEZ CUETO, «Presupuesto formal...», cit., pg. 184.
45. Sobre los acuerdos de refinanciación, entre otros, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», cit., pgs. 86-95. Materia que, por lo demás, ha sufrido una importante reforma con el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.
46. Respecto a estos dos casos en que la fase de liquidación puede constituirse en única, entre otros, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «El Derecho concursal y la caracterización del procedimiento concursal», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pg. 38, quien, en concreto, además afirma oportunamente que la



#### IV. ESPECIALIDADES EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN

##### 1. DESIGNACIÓN DEL MEDIADOR CONCURSAL COMO ADMINISTRADOR CONCURSAL Y SU REMUNERACIÓN

###### 1.1. Designación del mediador concursal como administrador concursal

En el nuevo artículo 242.2.1.<sup>a</sup> de la Ley Concursal se prevé que *salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal*. Norma que es una de las determinaciones legales en esta materia que más debate ha suscitado.

Al respecto ha de apuntarse que no se ha producido cambio alguno en relación con los requisitos subjetivos necesarios para poder ejercer dicha función, ya que a quien había actuado como mediador concursal<sup>47</sup> también se le exige reunir alguna de las condiciones subjetivas indicadas en el artículo 27.1 de la Ley Concursal para el administrador concursal (ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia en la abogacía y acreditación de formación especializada en Derecho concursal; ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal; o ser una persona jurídica en la que se integre al menos un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal)<sup>48</sup>.

realización por el administrador concursal de operaciones propias de la fase común fuera de ésta, en paralelo al plan de liquidación y a las propias operaciones de liquidación, a buen seguro, generará importantes dificultades prácticas y un buen número de errores y disfunciones a la hora de abordar las operaciones de liquidación.

47. En general, sobre el estatuto jurídico del mediador concursal, entre otros, v. SANJUÁN Y MUÑOZ, «Naturaleza jurídica...», *cit.*, pgs. 19-22; RODRÍGUEZ DE QUINONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pgs. 69 y 72-75; PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pgs. 59-61; AGÜERO ORTIZ, «Mediador concursal...», *cit.*, pgs. 276-279; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «Mediación mercantil...», *cit.*, pg. 13; GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 24-25; CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pgs. 1-2; y SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», *cit.*, pg. 58.
48. Conforme a la Recomendación 115 de la Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de la Insolvencia, las legislaciones deberían prever las cualificaciones y cualidades requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia (administrador concursal), incluidas integridad, independencia, imparcialidad; así como conocimientos necesarios del Derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos empresariales y comerciales; y también se habría de especificar en ellas los motivos de exclusión de un candidato propuesto para tal cargo.
- Sobre las condiciones legalmente establecidas para el acceso a la función de administrador concursal, entre otros, v. BELTRÁN, E., «Capítulo 93. La administración concursal», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. URÍA/MENÉNDEZ, t. II, 2.<sup>a</sup> edic., Madrid, 2007, pgs. 933-951; TAPIA HERMIDA, A. J., «Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, t. I, Valladolid, 2004, pgs. 565-583; GALLEGU SÁNCHEZ, E., «La administración concursal», en *Estudios Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pgs. 1323-1337; «Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales», en *Ley concursal. Comentarios, jurisprudencia y formula-*

Además el mediador concursal previamente debió haber demostrado que atesoraba las condiciones exigidas por el artículo 11 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre), aunque sus nuevas funciones exceden de las que legalmente se encomiendan a los mediadores (art. 13 de la Ley 5/2012)<sup>49</sup>. Conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2 de la Ley 5/2012 el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, la cual se ha de adquirir mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Y debe advertirse la insuficiencia de la referencia contenida en el nuevo artículo 233.1 de la Ley Concursal únicamente al artículo 27.1, pues sin duda han de resultar aplicables otros preceptos contenidos en la Ley Concursal relativos al nombramiento del administrador concursal, como v. gr. los que configuran su régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones (art. 28 LC)<sup>50</sup> o a la aceptación (artículo 29 de la Ley Concursal, si bien la manera en que ésta se ha de producir queda regulada por el 344 del Reglamento del Registro Mercantil, relativo a los expertos independientes, por la remisión realizada en el artículo 233.1, párrafo tercero, de la Ley Concursal)<sup>51</sup>.

rios, vol. I, Las Rozas, 2005, pgs. 335-354; TIRADO, I. «Artículo 27. Del nombramiento de los administradores concursales», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 570-590, y *Los administradores concursales*, Cizur Menor, 2005, pgs. 369-472; PORFIRIO CARPIO, L., *El acceso a la administración concursal (examen del artículo 27 de la Ley Concursal)*, Valencia, 2005, pgs. 59-93 y 115-128; NÚÑEZ LOZANO, P. L., «Consideraciones sobre la profesionalidad de la administración concursal», en *Estudios de Derecho concursal*, coord. PEINADO/VALENZUELA, Madrid-Barcelona, 2006, pgs. 117-125; RODRÍGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES, A., «Los órganos del concurso», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.<sup>o</sup> (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.<sup>a</sup> edic., pgs. 107-109; y JUAN Y MATEU, F., voz «Administración concursal. Nombramiento y cese», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pgs. 205-217.

Con carácter especial, sobre la actuación del administrador durante la fase de liquidación, entre otros, v. HUALDE LÓPEZ, I., *Régimen jurídico de la administración en la fase de liquidación del concurso*, Cizur Menor, 2009.

49. Al respecto v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 61.
50. RODRÍGUEZ DE QUINONES (v. «Derecho preconcursal...», *cit.*, pg. 73) considera que, frente al régimen de incompatibilidades regulado para los expertos independientes (art. 341 RRM) a cuya regulación reenvía el nuevo art. 233.1, párr. 3.<sup>o</sup> LC, resulta preferible aplicar el régimen previsto para los administradores concursales (art. 28 LC).
51. De lo dispuesto en el art. 233.2 LC se presupone que el mediador concursal debe aceptar su nombramiento, como así se le exige expresamente al administrador concursal en el art. 29.1 LC. Si bien nada se dice expresamente en la Ley Concursal, todo indica que el mediador concursal que pase a ser administrador concursal ha de aceptar el cargo expresamente, pues así lo han de hacer los administradores concursales (quienes al comparecer en el juzgado para aceptar o rechazar el encargo han de acreditar, en caso de aceptación, que tienen suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente), sin que se entienda dicha aceptación implícita en su condición misma de mediador concursal y en su conversión *ex lege* en administrador concursal. En este mismo sentido v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 68, quien

Por otra parte, se han apuntado, entre otros argumentos críticos y acertados, dos. De un lado, que la posibilidad de que el mediador asuma posteriormente la función de administrador concursal puede afectar a su inicial labor, habida cuenta de que el deudor tendrá en consideración que lo que por él manifieste y actúe en la fase extrajudicial puede perjudicarle en la del concurso consecutivo (lo que puede, v. gr., llevar al deudor a ocultar actos al mediador concursal por el temor de su rescisión futura) si no se da la necesaria confidencialidad (que constituye un deber exigible a todo mediador, ex. artículo 9.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio), lo que puede llevar a que tanto las negociaciones habidas como el acuerdo que se alcance no estén fundados en la situación real del deudor<sup>52</sup>.

Y, de otro, que, sin poner en duda la profesionalidad de quienes pudieran ser nombrados mediadores concursales, no parece técnicamente adecuado que una de las posibles consecuencias del fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos sea que el mediador, en algún supuesto, pudiera salir beneficiado con su nombramiento como administrador concursal. Cualquier sospecha de que el mediador concursal pudiera estar interesado en el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos debería haber sido eliminada, por mucho que esta posibilidad se vea muy reducida por la previsión legal de que el administrador concursal ordinariamente no pueda percibir más retribución que la fijada en el expediente de arreglo extrajudicial<sup>53</sup>.

además apunta que la invocación por el mediador concursal, como argumento para no aceptar su nombramiento como administrador concursal, del conflicto que le generaría en el desempeño del nuevo cargo su deber de confidencialidad propio del anterior no ha de juzgarse como una justa causa (que impida la aplicación de la sanción 29.2 LC), pues está implícita en su previa condición de mediador.

52. Sobre el deber de confidencialidad impuesto por el art. 9.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, a los mediadores y la posterior actuación de esa misma persona como administrador concursal y, en concreto, sobre el conocimiento de hechos durante la mediación que den lugar a la calificación del concurso y a acciones de reintegración, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid reparan (v. sus «Conclusiones...», cit., apartado 1.8.º, que expresa una opinión unánime) que dicho deber de confidencialidad puede excepcionarse por un escrito de las partes a favor del mediador [art. 9.2.a) de la Ley 5/2012] (es más, juzgan que ello puede constituir una buena práctica para los mediadores) y hasta podría considerarse que en los nuevos preceptos de la Ley Concursal se contiene una exoneración legal implícita del deber de confidencialidad cuando el mediador asuma posteriormente la condición de administrador concursal, aunque no en otros aspectos [y citan en su apoyo el art. 7.2.b) de la Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre *Ciertos Aspectos de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*].

Sobre la conculcación de los deberes de imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y sus efectos en el concurso consecutivo, entre otros, v. SANJUÁN Y MUÑOZ, «Naturaleza jurídica...», cit., pg. 21; PULGAR EZQUERRA, «Refinanciaciones...», cit., pg. 1152; «Ley de emprendedores...», cit., pgs. 4-5; y «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 60; RODRÍGUEZ DE QUINONES, «Derecho preconcursal...», cit., pg. 74; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, «Mediación mercantil...», cit., pg. 13; AGÜERO ORTIZ, «Mediador concursal...», cit., pg. 286; GALLEGU, «Mediación...», cit., pgs. 18 y 32-35; y SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 58.

53. V. lo que se apuntará, *infra*, en el subapartado siguiente.

Seguramente, la intención del legislador al establecer la regla general del nombramiento del mediador concursal como administrador concursal del concurso consecutivo era aprovechar el conocimiento que del asunto tiene este profesional, para con ello agilizar el desenlace final y abaratar los costes del procedimiento. Loables deseos que chocan con los inconvenientes antes advertidos.

La designación judicial del mediador concursal (a quien se califica como *un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia*<sup>54</sup>, aunque ello no implica necesariamente que lo sea para la liquidación) como administrador concursal constituye, por lo demás, sólo el criterio general en materia de nombramiento, el cual es susceptible de no ser seguido por el juez si éste aprecia una *justa causa*. (art. 242.2.1.ª LC). Designio del legislador que lleva a que los supuestos de nombramiento de una persona distinta del mediador concursal como administrador concursal hayan de ser reputados excepcionales.

La consideración de que se da tal justa causa queda al arbitrio del juez, sin que se haya establecido una acción especial para recurrir su decisión distinta a la prevista en el artículo 39 de la Ley Concursal, relativo a los recursos contra las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados. Así, el auto en el que se designe un administrador concursal distinto del previo mediador concursal podrá ser recurrido ante el propio juez del concurso por medio de un recurso de reposición (arts. 451 a 454 LEC) y, contra el auto que lo resuelva, podrá interponerse el de apelación que no tendrá efecto suspensivo (arts. 455 a 467 LEC). Estarán legitimados para recurrir tanto el deudor como quienes acrediten interés legítimo (entre los que se encuentra el previo mediador concursal).

Subsiste la duda de si el administrador concursal que antes fue mediador concursal debe figurar en la lista de profesionales o personas jurídicas que hayan manifestado su disponibilidad para ser nombrados administradores concursales existente en los decanatos de los juzgados competentes (art. 27.3 LC) o bastará con que figure como mediador concursal 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, con base en los inscritos en la sección segunda de dicho Registro a efectos de poder ser designados en los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (nuevo art. 233.1 LC y art. 18.1 R. D. 980/2013, de 13 de diciembre). Aunque en muchos casos un mismo profesional o persona jurídica figurará en ambas listas puede darse algún supuesto en que el designado como mediador concursal no figure en la lista de aspirantes a administradores concursales<sup>55</sup>. En tales ocasiones razonablemente podría espe-

54. V. la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, II, párr. 18.

55. En contra v. ORTIZ HERNÁNDEZ, A., «Concurso de acreedores de persona física y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», *Diario La Ley*, n.º 8172, 17 de octubre de 2013, D-353, pg. 1720, quien afirma que en el mediador debe concurrir la doble condición de mediador (según la Ley 5/2012, de 6 de julio, de *mediación en asuntos civiles y mercantiles*) y estar inscrito en la lista de administradores concursales.

rarse que los funcionarios que deban nombrar al mediator concursal (los registradores mercantiles y los notarios) se inclinasen preferentemente por la designación como mediator concursal de aquella persona física o jurídica que además de reunir los requisitos legales exigidos para ser mediator concursal cumplieran con los reclamados para su nombramiento como administrador concursal. Sin embargo, no cabe tal posibilidad ya que el sistema de designación de los mediadores concursales no ofrece ninguna discrecionalidad a registradores mercantiles o notarios en la elección de mediadores concursales, pues se les impone la solicitud de los datos del mediator que de forma secuencial corresponda (art. 19.3 R. D. 980/2013, de 13 de diciembre), de modo que han de nombrar a quien se les asigne, salvo que excepcionalmente advierta que no reúne los requisitos legalmente establecidos para el desempeño del cargo (si bien no se ha dispuesto ningún cauce específico para tal rechazo)<sup>56</sup>.

Efectivamente el nombramiento del mediator es competencia del registrador mercantil (si el deudor es un empresario o una entidad inscribible) o del notario (si el deudor es una persona física no empresario) correspondiente al domicilio del deudor (art. 232.2 LC)<sup>57</sup>, pero para ello han de solicitar de la Agencia del Boletín Oficial del Estado los datos del mediator concursal asignado. La cual seguirá para tal designación el orden secuencial de la lista oficial, en principio de la provincia expresada por el solicitante y si no hubiere en ella candidatos en las de las provincias limítrofes (art. 19.3 R. D. 980/2013, de 13

56. Al respecto, entre otros, v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 5.

57. En el art. 233.1 LC se estatuye que en lo no previsto en esta Ley, en cuanto al mediator concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes. La regulación de la designación de expertos independientes por el registrador mercantil se contiene en los arts. 338 y ss. RRM. Concretamente, en el art. 342 RRM se disciplina la recusación del experto, en un procedimiento que se sigue ante el registrador, contra cuya resolución puede elevarse un recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), cuya resolución expresa o presunta puede ser recurrida ante el juez de lo mercantil competente (que es el órgano del orden jurisdiccional civil especializado en materia concursal) siendo de aplicación a este último recurso las normas del juicio verbal (v. disp. adic. vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, y art. 328 LH). Sin embargo la aplicación del régimen de recursos expuesto al nombramiento del mediator concursal por un notario plantea más dudas, pues si bien parece que debiera llevar a la posibilidad de la recusación del así designado ante el propio notario y a lo resuelto por él ser recurrido ante la DGRN (v. lo apuntado, *infra*, en la nota 79), otra opción sería que la recusación se sustanciase ante el registrador mercantil competente. Solución ésta que nos parece más difícil de mantener ya que llevaría a la aplicación por analogía de un régimen de recursos ante el registrador mercantil de lo resuelto por el notario que, para disipar dudas sobre su empleo, debería haber sido expresamente dispuesto, pues existe un salto cualitativo del tradicional control de legalidad realizado por los registradores mercantiles de los documentos inscribibles (calificación del registrador, art. 58 RRM), susceptible de recurso gubernativo (arts. 66 a 76 RRM), a la conversión de éstos en órganos administrativos de apelación de lo resuelto por los notarios.

En particular, sobre los supuestos difusos de determinación de la competencia objetiva entre notarios y registradores, v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 3.

de diciembre). Lista que se ordenará estrictamente por orden cronológico de recepción por parte de la Agencia del Boletín Oficial del Estado de las correspondientes comunicaciones del Registro de los datos de los mediadores concursales (art. 19.2 R. D. 980/2013, de 13 de diciembre), una vez comprobados por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia el cumplimiento por los solicitantes de los requisitos legalmente exigidos para ello (art. 19.1 R. D. 980/2013, de 13 de diciembre; art. 233.1, párr. 2.º, LC y art. 11.2 de la Ley 5/2012).

El régimen expuesto contrasta con el previsto para el nombramiento del administrador concursal en el que se concede discrecionalidad al juez del concurso<sup>58</sup>, si bien en tal caso la Ley impone a éste la designación entre los incluidos en las listas<sup>59</sup> y dispone que el juez ha de procurar una distribución equitativa de designaciones entre los comprendidos en las listas que existan, aunque también se establecen pautas para separarse de esa distribución equitativa (art. 27.4 LC)<sup>60</sup>. Así, para el nombramiento del administrador concursal del concurso consecutivo, la Ley se inclina por la designación del mediator concursal como administrador concursal, salvo los casos de justa causa (lo que ha de llevar a la necesaria motivación por parte del juez de su decisión excepcional), como sería el supuesto de que el mediator concursal no figurase en las listas existentes a efectos del nombramiento del administrador concursal en el deca-

58. Al respecto v. PORFIRIO CARPIO, *Acceso...*, *cit.*, pgs. 153-157, quien prefiere este sistema al de sorteo previsto en el art. 341.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la primera designación judicial entre los incluidos en las listas recibidas anualmente de los candidatos a actuar como peritos, efectuándose las demás designaciones por orden correlativo. En el mismo sentido v. TIRADO, *Administradores...*, *cit.*, pgs. 401-405. A favor del sistema de sorteo v. MAGRO SERVET, V., «El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal», *Diario La Ley*, n.º 5443, de 19 de diciembre de 2001, D-279, pg. 1630.

59. La Ley no permite que el juez designe a los no incluidos en tales listas. En este mismo sentido, entre otros, v. RODRIGUEZ DE QUINONES, «Órganos...», *cit.*, pg. 107; y PORFIRIO CARPIO, *Acceso...*, *cit.*, p. 156.

60. De manera que, conforme a lo dispuesto en el art. 27.4.1.º LC, el juez podrá (*apreciándolo razonadamente*, lo que debe interpretarse como una exigencia de motivación) designar unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, bien para asegurar la continuidad de la actividad empresarial bien por la deducible complejidad del concurso.

Así, en concreto, para los concursos comunes, ex art. 27.4.2.º LC, el juez deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, la formación y experiencia de los que designe idónea en atención a las características del concurso.

Por otro lado, en supuestos de concursos conexos, de acuerdo a lo establecido en el art. 27.4.2.º LC, el juez competente para su tramitación podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegados. Y en caso de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes.

de liquidación de un límite a la cantidad que hubiera resultado de la aplicación de las normas previstas en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, para las fases común y sucesivas, de modo que en esta fase sólo podría reintuirse otro tanto de lo percibido o aplicado los mismos criterios decididos para la fase común, todo ello salvo que el juez atendiendo a circunstancias excepcionales acuerde otra cosa.

De considerarse aplicable la segunda de las tesis propuestas, como parecería más razonable, no quedaría claro tampoco si el arancel aplicable al administrador concursal sería el correspondiente a la fase común o a las fases sucesivas, si bien al disponerse que la declaración del concurso consecutivo conlleva la necesidad y simultánea apertura de la fase de liquidación todo parece indicar que no podría tratarse del aplicable a la fase común (el cual es de cuantía mayor que el de las fases sucesivas). Y ello a pesar de que el administrador concursal debe realizar en este momento la determinación de las masas activa y pasiva, actividad propia de la fase común del procedimiento concursal<sup>65</sup>, que constituye la base del escrito que debe presentar al juez en el plazo de quince días en el que se ha de incluir un plan de realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa (plan de liquidación, artículo 148 de la Ley Concursal<sup>66</sup>), actividad preliquidatoria que puede resultar ardua para quien bien era un mediador concursal al que no se le pidió un informe sobre el activo y el pasivo o bien alguien que hasta entonces era ajeno al proceso. Labor que de exceder de lo que es usual podría llevar al juez a considerar que se dan circunstancias excepcionales (en atención a la actividad, dedicación y volumen de los trabajos desarrollados) que justifiquen una reintribución mayor.

Debe advertirse además que en la remuneración fijada (aunque nada se establece en la Ley Concursal, pensamos que tal determinación debiera ser de la competencia del correspondiente registrador mercantil o notario y no del juez, pues el fin de la reforma es desjudicializar y lo contrario llevaría a la apertura de un expediente judicial en el que el deudor debería personarse), conforme a arancel, al mediador concursal en el *expediente de arreglo extrajudicial*, debió haberse tenido en consideración que el deudor no quedaba automáticamente suspendido en sus facultades patrimoniales sino que podía continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional (art. 235.1 LC)<sup>67</sup>. Sin em-

ello considera que hubiera sido más conveniente optar por una solución similar a la prevista en el Ordenamiento francés de conciliación, en el que la remuneración del mediador se acuerda con carácter previo por el mediador y el deudor.

86) destaca que la redacción del informe del administrador concursal pertenece, en puridad, a la fase común del procedimiento concursal.

También v. lo apuntado, *supra*, en el último párrafo del apartado III y en la nota 46.

Plan de liquidación que en muchos casos puede ser diferente del plan de pagos propuesto por el deudor y, en su caso, negociado con los acreedores en el seno de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 236 LC), que conoció el mediador concursal.

67. Conforme al art. 4.2 del R. D. 1860/2004, de 6 de septiembre, si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa

nato del juzgado competente, que garantizan la formación en materia concursal de los en ellas incluidos (art. 27.3 LC)<sup>61</sup>.

## 1.2. Remuneración del administrador concursal

En el nuevo artículo 242.2.1.ª, *in fine*, de la Ley Concursal se dispone que el administrador concursal del concurso consecutivo no podrá percibir por este concepto más reintribución que la que le hubiere sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa.

La interpretación de la norma no es fácil pues no resulta claro si lo que se dispone es<sup>62</sup>: a) Que, salvo circunstancias excepcionales, el administrador concursal no deberá percibir más reintribución que la ya recibida, lo que implicaría que sus funciones en el concurso consecutivo (de contenido esencialmente liquidatorio) no serían reintribuidas, pues en el expediente de acuerdo extrajudicial no existe una fase de liquidación lo que había impedido la fijación de una remuneración para esta fase<sup>63</sup>; solución que contrastaría con la necesaria reintribución al administrador concursal que fuese una persona distinta al mediador concursal previo, quien sólo recibiría remuneración si se atendiese al carácter excepcional de la designación de una persona diversa del mediador concursal. O b) que su remuneración como administrador concursal no podría ser superior a la que habría recibido previamente por el desempeño de la función de mediador concursal (y recordese que conforme a lo estatuido en la nueva disposición adicional octava de la Ley Concursal, serán de aplicación a la reintribución de los mediadores concursales las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales, aunque sus funciones no sean equiparables<sup>64</sup>), lo que supondría el establecimiento para la fase

61. En este mismo sentido v. RODRIGUEZ DE QUINONES, «Derecho preconcursal...», cit., pg. 72.

62. V. esta misma disyuntiva en SENE, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 65.

63. V. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado 1.21.º (que expresa un criterio unánime), en el que se sostiene que la regla general es que la labor del administrador concursal en el concurso consecutivo no sea remunerada, sin que esta regla se vea afectada por la circunstancia de que durante el expediente extrajudicial no se había reintribuido una inexistente fase liquidatoria, por lo que la remuneración referida a esta fase en el concurso consecutivo es una excepción a la norma legal.

Esta misma interpretación de que la regla general es que el administrador concursal no percibirá reintribución alguna en el concurso consecutivo la mantiene GALLEGO (v. «Mediación...», cit., pg. 16). También v. PULGAR EZQUERRA, «Refnanciaciones...», cit., pg. 1152, quien afirma que se ha producido un cuestionable cambio de sistema de designación y remuneración de la administración concursal; y SENE, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 65, quien apunta que esta singularidad de la reintribución tiene el propósito de fomentar la función negociadora del mediador concursal, diluyendo cualquier incentivo económico derivado del posible concurso consecutivo.

Al respecto v. GALLEGO, «Mediación...», cit., pg. 28, quien duda de que la remisión al sistema remunerativo de los administradores sea lo más idóneo, dadas las diferentes funciones que asumen unos y otros y el hecho de que la reintribución del administrador se determina en atención a las distintas fases del concurso, que aquí no existen. Por

bargo ahora, en el concurso consecutivo, se produce la suspensión del concursado en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 145.1 LC) lo que lleva a la necesaria administración y gestión del patrimonio del deudor por el administrador concursal, circunstancia que debiera ser apreciada a efectos de remuneración. En este mismo sentido, en el artículo 12.1 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, se dispone que el juez, de oficio o a solicitud de persona legitimada, podrá modificar la retribución del administrador concursal cuando concurra justa causa, como en todo caso se da cuando el juez acuerde el cambio de las situaciones de intervención o de las facultades de administración y disposición del concursado sobre la masa activa<sup>68</sup>. Y si bien es cierto que durante la tramitación del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor no se encuentra en un estado de intervención técnicamente hablando también lo es que la actividad desarrollada por el administrador concursal en el concurso consecutivo sí es la propia de un estado de suspensión del deudor, con lo que el incremento de las funciones de administración y disposición del patrimonio del deudor realizadas por el administrador concursal comparadas con las asumidas previamente por el mediador concursal sí se asemeja al cambio producido del estado de intervención al de suspensión que constituye una justa causa para modificar (al alza) la retribución del administrador concursal respecto a la percibida por el mediador concursal.

Pero si por el contrario se considera aplicable la primera de las opciones expuestas, a la que derechamente lleva la interpretación literal de la ley aunque no sea en nuestro parecer la más razonable, la regla general sería que el administrador concursal no tendría derecho a remuneración alguna en el concurso consecutivo y sólo cabría que el juez acordara otra cosa atendidas circunstancias excepcionales y, lógicamente, conforme al arancel. En tal caso surgiría la duda sobre qué habría de entenderse por *excepcionales*, pues si bien parece que éstas son aquellas que por su complejidad, dedicación o volumen excedan de las ordinarias con las que se enfrenta un administrador concursal<sup>69</sup>, semejante interpretación restrictiva haría poco atractiva la labor del administrador concursal durante el concurso consecutivo que careciese de esas notas (complejidad, dedicación o volumen superiores a los normales), bien porque había sido el media-

activa, el juez, a su prudente arbitrio, podrá incrementar hasta un cincuenta por ciento la cantidad que resulte de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecidos en el anexo del propio Real Decreto. Además de ello, con carácter general, el arancel habrá de atenerse al carácter abreviado u ordinario del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso (art. 34.2 LC), criterios legales que se desarrollan específicamente en el propio R. D. 1860/2004 (arts. 4.5 y 6).

68. Al respecto, entre otros, v. JUAN Y MATEU, E., «Artículo 34. Retribución», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 570; y voz «Administración concursal. Retribución», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUZES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pg. 251.

69. V. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado I.21, en el que se expresa un criterio unánime.

dor concursal en el expediente previo y ahora ha de desempeñar nuevas funciones no remuneradas, bien porque es una persona nueva en el procedimiento y no va a cobrar por ello, salvo que se considere que el solo hecho del nombramiento de un administrador concursal distinto del previo mediador concursal es ya una circunstancia excepcional que necesariamente ha de conducir al juez a acordar la remuneración de su labor. En fin, no parece que una medida semejante sea la apropiada si se desea incentivar los acuerdos extrajudiciales<sup>70</sup>.

## 2. CONSIDERACIÓN DE LOS GASTOS DEL EXPEDIENTE EXTRAJUDICIAL COMO CRÉDITOS CONTRA LA MASA

El carácter continuador del concurso consecutivo respecto a lo actuado en el previo procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos justifica que los gastos del expediente extrajudicial tengan la consideración de créditos contra la masa en el concurso consecutivo (al que se ha podido llegar por el fracaso en el intento de acuerdo, por el incumplimiento del plan de pagos acordado o por la anulación del acuerdo logrado). Esta misma condición de créditos contra la masa también se predica en el nuevo artículo 242.2.2.<sup>a</sup> de la Ley Concursal de los créditos no satisfechos que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial y que conforme al artículo 84 de la Ley Concursal tengan esa consideración<sup>71</sup>. Entre ellos se han incluir los honorarios de los mediadores concursales, por analogía con los administradores concursales (arts. 34.1 y 84.2.2.<sup>o</sup> LC)<sup>72</sup>.

Al respecto resulta oportuno advertir que el día de inicio del cómputo (*dies a quo*) a partir del cual han de considerarse créditos contra la masa los gastos y créditos originados durante la tramitación del expediente extrajudicial ha de ser aquél en que se entienda iniciado el expediente. Ante la ausencia de una declaración judicial por la que se declare iniciado éste (semejante al auto que declare el concurso, común –o directo– o consecutivo) habrá que estar, por analogía, a la fecha en que el deudor solicite al registrador o al notario que nombre mediador concursal (arts. 242.2.3.<sup>a</sup> y 232 LC)<sup>73</sup>.

Por lo demás, resulta necesario recordar que los créditos contra la masa no son créditos concursales, sino extraconcursoales, y que a ellos no se le aplican

70. En el mismo sentido v. GALLEGU, «Mediación...», cit., pgs. 16-17.

71. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «La masa pasiva. Los créditos concursales. Los créditos contra la masa», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.<sup>o</sup> (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.<sup>a</sup> edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pgs. 344-345. Con carácter general, sobre tales créditos, entre otros, v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.

72. En este sentido v. DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», cit., pg. 344. También v., entre otros, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Órganos...», cit., pgs. 109-110.

73. Al respecto v. lo apuntado, *infra*, en el subapartado siguiente; y DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», cit., pgs. 344-345, quien puntualiza que la referencia a la solicitud del deudor de nombramiento de mediador concursal queda condicionada a su admisión (art. 232.3 LC).

las normas sobre comunicación y reconocimiento<sup>74</sup>, si bien ha de advertirse que si han de ser calificados como tales y que esta labor corresponde al administrador concursal, a la vista de lo establecido en la Ley Concursal (art. 84.2 LC) y en otras disposiciones legales, quien para el caso de los gastos y créditos del expediente extrajudicial sólo ha de comprobar que tienen su origen en tal expediente. El administrador concursal será también quien deba deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para la satisfacción de los créditos contra la masa, la cual ha de hacerse con cargo a bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154.1 LC).

Por último ha de significarse que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84.4 de la Ley Concursal, las acciones relativas a la calificación o al pago de los créditos contra la masa se ejercitarán ante el juez del concurso ventilándose por los trámites del incidente concursal. Solución dispuesta con carácter general para los créditos contra la masa nacidos del concurso<sup>75</sup>, que es la misma a la que se llegaría si nos atenemos al criterio residual del artículo 192 de la Ley Concursal, aplicable a aquellos supuestos en los que la ley no tenga señalada otra tramitación<sup>76</sup>. Contra la sentencia que resuelva el incidente concursal cabrá recurso de apelación que se tramitará con carácter preferente (art. 197.5 LC)<sup>77</sup>.

### 3. DÍA DE INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE DOS AÑOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS ACTOS RESCINDIBLES

Conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 242.2.3.<sup>a</sup> de la Ley Concursal *el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o al notario*. La razón de esta especialidad frente al régimen general, en el que el *dies a quo* para el cómputo de dicho plazo de dos años previsto para las acciones rescisorias es la fecha de declaración de concurso (art. 71.1 LC) realizada por el juez mediante

74. En este sentido, entre otros, v. BELTRÁN, E., voz «Créditos contra la masa», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pg. 889; y DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», *cit.*, pg. 346.

75. V. DÍAZ MORENO, A., «El informe de la administración concursal. El inventario y la lista de acreedores. Comunicación y reconocimiento de créditos», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pg. 406.

76. Sobre esta delimitación negativa del ámbito objetivo del incidente concursal, entre otros, v. SENÉS, C., «Artículo 192. Ámbito y carácter del incidente concursal», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. II, Madrid, 2004, pg. 2803; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Cizur Menor, 2005, pgs. 272-273; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., «El proceso incidental concursal. El llamado "incidente concursal"», en *Derecho procesal concursal*, vol. 7 del t. 47 del *Tratado de Derecho Mercantil*, dir. OLIVENCIA/FERNÁNDEZ-NÓVOA/JIMÉNEZ DE PARGA y coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pgs. 242-243; y LÓPEZ SÁNCHEZ, J., voz «Incidente concursal», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. II, Cizur Menor, 2012, pgs. 1704-1705.

77. Con carácter general, con relación al sistema de recursos de la Ley Concursal, entre otros, v. SENENT MARTÍNEZ, S., voz «Recursos», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. II, Cizur Menor, 2012, pgs. 2527-2547.

auto (arts. 14, 15 y 20 LC), deriva de la circunstancia de que en el caso del procedimiento de acuerdo extrajudicial tal declaración judicial de concurso no se produce inicialmente sino que el expediente se sigue, en función de que el deudor sea un empresario o una entidad inscribible u otra persona, respectivamente, ante el registrador mercantil o ante el notario correspondiente al domicilio del deudor a quien se solicite el nombramiento de mediador concursal (art. 232 LC).

Al respecto podemos observar cómo el legislador ha cambiado ligeramente el criterio frente al seguido para el concurso tramitado judicialmente, pues el equivalente funcional del auto judicial de declaración de concurso (art. 14 LC) es la decisión del registrador mercantil o del notario de admitir la solicitud del deudor y no la previa y necesaria solicitud del deudor, la cual encuentra su paralelo en la que en el concurso pueden formular el deudor (art. 6.º LC) y los acreedores y demás legitimados (arts. 7.º y 3.º LC). Adviértase, por lo demás, que en la Ley (art. 232.3 LC) sólo se hace referencia a las causas de inadmisión de la solicitud (cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el deudor se encontrare en alguna situación de las previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231 de la Ley Concursal y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos –por su parte, respecto al concurso, en el artículo 13.2, párrafo primero de la Ley Concursal se dispone que el juez puede rechazarla si estima que la solicitud o la documentación que la acompaña adolece de algún defecto procesal o material o que ésta es insuficiente–) y no se alude expresamente, como hubiera sido deseable, ni a la declaración del registrador mercantil o del notario de admitir la solicitud del deudor ni a la de denegarla, tras el control de legalidad respecto a los requisitos exigidos legalmente<sup>78</sup>.

En nuestra opinión, el legislador debiera haber previsto un régimen semejante al dispuesto en los artículos 13 y 14 de la Ley Concursal para la provisión de la solicitud de declaración de concurso, que contuviese al menos los siguientes elementos: 1) La regulación del plazo en que se ha de resolver la solicitud (el juez ha de hacerlo en el mismo día de su reparto o, si no fuera posible, en el día siguiente hábil –art. 13.1, párr. 1.º LC–). 2) La exigencia de que si la decisión del registrador mercantil o del notario es rechazar la solicitud tal resolución debiera ser expresa y motivada en las causas legalmente establecidas (las cuales sí están expresamente previstas, como se ha apuntado). 3) La determinación de que si se desestima la solicitud se ha de conceder al solicitante un plazo de justificación o subsanación (plazo que en el caso de la solicitud de declaración judicial de concurso no puede exceder de cinco días –art. 13.2, párr. 1.º

78. En general sobre la solicitud del deudor y los controles que ha de realizar el notario para su admisión, entre otros, v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pgs. 3-5, quien los estructura en controles de la documentación presentada, de la legitimación del instante, del presupuesto objetivo y de las prohibiciones legales. También v. SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», *cit.*, pgs. 55-56.

LC-)<sup>79</sup>. 4) La disciplina del plazo en que el funcionario competente (registrador mercantil o notario) ha de resolver sobre el escrito de justificación o subsanación del solicitante (que en el procedimiento judicial es el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente día hábil –art. 13.2, párr. 2.º, LC–). 5) El establecimiento del recurso susceptible de interponer por el solicitante en caso de denegación (en el procedimiento judicial se regula la posibilidad del recurso de reposición –art. 13.2, párr. 2.º, *in fine*, LC–, si bien éste ha de considerarse potestativo al de apelación), que, en nuestra opinión y por razones de especialización del órgano que ha de resolver, debiera ser (sin perjuicio de una voluntaria reposición previa) un recurso ante el juez de lo mercantil territorialmente competente en la demarcación del correspondiente registrador mercantil o notario (que es el mismo que hubiera sido competente para conocer del concurso del deudor –al que se invoca expresamente para la impugnación del acuerdo extrajudicial en el artículo 239.1 de la Ley Concursal–) o, si se quiere descargar a éste de funciones, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>80</sup>. 6) El mandato de que en caso de estimación de la solicitud se emitiera por el registrador mercantil o notario una resolución escrita y expresa en ese sentido, que en el caso del registrador sería semejante a los documentos por él emitidos en el desempeño de algunas funciones disciplinadas en el título III del Reglamento del Registro Mercantil, como la calificación regulada en materia de presentación y depósito de cuentas anuales (art. 368.1 RRM) o las resoluciones sobre nombramiento de expertos independientes y auditores (arts. 340.3 y 358.1 del RRM); y en el caso del notario debería reglamentarse *ex novo*, en cuanto no existe un documento notarial específico pues hasta ahora no se había previsto la participación de los notarios en funciones públicas semejantes<sup>81</sup>.

79. Por su parte RODRÍGUEZ DE QUIÑONES (v. «Derecho preconcursal...», *cit.*, pg. 69) echa en falta tal plazo de subsanación.

Para tales supuestos CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 4, propone la aplicación de las reglas generales para el caso del registrador mercantil y advierte que no se ha previsto una norma expresa para cuando se trata de un notario por lo que propugna la aplicación un recurso similar al previsto en el art. 18.3 de la Ley 2/2009. En el art. 18.1 de esta Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, se prevé que en su condición de funcionarios públicos y derivado de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autorizan, los notarios denegarán la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando el mismo no cumpla la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley; y que, del mismo modo, los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley. Y en el art. 18.3 se establece que la decisión del funcionario por la que deniegue la autorización del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, o la inscripción de alguna de sus cláusulas, deberá efectuarse mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de derecho. Dicha decisión será recurrible ante la DGRN conforme a la legislación específica.

80. Con este último criterio v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 4.

81. La voluntad del legislador de reducir la carga de los juzgados está presente en la regulación de nuevos procedimientos extrajudiciales asignando funciones a registradores mercantiles y notarios y también se aprecia en anteproyectos de ley como el de jurisdicción

Fórmula expresa mucho más segura jurídicamente que la tácita prevista en la Ley Concursal del nombramiento del mediador concursal solicitado por el deudor (art. 233.3 LC), designación que necesariamente implica la estimación de la solicitud.

Ciertamente puede afirmarse que en puridad el legislador no ha dispuesto que el registrador mercantil o el notario deban dictar ninguna declaración de admisión de la solicitud, sino que tan sólo ha regulado los supuestos de inadmisión de ésta: cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, cuando el deudor se encuentre en alguna de las situaciones previstas en los apartados 3 o 4 del nuevo artículo 231 de la Ley Concursal y cuando faltare alguno de los documentos exigidos o los presentados fueran incompletos (art. 232.3, *in fine*, LC). Lógicamente tales funcionarios públicos deberán analizar que la solicitud reúne los requisitos legalmente establecidos y, si bien la Ley se refiere expresamente sólo a la inadmisión de la solicitud, nada impide que se dicte una resolución de admisión, aunque la Ley no lo exija. Admisión de la solicitud (sea ésta expresa o tácita) que es el presupuesto necesario para el nombramiento del mediador concursal, tras cuya aceptación el expediente se hace público. Y es que sólo cuando tal aceptación se produzca el registrador mercantil o el notario en cuestión dará cuenta del hecho de la aceptación del cargo por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la oportuna hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda; comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración del concurso<sup>82</sup> (que, en su caso, necesariamente será un concurso consecutivo); y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal (art. 233.3, *in fine*, LC)<sup>83</sup>. Hasta ese momento únicamente pudo haber en los registros públicos un indicio de la tramitación del expediente extrajudicial en el caso de que, ante la inexistencia de una hoja abierta en el Registro Mercantil a nombre del empresario o entidad

voluntaria (elevado al Consejo de Ministros el 31 de octubre de 2013, disponible en [www.mjjusticia.gob.es](http://www.mjjusticia.gob.es)), al que se pretende incorporar la disciplina de los matrimonios y los divorcios notariales, haciendo delegación de trámites tradicionalmente judiciales al notariado. La búsqueda de fórmulas para reducir la carga de los jueces se refleja en la atribución de funciones jurisdiccionales a los secretarios judiciales en el diseño de la oficina judicial (v. el Libro V de la LOPJ –arts. 435-439–, redactado por el apartado ciento veintitrés del artículo único de la L. O. 19/2003, de 23 de diciembre, *de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*).

82. Exigencia también prevista en el nuevo art. 5 bis, 1, párr. 2.º, LC (introducido por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo).

83. En general sobre las comunicaciones oficiales y privadas a practicar por el registrador mercantil o el notario, entre otros, v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pgs. 6-7.

Sobre la publicación de la apertura de negociaciones para alcanzar acuerdos extrajudiciales de pagos y su finalización, v. el art. 21.6 de la ley 14/2013, que introduce el nuevo art. 198.1.c) LC, por el que se crea una nueva sección tercera del Registro Público Concursal, y, entre otros, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho concursal...», *cit.*, pgs., pg. 47.

inscribible y aun no inscrita, el registrador mercantil hubiera procedido de oficio<sup>84</sup> a abrir una hoja en dicho Registro a nombre de tales sujetos (art. 232.3 LC) e hiciese constar la causa de esta actuación de oficio. Por lo demás, el registrador mercantil o el notario concernido deberá comunicar por vía electrónica a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social (conste o no su condición de acreedoras) la identificación, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica del deudor y del mediador concursal (con expresión de la fecha de aceptación del cargo); comunicación que también se hará a la representación de los trabajadores, si la hubiere<sup>85</sup>, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento (art. 233.4 LC).

Y no procede tomar como fecha del cómputo del plazo para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales la de la posterior declaración judicial del concurso consecutivo, pues ello otorgaría al deudor una indeseada salvaguardia frente a las acciones rescisorias concursales que podría dar lugar a solicitudes de acuerdos extrajudiciales estratégicamente diseñadas con el fin de ganar el tiempo necesario con el que evitar rescisiones concursales de aquellos acuerdos y actos perjudiciales para la masa activa realizados antes de tal solicitud y que por la tramitación del procedimiento en el tiempo fuesen quedando fuera del período de acción de dos años de las acciones rescisorias concursales<sup>86</sup>.

Ni tampoco ha de admitirse la tesis según la cual tales acciones rescisorias concursales no afectarían al período de tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos (lo que supondría la elevación de un escudo protector)<sup>87</sup>, pues el fin de

84. Recuérdese que la regla general es que la primera inscripción del empresario individual sea practicada a instancias del propio interesado (art. 88 RRM), criterio también aplicable a las personas jurídicas inscribibles que habrán de servirse para ello de sus correspondientes representantes.

Inscripción obligatoria para los empresarios que quieran negociar un acuerdo extrajudicial de pagos criticada por CABANAS TREJO (v. «Algunas cuestiones...», cit., pg. 3), quien se muestra partidario de hacer público el expediente del empresario a través del Registro Mercantil sin necesidad de consolidar la inscripción del empresario en tal Registro y manteniéndose la competencia para la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos en el notario.

85. Lo que lleva a concluir que el hecho no se ha de comunicar a los trabajadores individualmente si existe tal representación, y probablemente tampoco en el supuesto de ausencia de representación de los trabajadores.

Por lo demás, idéntica obligación de comunicación a los representantes de los trabajadores las encontramos en otros preceptos de la LC, como el art. 21.4, párr. 3.º.

86. Con la misma opinión v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», cit., pg. 85.

87. En este sentido RODRÍGUEZ DE QUIÑONES (v. «Derecho preconcursal...», cit., pgs. 84-85) estudia la rescindibilidad de los actos perjudiciales a la masa activa realizados durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos y rechaza la tesis de que tal procedimiento proporcione una salvaguardia ante las rescisiones concursales. Al respecto afirma que la técnica constructiva del pretendido escudo protector ante las rescisiones concursales sería peculiar y perfectible, y además, por un lado incompleta (en los concursos que no sean consecutivos, ex art. 242 LC, los acuerdos extrajudiciales podrán ser objeto de rescisión concursal si reúnen los requisitos del art. 71 LC), y por otro, excesiva (cualquier otro acto del deudor ajeno al acuerdo extrajudicial de pagos y a su proceso

este expediente es el de ofrecer para algunos supuestos de insolvencia un cauce alternativo al judicial y no el de conceder una salvaguardia especial al deudor que lo solicite (el cual quedaría fuera de todo control durante el tiempo que dura la tramitación del expediente), por lo que la posibilidad de ejercicio de las acciones de reintegración del artículo 71 de la Ley Concursal ha de existir en el momento de la declaración del concurso, pues constituye una consecuencia propia de la declaración de concurso<sup>88</sup>. Además, como se ha defendido con acierto<sup>89</sup>, si ésta fuera la intención del legislador para ello hubiera ido más oportuno la estipulación expresa de que los acuerdos extrajudiciales no pudieran ser objeto de rescisión concursal, como ya se hace en el artículo 71.5 de la Ley Concursal (para los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones normales, los comprendidos en las leyes reguladoras de sistemas de pagos y compensación de valores y derivados, y las garantías constituidas a favor de créditos de Derecho público y del FOGASA), en el nuevo artículo 71 bis. de la Ley Concursal (para los acuerdos de refinanciación)<sup>90</sup> y en

de negociación y situado temporalmente entre la solicitud del expediente y la declaración de concurso consecutivo sería también irrevocable, lo que no tiene justificación). También v. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», cit., pg. 8, quien opina que los pagos o negociaciones ejecutados en el desarrollo del acuerdo extrajudicial de pagos no están al amparo de las acciones de reintegración.

88. Los Magistrados de lo Mercantil de Madrid se han pronunciado unánimemente (v. «Conclusiones...», cit., apartado III.1.º) en contra de la tesis según la cual no se pueden impugnar los actos realizados desde la solicitud de designación de mediador concursal, con base en estas razones: a) el art. 71 LC no se ve alterado en cuanto a su finalidad de recomposición de la masa activa, que tendría que existir al momento de la declaración del concurso; b) la ausencia de control en la actuación del deudor que actúa con plena libertad negocial; y c) el carácter de efecto derivado de la declaración de concurso propia de la posibilidad de reintegración, que no puede ser alterada por la previsión del art. 242 LC, el cual responde a la imposibilidad de solicitar el concurso durante el período de negociación.

Además de ello destacan (v. «Conclusiones...», cit., apartado III.4.º, que expresa un criterio unánime) que como durante la tramitación del expediente extrajudicial no existe un régimen de intervención de facultades, ni autorización judicial, ni caben acciones de anulación del art. 40 LC, los pagos realizados bajo la supervisión del mediador concursal son examinables a la luz del régimen de las acciones de reintegración concursal.

Sobre la necesidad de la previa declaración del concurso para el ejercicio de las acciones rescisorias concursales, entre otros, v. CRESPO AULLÉ, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. SÁNCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ, t. II, Valladolid, 2004, pgs.1369-1379.

89. Así, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», cit., pgs. 84-85) quien concluye que si la voluntad del legislador fuera la de otorgar al acuerdo extrajudicial el efecto de su blindaje frente a las acciones rescisorias concursales hubiera sido preferible declarar directa y expresamente que los acuerdos extrajudiciales no pueden ser objeto de rescisión concursal, como ya se hace en la Ley Concursal para los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial o para los acuerdos de refinanciación (arts. 71.5 y 71.6 LC –este último suprimido por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que sustituye su contenido por el recogido en el nuevamente redactado art. 71 bis–). En su opinión una tesis distinta daría lugar a interpretaciones divergentes y a problemas de interpretación.

90. V. el art. único, cinco, del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.



ciertas leyes especiales<sup>91</sup>. No obstante hemos de reconocer que la interpretación propuesta es ciertamente particular en cuanto que supone, dicho de una manera temporal, la aplicación de las acciones rescisorias concursales tanto hacia atrás, dos años a contar desde el *dies a quo* especialmente fijado en el artículo 242.2.3.<sup>a</sup> de la Ley Concursal, como también hacia adelante, desde ese día al de la declaración del concurso consecutivo; o si se prefiere, por ser más técnicamente correcto, conlleva la aplicabilidad de las acciones rescisorias concursales desde la declaración judicial del concurso consecutivo, en cuanto consecuencia unida a la declaración de concurso, pero pudiendo comprender en ellas no sólo los acuerdos y actos perjudiciales realizados en los dos años anteriores a la fecha de esta declaración (como en los demás concursos) sino también los habidos en los dos años anteriores a la solicitud del deudor al registrador o al notario del nombramiento de un mediador concursal. Todo ello sin perjuicio, claro está, de la aplicación de las exclusiones del sistema de rescisión concursal mencionadas más arriba.

Volviendo concretamente a lo dispuesto en el artículo 242.2.3.<sup>a</sup> de la Ley Concursal, y descartada la idea de escudo protector de los acuerdos extrajudiciales de pagos ante las acciones rescisorias, la adopción como día inicial del cómputo del plazo de la fecha de la solicitud en vez del día de la admisión de la solicitud puede tener como consecuencia que los efectos rescisorios se extiendan a algunos actos acaecidos en los primeros días del plazo que de empezar a contarse éste el día de la admisión no se hubieran visto incluidos. Evidentemente si el legislador hubiera exigido al registrador mercantil o al notario dictar una declaración sobre la admisión de la solicitud podría haber establecido que la fecha de esa resolución sirviese de *dies a quo* para el cómputo del plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles, lo cual sería coherente con la regla general. Sin embargo al no requerir que dichos funcionarios públicos deban dictar tal resolución no parece desafortunado que, como consecuencia de ello, se tome como referencia del plazo en cuestión el día de la solicitud y no el día en que tales funcionarios den curso a la solicitud, tras el debido control de sus requisitos<sup>92</sup>. No obstante, subsiste la duda de si hubiera sido

91. Con carácter general sobre las exclusiones del sistema de rescisión concursal, entre otros, v. RODRÍGUEZ DE QUINONES Y DE TORRES, A., «La determinación de las masas activa y pasiva del concurso», en *Derecho mercantil*, t. II, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 14.<sup>a</sup> edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, pgs. 322-323; ALCOVER GARAU, G., «Artículo 71. Acciones de reintegración», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. I, Madrid, 2004, pgs. 768-772; GIL RODRÍGUEZ, J., «Capítulo IV. De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa», en *Comentarios a la Ley Concursal*, coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Madrid, 2004, pgs. 867-869; LEÓN, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 1313-1318; y GARCÍA-CRUCES, J. A., voz «Acción rescisoria concursal (reintegración concursal)», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pg. 138.

92. Este es también el criterio mantenido por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid. V. sus «Conclusiones...», cit., apartado III.3.º, que expresa una opinión unánime.

oportuna la exigencia de una resolución expresa de admisión de la solicitud, opción preferible desde el punto de vista de la seguridad jurídica pues, como hemos apuntado, proporciona a los interesados un elemento material sobre el que articular su eventual oposición (para la que tampoco se ha previsto un trámite)<sup>93</sup>. Al respecto deben advertirse las importantes diferencias existentes entre una hipotética resolución del registrador mercantil o del notario (que admitiera o no la solicitud) y el auto del juez (que declarara el concurso o desestimara la solicitud de tal declaración), como son las relativas a su posible revisión; la cual en el caso del auto judicial que resuelva la solicitud de concurso se articula por medio del recurso de apelación (art. 20.2 LC), sin que exista un recurso previsto expresa y específicamente para el caso de la solicitud de apertura de un procedimiento extrajudicial de pagos, para el que sólo se contempla la impugnación del acuerdo (art. 239 LC)<sup>94</sup>, si bien podría plantearse en este hipotético supuesto la posibilidad de la utilización a estos efectos, aplicando por analogía lo estatuido para el nombramiento del mediador concursal (y la remisión realizada a lo dispuesto en materia de expertos independientes –art. 233.1, párr. 3.º LC–), del recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado para el caso de la resolución del registrador mercantil y, en su caso, para la resolución del notario<sup>95</sup>. Recuérdese, por lo demás, que si la resolución del registrador mercantil o del notario fuera no admitir la solicitud dicho funcionario público no debería proceder a comunicar la apertura de negociaciones (para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos entre el deudor y sus acreedores) al juez competente para la declaración del concurso (art. 233.3 LC), pues incluso si se inician tales negociaciones no tendrían los efectos previstos en el nuevo procedimiento extrajudicial regulado en la Ley Concursal.

#### 4. RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS DE LOS ACREEDORES QUE HUBIERAN FIRMADO EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Conforme a lo dispuesto en el nuevo artículo 242.2.4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal *no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial*. Precepto que, de entrada, llama nuestra atención por dos motivos.

Por una parte, por lo impreciso de los términos empleados pues se omite que el reconocimiento al que se refiere la norma es el de los créditos con lo que podría dudarse si se trata de éstos o de sus titulares. El reconocimiento al que alude la Ley Concursal (arts. 86 y 87) evidentemente no es el de los titulares de los créditos sino el de sus créditos, el cual corresponde en el concurso a la administración concursal y se extiende, con carácter general, tanto a los que se hayan comunicado expresamente (con la intención de solicitar su reconocimiento) como a los que resultaren de los libros y documentos presentados por

93. V. CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», cit., pg. 5.

94. Al respecto v. SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 63.

95. V. lo apuntado, *supra*, en la nota 57.

el deudor en su solicitud (fórmula, que como hemos expuesto<sup>96</sup>, es menos amplia que la de los artículos 86 y 87 de la Ley Concursal, que comprende a los que por cualquier otra razón constaren en el concurso). Y es oportuno que el reconocimiento sea de créditos y no de personas, todo ello sin perjuicio de que el informe de la administración concursal se acompañe de una lista de acreedores con expresión de los créditos reconocidos de que fuesen titulares (art. 94 LC), porque la titularidad de los créditos puede variar durante la tramitación del procedimiento concursal y porque la impugnación de la lista de acreedores no tiene por objeto personas sino créditos, pudiéndose referir a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (art. 96.3 LC).

Por otra parte, por su carácter perturbador habida cuenta de que si el administrador concursal apoya la admisión de tales créditos debería en todo caso haberlos tenido en consideración pues constan en el procedimiento (art. 86 LC); y si, por el contrario, su intención fuera la de su no inclusión, la nueva excepción legal de la solicitud de su reconocimiento (*no necesitará solicitar reconocimiento*) literalmente interpretada (y, en este caso, el mandato del legislador es claro aunque, como se verá, inoportuno) impide al administrador concursal tomar esa determinación y conlleva el reconocimiento automático de un crédito reconocido extrajudicialmente en el procedimiento orientado a lograr un acuerdo de pagos<sup>97</sup>.

Hubiera sido más adecuado, de un lado, permitir al administrador concursal excluir créditos puestos de manifiesto por el deudor (como puede hacerse en el concurso conforme al artículo 86.1 de la Ley Concursal), con más razón si el administrador concursal designado por el juez no era el previo mediador concursal<sup>98</sup>, incluso cuando su titular hubiera firmado tal acuerdo extrajudicial; y, de otro, reconocer a los acreedores la facultad de oponerse a la lista de acreedores (art. 96 LC)<sup>99</sup>. Tal proceder debiera admitirse, principalmente, porque la previa actuación del mediador concursal no estuvo sometida a un sistema contradictorio que permitiese conocer y resolver (judicialmente o, si así se hubiese dispuesto, extrajudicialmente) las impugnaciones de los interesados antes de la aprobación del acuerdo<sup>100</sup>, dado que los acreedores a los que ha de convocar el mediador concursal son los comprendidos en la lista y documentación presentada por el deudor que pudieran verse afectados por el acuerdo<sup>101</sup>, tras

96. V., *supra*, en el apartado III y, en especial, en la nota 38.

97. Con esta opinión v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 60.

98. En esta misma línea v. SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», *cit.*, pg. 66, para quien si el juez nombrara administrador del concurso consecutivo a una persona diferente de aquella que haya desempeñado la función de mediador concursal, la carga de *todos* los acreedores de comunicar sus créditos le parece insoslayable, pues en nada quedará vinculado el administrador concursal por los actos del mediador.

99. En idéntico sentido v. DÍAZ MORENO, «Informe...», *cit.*, pgs. 416-417.

100. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «Informe...», *cit.*, pg. 417.

101. Probablemente en la mente del legislador estos acreedores son los que, si lo estiman oportuno, pueden facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes (art. 235.4 LC) y no todos los acreedores que pudiera tener el deudor. No obstante, la poca

realizar, eso sí, una comprobación sobre la existencia y cuantía de sus créditos (verificación que ha de efectuarse en el mismo breve plazo de diez días siguientes a la aceptación del cargo en el que el mediador concursal ha de convocar a deudor y acreedores, artículo 234.1 de la Ley Concursal). Por lo que el sistema expuesto no ofrece una seguridad sobre la existencia y clasificación de los créditos que pueda justificar su reconocimiento automático, en términos análogos a los previstos con carácter general en el concurso (art. 86 LC)<sup>102</sup>, lo que abocaría a considerar que, a pesar de la claridad con que aparece expresada la letra de la Ley, no debe hacerse en este caso una interpretación literal de la misma que lleve al reconocimiento automático de créditos sino tan sólo a la concesión al acreedor de un trato especial por el que se le exime de la carga de solicitar el reconocimiento de su crédito.

Efectivamente, frente al sistema concursal general, que permite la impugnación de la lista de acreedores *a priori*, antes de abrirse la fase de convenio (art. 96 LC), las impugnaciones que pudieran formularse sobre el reconocimiento de créditos en el nuevo procedimiento previsto para el acuerdo extrajudicial de pagos han de hacerse *a posteriori* en relación con el acuerdo aprobado (art. 239 LC). Conforme al apartado uno de este último artículo dentro de los diez días siguientes a la publicación (aunque no se diga, debe comprenderse la que se ha de hacer en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal, artículo 238.2 de la Ley Concursal) del acuerdo extrajudicial de pagos podrá impugnarse éste ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor, estando legitimados para ello únicamente el acreedor afectado por él<sup>103</sup> que no hubiera sido convocado, el que hubiera asistido y no hubiera votado a favor del acuerdo (bien votara en contra o bien se abstuviera<sup>104</sup>) y el que hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 de la Ley Concursal (y, se entiende, no hubiera asistido pues de haberlo hecho su presencia restaría eficacia a su anterior actuación y se le exigiría a efectos legitimatorios que su voto no fuera favorable). La

precisión de la expresión *los acreedores que lo estimen oportuno* podría plantearnos la duda de si también permitiría que un acreedor no incluido en la lista incorporada a la instancia suscrita por el deudor, que constituye su solicitud de apertura de expediente para alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 232.2 LC), pudiera facilitar tal dirección junto a su solicitud de ser considerado acreedor a los efectos del acuerdo extrajudicial de pagos.

102. En este sentido v. DÍAZ MORENO, «Informe...», *cit.*, pg. 417.

103. Y no están legitimados para impugnarlo los acreedores no afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos quienes, como advierte DÍAZ MORENO (v. «Informe...», *cit.*, pg. 417), pueden ostentar un interés legítimo en impugnar la lista de acreedores del concurso consecutivo.

104. Recuérdese que, conforme a lo establecido en el art. 238.1 LC, las mayorías exigidas para la aceptación del plan de pagos son de un nivel mínimo del pasivo (sesenta por ciento, o sesenta y cinco por ciento si el plan de pagos consiste en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas –supuesto en el que también se requiere la aprobación del acreedor o acreedores que tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes–), por lo que para alcanzarlo sólo cuentan los votos favorables, de modo que las abstenciones no coadyuvan a ese fin.

impugnación formulada no tiene el efecto de suspender la ejecución del acuerdo y sólo podrá fundarse en los siguientes tres motivos (art. 239.2 LC): la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta a los acreedores no convocados (entre los que, en nuestra opinión, han de incluirse también los no reconocidos en el procedimiento); la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 de la Ley Concursal (es decir, una moratoria máxima de tres años y una condonación que no puede superar el veinticinco por ciento del importe de los créditos); y la desproporción de la quita o espera exigidas. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (art. 239.3 LC) y la sentencia que las resuelva será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente (art. 239.5 LC).

Apúntese también que para que al acreedor se le reconozca el trato especial de no tener que solicitar el reconocimiento de sus créditos, impidiendo la consecuencia establecida en el artículo 92.1.º de la Ley Concursal de su consideración como subordinados por comunicación tardía, ha de haber firmado como su titular el acuerdo extrajudicial. La norma especial requiere expresamente para su aplicación la firma del acuerdo por el acreedor y no el mero voto a favor del acuerdo.

Esta referencia a la firma del acreedor del acuerdo extrajudicial de pagos (a la que razonablemente también acompañará la del deudor, como expresión de su compromiso) no figura en otros preceptos sobre dicho acuerdo contenidos en la Ley Concursal. Omisión que podría llevar a plantearnos si dicha firma es absolutamente necesaria para la validez del acuerdo o si bastaría con su voto favorable al acuerdo<sup>105</sup>, habida cuenta de que en procedimientos semejantes que requieren de una reunión (como la junta de acreedores del concurso) lo que se extiende es un acta del secretario de la junta que se eleva al juez del concurso para su aprobación (arts. 126 y 127 LC). Aunque también debemos advertir que en otros expedientes como la propuesta de convenio ésta ha de ser firmada por el deudor y, en su caso, los acreedores proponentes (art. 99.1 LC) y las adhesiones de los acreedores a dicha propuesta han de formularse mediante comparecencia ante el secretario judicial o mediante instrumento público (art. 103.4 LC), forma también aplicable a las propuestas anticipadas de convenio (arts. 106.1 y 108.1 LC), si bien en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos la propuesta de plan de pagos no procede de los acreedores (quienes sólo pueden presentar propuestas alternativas o de modificación, artículo 236.1 y 3 de la Ley Concursal)<sup>106</sup>.

Por lo demás la exigencia de firma o, de considerarse así, del voto afirmativo, conlleva que el trato especial que exige al acreedor de la carga de solicitar el reconocimiento de su crédito sólo se aplicaría a los que apoyaran el acuerdo extrajudicial de pagos, lo cual puede servir para incentivar su aprobación pero

105. En el mismo sentido v. DÍAZ MORENO, «Informe...», cit., pg. 417.

106. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «Informe...», cit., pg. 417.

supone un trato desfavorable a quienes con justicia se oponían al acuerdo y estarían sometidos a él en caso de ser aprobado<sup>107</sup>.

Naturalmente la vinculación de la especialidad que comentamos a la existencia de un acuerdo extrajudicial impide su extensión a otros supuestos que dan lugar a la declaración del concurso consecutivo (art. 242.1 LC) como son la imposibilidad de alcanzar tal acuerdo (bien porque los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo decidieron no continuar las negociaciones iniciadas o el acreedor desistiera de su propuesta –art. 236.4 LC–, bien por no haberse logrado las mayorías necesarias para su aprobación –art. 238.1 LC–) o la anulación del acuerdo<sup>108</sup>. No obstante, en este último supuesto se plantean más dudas pues la constancia del crédito debiera llevar si no a su reconocimiento sí, al menos, a la exención de la carga de la comunicación; aunque este mismo argumento, desprovisto de todo incentivo a la aprobación del acuerdo, valdría para todo crédito sometido al acuerdo anulado.

## 5. REMISIÓN DE DEUDAS DEL DEUDOR EMPRESARIO PERSONA NATURAL NO SATISFECHAS EN LA LIQUIDACIÓN

De acuerdo con lo dispuesto en el nuevo artículo 242.2.5.ª de la Ley Concursal en el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. Se articula así, de una manera limitada e incompleta<sup>109</sup>, una suerte

107. En el misma línea DÍAZ MORENO (v. «Informe...», cit., pgs. 417-418) afirma que esta distinción en el trato no resulta fácil de justificar y opina que la solución razonable sería que todos los créditos afectados por el acuerdo estuvieran exentos de comunicación. Esta misma crítica fue formulada por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, de 11 de julio de 2013 (disponible en [www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Consejo\\_General\\_del\\_Poder\\_Judicial/Actividad\\_del\\_CGPJ/Informes/Informe\\_sobre\\_el\\_anteproyecto\\_de\\_la\\_Ley\\_de\\_apoyo\\_a\\_los\\_emprendedores\\_y\\_su\\_internacionalizacion](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_sobre_el_anteproyecto_de_la_Ley_de_apoyo_a_los_emprendedores_y_su_internacionalizacion)), en el que se afirma (v. pg. 52) que no parece oportuno establecer un trato de favor con base en 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. Al respecto v. SENÉS, «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 66. Por lo demás, la extensión subjetiva del acuerdo extrajudicial de pagos es semejante a la del convenio concursal. Al respecto v. art. 134 LC y, entre otros, ROJO, A., «Capítulo 97. El convenio», en *Curso de Derecho Mercantil*, dir. URÍA/MENÉNDEZ, 2.ª edic. Madrid, 2007, pgs.1066-1070; y DÍAZ MORENO, A., «El convenio concursal», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pgs. 463-467, quien analiza el importante tema de la afectación del convenio a los obligados solidarios del deudor, a sus fiadores y a sus avalistas.

108. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «Informe...», cit., pg. 417; y «Acuerdo extrajudicial...», cit., pg. 65.

109. Que ha sido calificada por PULGAR EZQUERRA (v. «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 72), desde el análisis de Derecho comparado, como la más liberal en el acceso a mecanismos exoneratorios de responsabilidad pero la más restringida en las condiciones de acceso a procedimientos de composición extrajudicial y amistosa de la crisis

de *segunda oportunidad*, tan reclamada por algunos autores, aplicable sólo a los empresarios individuales que hubieran optado por intentar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores. Solución que ha de ser estudiada comparándola con la disciplina de la remisión de deudas insatisfechas del deudor persona natural contenida en el nuevo artículo 178.2 de la Ley Concursal (también incorporado a la Ley Concursal por la Ley 14/2013), aplicable a las personas físicas<sup>110</sup> que no hubieran intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, pues se trata de dos regulaciones injustificadamente diferentes<sup>111</sup>.

Por una parte, los requisitos exigidos para esta especial remisión de deudas (que no de créditos)<sup>112</sup> en el concurso consecutivo son: a) El subjetivo: que el deudor fuese un empresario persona natural<sup>113</sup> (concepto que, a los fines del

(con riesgo de escasa utilización). Sobre esto último también v., *infra*, nota 127.

En concreto, el legislador no regula los efectos de tal exoneración de deudas sobre avalistas, fiadores y codeudores solidarios. Sobre este importante tema, entre otros, v. CUENA, «Ley de emprendedores...», *cit.*, pgs. 151-155, con aporte de Derecho comparado, quien se muestra partidaria de que, a pesar de la exoneración de las deudas del deudor, el acreedor pueda dirigir su acción contra el fiador o contra el codeudor solidario, por lo que propugna la reforma legal en este punto, dado que la interpretación de las normas actualmente vigentes (arts. 1142, 1143, 1146 y 1847 CC) lleva al resultado contrario (la exoneración de los garantes y codeudores, lo cual tiene consecuencias perversas para el mercado del crédito). También v. PERDICES HUETOS, A., «Fianza y Concurso: las garantías personales en la Ley Concursal», Cizur Menor, 2005; y PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 71.

110. En este sentido v. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», *cit.*, apartado II.2.º, expresión de una opinión unánime.
111. Con esta misma opinión, entre otros, v. CAMPUZANO, A. B., «La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores: aspectos mercantiles», e-DICTUM, n.º 23, noviembre de 2013, pg. 3, disponible en [www.dictumabogados.com](http://www.dictumabogados.com); CUENA, «Ley de emprendedores...», *cit.*, pg. 135; MIRANDA SERRANO, «¿Qué hay...?», *cit.*, pg. 8; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 55-56 y 59. También v. esta crítica en CGPJ, «Informe...», *cit.*, pg. 53.
112. En el Diccionario de la Real Academia se admite como segunda acepción del término remitir la de *perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación*, de manera que son correctas las expresiones *remisión de las deudas insatisfechas* (presente en la primera frase del art. 178.2 LC), *remisión de todas las deudas* (utilizada en el art. 242.2.5.ª LC) y *con excepción de las de Derecho público* (en alusión a las deudas, entendidas como deudas correspondientes a créditos Derecho público, pues lo que son de Derecho público son los créditos y no las deudas, art. 242.2.5.ª LC), pero no la proposición *remisión de los créditos restantes* (empleada en el art. 178.2, *in fine*, LC). Sobre la figura de la *remisión* frente a la *condonación* (regulada en los arts. 1.156 y 1.187 a 1.191 CC), respecto a la que falta el elemento fundamental de la decisión unilateral del acreedor, a la que el legislador quiere equipararla en cuanto a los efectos de extinción definitiva del pasivo afectado y a otros accesorios (como los relacionados con los deudores solidarios y garantes del concursado, arts. 1.143, 1.146, 1.190 y 1.850 CC), v. VÁZQUEZ CUETO, J. C., «La conclusión del concurso», en *Derecho Mercantil*, vol. 10.º (Derecho concursal), coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO, 15.ª edic., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014, pg. 546. Sobre el alcance de los efectos de la exoneración sobre el pasivo v. lo expresado por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», *cit.*, apartado II.9.º, en el que se manifiestan posturas mayoritarias y minoritarias sobre las diferentes cuestiones debatidas.
113. Al deudor persona jurídica se le aplica el régimen del art. 178.3 LC, que implica su

acuerdo extrajudicial de pagos, ex. artículo 231.1, párrafo segundo de la Ley Concursal comprende no solamente los que tuvieren tal condición de acuerdo con la legislación mercantil sino también los que ejerzan actividades profesionales o tengan tal consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social y los trabajadores autónomos<sup>114</sup>) sometido a concurso consecutivo<sup>115</sup>, lo que es coherente con la opción seguida por el legislador de aplicar el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos sólo a los empresarios. b) Los tres objetivos: que el concurso se califique como fortuito, que liquidados todos los bienes del concursado subsistan deudas no satisfechas y que se hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados. c) El formal: la declaración judicial.

Y la excepción legalmente prevista a dicha remisión de deudas la constituyen las de Derecho público<sup>116</sup>, que reciben un trato distinto al resultante de la aplicación del artículo 178.2 de la Ley Concursal<sup>117</sup>. Recuérdese al respecto que

extinción. En este sentido v. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», *cit.*, apartado II.2.º, en el que se expresa una opinión unánime.

114. Al respecto, críticamente, v. PULGAR EZQUERRA, «Refinanciación...», *cit.*, pg. 1145; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pgs. 61-62; GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 38-40; y CABANAS TREJO, «Algunas cuestiones...», *cit.*, pg. 2.
115. Lo que implica que la posibilidad de remisión de deudas del art. 242.2.5.ª LC no es aplicable a los deudores a los que se excluye el acceso al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos conforme al art. 231.3 LC. Sobre tales exclusiones, entre otros, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pgs. 63-64; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 46-48.
116. Sobre el concepto de *créditos de Derecho público* en la Ley 14/2013 y su vinculación a que su gestión recaudatoria resulte de lo dispuesto en la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre), la General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) o la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), establecida en la nueva disp. adic. séptima LC, introducida por la Ley 14/2013, v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Derecho preconcursal...», *cit.*, pg. 68.
- Por su parte, MIRANDA SERRANO (v. «¿Qué hay...?», *cit.*, pg. 10) critica que el legislador haya optado por la exclusión de las deudas de Derecho público de la exoneración de deudas aplicable al empresario persona física que haya satisfecho la totalidad de los créditos contra la masa y privilegiados, pues considera inadmisibles que en esos casos la solución final del concurso se haga exclusivamente a costa del sacrificio de los acreedores privados. Sin embargo, el legislador permanece ajeno a este tipo de críticas y en la última reforma concursal sigue protegiendo el crédito público, el cual queda al margen de la paralización de ejecuciones judiciales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (v. art. 5 bis. 4, *in fine*, LC, en su redacción dada por el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo).
- Sobre esta excepción legal, su tramitación parlamentaria y su análisis a la luz del Derecho comparado, v. GARCÍA VICENTE, «¿Un régimen especial...», *cit.*, pg. 231; CUENA, «Ley de emprendedores...», *cit.*, pgs. 142-143; y GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pg. 60. Por lo demás, no parece que las normas sobre fraccionamiento y aplazamiento de las deudas de Derecho público en los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pagos, reguladas expresamente en la nueva disp. adic. séptima LC, introducida por la Ley 14/2013, sean especialmente aplicables en el caso de un concurso consecutivo, por su carácter liquidatorio. En contra v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 69.
117. Trato legislativo diferente que ha sido criticado, entre otros, por PULGAR EZQUERRA (v.

(ex. art. 91.4.º LC) el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y el conjunto de los de la Seguridad Social, que no disfruten de privilegio especial ni del privilegio general del artículo 91.2.º de la Ley Concursal, gozan del carácter privilegiado general hasta el cincuenta por ciento de su importe<sup>118</sup> si no tienen la consideración de subordinados (como ocurre con los recargos, artículo 92.3.º de la Ley Concursal<sup>119</sup>), por lo que de no haberse previsto su no remisión ésta se habría producido por el resto no satisfecho de los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social, cuya condición fuera de créditos ordinarios o subordinados. Y adviértase, por lo demás, que la no remisión de las deudas correspondientes a créditos de Derecho público no debe tener por efecto abrir la puerta a interpretaciones que lleven a admitir en este momento la inclusión de créditos públicos concursales no reconocidos previamente en el concurso.

Asimismo se ha de insistir en lo injusto que sería que la remisión afectase a créditos que no hubieran podido ser alegados en el procedimiento si los acreedores considerados fueran sólo los incluidos en la lista aportada por el deudor en su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos<sup>120</sup>. La posible consecuencia de remisión de deudas no satisfechas en la liquidación lleva a que se manifieste especialmente necesaria la adecuada determinación del pasivo antes de proceder a la liquidación del activo.

Por otra parte, los requisitos<sup>121</sup> previstos en el artículo 178.2 de la Ley Concursal para la remisión de las deudas insatisfechas son: a) El subjetivo: que

«Ley de emprendedores...», cit., pg. 7; y «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 69) quien se pregunta por la fundamentación jurídica para que las deudas de naturaleza pública reciban un trato distinto en procedimientos exoneratorios que, aun con diferencias en sus requisitos de acceso, son sustancialmente iguales.

118. Limitación que no alcanza a otros de Derecho público, entre los que se han de incluir, por imperativo legal (disp. adic. sexta.5 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de *Autonomía del Banco de España*), los créditos no satisfechos con cargo a garantías pignoraticias a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de otros Bancos Centrales Nacionales de la Unión Europea. Al respecto v. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, «Determinación...», cit., pg. 323.
119. Con relación a tales créditos, entre otros v. DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», cit., pgs. pg. 370; ALONSO LEDESMA, C. «Artículo 92. Créditos subordinados», en *Comentarios a la legislación concursal*, dir. PULGAR EZQUERRA/ALONSO UREBA/ALONSO LEDESMA/ALCOVER GARAU, t. I, Madrid, 2004, pg. 928; VALPUESTA GASTAMINZA, «Artículo 92. Créditos subordinados», en *Comentarios a la Ley Concursal*, dir. CORDÓN MORENO, Cizur Menor, 2004, pgs. 736-737; GARRIDO, J. M., «Artículo 92. Créditos subordinados», en *Comentario a la Ley Concursal*, dir. ROJO/BELTRÁN, t. I, Madrid, 2004, pgs. 570; GARCÍA VICENTE, «¿Un régimen especial...», cit., pg. 231; y ÁVILA DE LA TORRE, A., voz «Crédito subordinado», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. I, Cizur Menor, 2012, pgs. 802-805.
120. V. lo expuesto, *supra*, en el apartado III.
121. Sobre quién y por qué cauce se han de examinar la concurrencia de los requisitos para la exoneración de pasivo v. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado II.8.º, que expresa una opinión unánime. Y sobre el alcance de los efectos de la exoneración de pasivo v. el apartado II.9.º de dichas «Conclusiones...», en el que se recogen posiciones mayoritarias y minoritarias.

el deudor fuese una persona natural, sin que se exija la condición de empresario. b) Los tres objetivos: que se declare la conclusión del concurso por liquidación de la masa activa sin la satisfacción de todas las deudas o que en el caso de que intentado por el deudor sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos<sup>122</sup> no se abra el concurso consecutivo por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis. de la Ley Concursal; que el concurso no se califique como culpable<sup>123</sup> ni el deudor hubiera sido declarado culpable ni condenado<sup>124</sup> por delito previsto en el artículo 260 del Código Penal, en el

122. En lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado II.4.º, que expresa una opinión unánime, se considera que un deudor *ha intentado sin éxito* el acuerdo extrajudicial de pagos cuando el expediente termine sin acuerdo o sea anulado, pero no en los casos en el notario o el registrador hubiera rechazado de plano la solicitud ni en los casos en que se hubiese incumplido el acuerdo (salvo que se acredite que tal incumplimiento no es imputable al deudor). Al respecto también v. VÁZQUEZ CUETO, «Conclusión...», cit., pg. 546.

Por su parte CUENA (v. «Ley de emprendedores...», cit., pg. 141) considera que en ningún caso debería concederse un *fresh start* al deudor que incumpla premeditadamente el acuerdo. Por esta razón considera urgente una interpretación correctora de la norma que excluya este supuesto, aunque advierte que se trata de una labor difícil pues en la Ley de Emprendedores la buena fe del deudor no aparece como requisito de la liberación de deudas, para la que sólo se requiere que el concurso no se califique de culpable. Con carácter general, en su opinión, la ausencia de sanción penal no implica el merecimiento de la exoneración pues debiera exigirse al deudor un plus de diligencia para hacerse acreedor de tal tutela (pgs. 147-151, con ejemplos de Derecho comparado de control del comportamiento del deudor). En este mismo sentido, entre otros, v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 69; y GALLEGO, «Mediación...», cit., pg. 57.

123. Aunque se trata de una expresión tradicional no por ello deja de resultar llamativo que el legislador (v. gr. en los arts. 164 y 178.2 LC) adjetive al concurso de *culpable* (personificando al concurso) cuando este calificativo, desde el punto de vista de la responsabilidad, sólo es atribuible a una persona. Los únicos que en puridad pueden ser culpables son las personas, por concurrir en sus actos u omisiones dolo o culpa grave (con trascendencia civil o penal), bien sean el deudor, bien los representantes legales de la persona física, bien los representantes (administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o apoderados generales) de la persona jurídica.

Sobre el criterio de no culpabilidad y su comparación con el *test de discharge* presente en otros Ordenamientos vinculado a la concurrencia *ex ante* de la buena fe del deudor ante la aparición en su vida de circunstancias extraordinarias (desempleo, incapacidad, enfermedad, crisis matrimoniales, etc.) y con los *controles a posteriori* de la legislación alemana, que fija un periodo de prueba a lo largo del cual se ha de demostrar un comportamiento honrado y conforme a la buena fe, entre otros, v. GARCÍA VICENTE, «¿Un régimen especial...», cit., pgs. 231-234; CUENA CASAS, «*Fresh Start...*», cit., pgs. 8-9; y «Ley de emprendedores...», cit., pgs. 148-1; PULGAR EZQUERRA, «Ley de emprendedores...», cit., pgs. 6-8; y «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 69; MIRANDA SE-  
VILLANO, «¿Qué hay...?», cit., pg. 7; y GALLEGO, «Mediación...», cit., pgs. 57-58.

También v. PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», cit., pg. 58, quien afirma que las prohibiciones para acudir al procedimiento extrajudicial responden a concepciones decimonónicas.

124. La expresión *condenado* conlleva su declaración en una sentencia firme, por lo que si en el momento de decidir sobre la exoneración del pasivo ésta aún no se ha dictado (por estarse instruyendo o juzgando el asunto) no procede impedir la exoneración.

En el mismo sentido v. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en

que se sanciona a quien causa o agrava dolosamente la situación de crisis económica o insolvencia (quiebra fraudulenta) o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso<sup>125</sup>; y que se hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados<sup>126</sup> y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios<sup>127</sup>.

c) El formal: la declaración judicial.

sus «Conclusiones...», cit., apartado II.7.º, en el que se expresa una opinión mayoritaria. También v. los interrogantes planteados al respecto por VÁZQUEZ CUETO («Conclusión...», cit., pgs. 544-545).

125. Conforme a la opinión mayoritaria expresada por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado II.6.º, *por delitos singularmente relacionados con el concurso* no se debe entender, en abstracto, aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido está relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal, sino que la norma se debe referir a delitos específicamente relacionados con el concurso concreto que se tramita y en el cual debe decidirse sobre la exoneración del pasivo, con una vinculación directa. Y no será preciso para apreciar el requisito que el delito esté tipificado como uno de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que basta con que su contenido antijurídico quede relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (y se cita, a modo de ejemplo, los delitos contra las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos).

Advierte VÁZQUEZ CUETO (v. «Conclusión...», cit., pgs. 544-545) que el legislador no tiene presente ni eventuales concursos culpables previos ni el hecho de que el deudor hubiera disfrutado de la exoneración de deuda en anteriores ocasiones, incluso recientemente. Y que detrás de la expresión *delito singularmente relacionado con el concurso*, que no es una categoría tipológica penal, se encuentra probablemente una referencia que el legislador ha querido dejar abierta para su apreciación caso por caso por el juez lo que, inevitablemente, le sugiere la necesidad de reconocer un trámite de audiencia al deudor y a los acreedores afectados por la medida y la posibilidad del recurso de apelación, en su caso, ante la sentencia que resuelva el eventual incidente concursal por oposición que se plantee (arts. 177 y 197 LC). Pero no han de olvidarse tampoco las cautelas con que han de recibirse las interpretaciones amplias de preceptos restrictivos de derechos (al respecto v. CUENA, «Ley de emprendedores...», cit., pg. 147).

126. V. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», cit., apartado II.5.º (que expresa una opinión unánime), quienes mantienen que para gozar de la exoneración basta con la satisfacción del crédito privilegiado hasta la cuantía cubierta por el bien sobre el que recae la garantía, pues el resto tiene el tratamiento del crédito ordinario.
127. Umbral mínimo acumulado calificado por MIRANDA SERRANO (v. «¿Qué hay...?», cit., pgs. 7-8) como muy elevado, hasta tal punto que pronostica que la posibilidad de exoneración de deudas por esta vía va a ser más teórica que real pues las personas físicas que estén en condiciones de pagar todos los créditos privilegiados no serán muchas, no necesitarán el concurso y harán todo lo posible por evitarlo; y las personas físicas que necesiten de una exoneración de deudas no podrán tener acceso a ella principalmente por no estar en condiciones de pagar la totalidad de los créditos privilegiados (principalmente los préstamos con garantía hipotecaria). Además este autor concluye (pg. 11) que hasta el momento el crédito hipotecario parece ser intocable en nuestro país y que el tratamiento privilegiado que se da en las últimas reformas al crédito hipotecario tal vez sea el principal obstáculo legal del paso al frente en la regulación del concurso de la persona física que ha dado nuestro legislador con la Ley de Emprendedores.

Respecto a la eliminación por la Ley de la posibilidad de una *segunda oportunidad* para

Además de su aplicación a deudores personas naturales empresarios o no, las fórmulas contempladas en la Ley Concursal para la remisión de deudas insatisfechas (la del artículo 242.2.5 y la del artículo 178.2) presentan algunas diferencias destacables respecto a sus requisitos objetivos que han de ser analizadas.

La primera de estas diferencias es la desigual terminología empleada para referirse a la calificación del concurso (fortuito/no culpable). Sin embargo, dado que el concurso sólo puede declararse como culpable o como fortuito, no resulta relevante que el legislador exprese el requisito objetivo de ausencia de culpa del deudor de dos maneras distintas, exigiendo la calificación del concurso como *fortuito* (art. 242.2.5.ª LC) o que el concurso *no hubiera sido declarado culpable* (art. 178.2 LC), pues no cabe una tercera posibilidad ya que si el concurso no es declarado culpable se trata de un concurso fortuito, se emplee para ello la calificación de fortuito o de no culpable.

Sin embargo ha de advertirse que el legislador es más restrictivo en el artículo 178.2 de la Ley Concursal, al exigir que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni (se entiende, el deudor) *condenado por delito previsto en el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso*, que en la letra del artículo 242.2.5.ª de la Ley Concursal, en la que tan sólo requiere que el concurso se calificara como fortuito. Pero este último artículo ha de entenderse a la vista de las previas restricciones habidas en el artículo 231.3.1.º y 3.º de la Ley Concursal para la solicitud del acuerdo extrajudicial, conforme a las cuales no pueden formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, y quienes hubieren sido declarados en concurso de acreedores dentro de los tres últimos años. Preceptos en los que se comprende una relación de tipos penales más detallada que la contenida en el artículo 178.2 de la Ley Concursal<sup>128</sup>. Se produce por tanto en esta materia una falta de coordinación criticable en cuanto a los supuestos de hecho contemplados por las normas concursales y, lo que es más grave, por éstas y las penales. A consecuencia de tales diferencias pueden darse casos (probablemente excepcionales, a lo que ha de coadyuvar la labor desarrollada por el Ministerio Fiscal), en que

buena parte de los deudores personas físicas también v., entre otros, CUENA CASAS, M., «Fresh start y Anteproyecto de Ley de Emprendedores: no hay segunda oportunidad para el que menos tiene», *¿Hay Derecho?*, 20 de junio de 2013, disponible en [www.hayderecho.com/2013/11/05/ley-de-emprendedores-y-segunda-oportunidad-i-que-deudas-se-perdonan/](http://www.hayderecho.com/2013/11/05/ley-de-emprendedores-y-segunda-oportunidad-i-que-deudas-se-perdonan/), donde categóricamente se afirma que en la Ley proyectada no hay segunda oportunidad para quienes menos tienen; y «Ley de emprendedores...», cit., pgs. 139-141; VÁZQUEZ CUETO, «Conclusión...», cit., pg. 545; y GALLEGU, «Mediación...», cit., pg. 60.

Al respecto CUENA (v. «Ley de emprendedores...», cit., pgs. 136 y 145) califica de *contrasentido* que la lista de delitos cuya comisión impide el acceso al procedimiento extrajudicial sea más amplia que la que impide la exoneración del pasivo pendiente.

ante unos mismos hechos el juez de lo mercantil considere el concurso como fortuito (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 164 de la Ley Concursal) y el juez penal lo declare culpable (conforme al artículo 260 del Código Penal), habida cuenta del principio conforme al que *la calificación del concurso en el proceso civil no vincula a la jurisdicción penal*, el cual está recogido tanto en la Ley Concursal (art. 163.2) como en el Código Penal (art. 260.4), sin que se haya establecido la prejudicialidad penal en el proceso concursal (arts. 189 LC y 260.3 CP), aunque en el caso de la exoneración de deudas la prudencia aconseja en muchos supuestos esperar al pronunciamiento del juez penal<sup>129</sup>.

La segunda diferencia estriba en que para la remisión de deudas del deudor persona natural que haya seguido el cauce del procedimiento concursal general (art. 178.2 LC) es necesaria la satisfacción de todos los créditos privilegiados y del veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, lo que supondría en el caso de créditos públicos reconocidos como privilegiados generales sólo hasta el cincuenta por ciento de su importe (v. artículo 91.5.º de la Ley Concursal, entre los que se incluyen los de Derecho público no reconocidos como privilegiados especiales del artículo 90.1 de la Ley Concursal ni como privilegiados generales del artículo 91.2.º de la Ley Concursal) la posible remisión de deudas una vez pagada la cuarta parte del cincuenta por ciento del importe de tales crédito públicos (es decir tras el pago de la cuarta parte de aquella mitad que se clasifica como crédito ordinario). Pero si el deudor empresario persona natural hubiera seguido el cauce del expediente extrajudicial de pagos que derivase en un concurso consecutivo no cabría la remisión de las deudas correspondientes a créditos de Derecho público<sup>130</sup> y, por el contrario, no sería exigido el pago de al menos la cuarta parte de los créditos ordinarios (aunque sí el pago de todos los créditos de Derecho público clasificados como ordinarios, y hasta los subordinados<sup>131</sup>); régimen que se extiende al supuesto

129. Con la misma opinión v. CUENA, «Ley de emprendedores...», *cit.*, pg. 146, quien afirma que no cabe interpretar las normas de manera que se llegue a resultados contrarios a su espíritu y finalidad (un delincuente no puede beneficiarse de una liberación de deudas). Por ello considera que el juez mercantil debe suspender su pronunciamiento sobre la exoneración de deudas hasta que se pronuncie el juez penal, especialmente porque en el nuevo art. 178.2 LC no se establecen normas que prevean la revocación de la exoneración (como sí se establecen en los Ordenamientos italiano y alemán).

Sin embargo, los Magistrados de lo Mercantil de Madrid (v. «Conclusiones...», *cit.*, apartados II.7.º) se pronuncian por mayoría por considerar que el hecho de que se esté instruyendo o juzgando al deudor por uno de los delitos contemplados en el art. 178.2 LC en el momento de decidir sobre la exoneración del pasivo no impide al juez de lo mercantil conceder la exoneración, basando este criterio en que se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva. También con este criterio v. CGPJ, «Informe...», pg. 19.

130. En el mismo sentido v. lo expuesto por los Magistrados de lo Mercantil de Madrid en sus «Conclusiones...», *cit.*, apartado II.3.º, que expresa una opinión unánime, en el que se aclara que el límite de la exoneración, a favor del crédito público, sólo opera para las personas físicas empresarios en el ámbito del concurso consecutivo.

131. Cuando el legislador no distingue el intérprete tampoco debe hacerlo y tan públicos son unos como otros. No obstante resulta paradójico que se remitan deudas correspondientes a créditos ordinarios privados que eran de pago previo a los créditos públi-

contemplado en el artículo 178.2 de la Ley Concursal del deudor que hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos y no proceda la declaración de concurso consecutivo por insuficiencia de masa activa.

Ante tales divergencias de disciplina, no suficientemente justificadas, no puede darse una respuesta categórica a la duda sobre qué régimen resulta más beneficioso para el deudor empresario persona física<sup>132</sup> pues, habida cuenta que las condiciones en uno y otro supuesto de remisión de deudas difieren, el resultado dependerá de la clasificación reconocida a los créditos que en cada caso compongan la masa pasiva del concurso. No cabe, en fin, anticipar qué procedimiento, el del concurso o el del acuerdo extrajudicial (acabe en concurso consecutivo o no –pues, ex. artículo 242.2 de la Ley Concursal, en caso de insuficiencia de masa activa el juez no declarará el concurso consecutivo, sino la conclusión del concurso, *rectius*, procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, y el archivo de las actuaciones, v. artículos 176 y 176 bis de la Ley Concursal–), es más favorable a efectos de remisión de deudas impagadas para el empresario persona natural, único sujeto al que podrían aplicarse ambos sistemas.

Por último debe apuntarse que la inclusión del supuesto del deudor (empresario persona natural) que *hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos* en el artículo 178.2 de la Ley Concursal conlleva algunos problemas interpretativos. Técnicamente no resulta del todo inadecuada la ubicación del supuesto si en tales casos no se declara el concurso consecutivo (aunque no es pacífico en la doctrina que la existencia de la masa sea un presupuesto de la declaración del concurso)<sup>133</sup>, pero sí que la no declaración de éste pueda situar al deudor en una posición jurídica distinta a la que tendría si el concurso se declarara, habida cuenta de las divergencias expuestas relativas a los requisitos

cos subordinados y no se remitan éstos, lo que lleva a pensar que tras la decisión del legislador pesan más las razones de protección del crédito público que las dogmáticas. Por contra CUENA (v. «Ley de emprendedores...», *cit.*, pgs. 143-144) considera que, frente a lo que ocurre en la mayoría de los países de nuestro entorno, los créditos subordinados públicos parece que son exonerables, afirmación que funda en la especificación que sobre el concepto de crédito de Derecho público se hace en la disp. adic. séptima LC, introducida por la Ley 14/2013; y concluye que es un error grave de planteamiento haber determinado qué deudas no son exonerables en función de su clasificación en el concurso, pues los criterios empleados para tal consideración en el concurso pueden no ser aptos para justificar una exoneración de deudas, e ilustra su tesis con algunos ejemplos (pensiones por alimentos, pensiones compensatorias, indemnizaciones debidas a familiares o derivadas de obligaciones extracontractuales), tras lo que apunta que en la mayoría de países que acogen el *fresh start* se excluyen determinadas deudas de la exoneración. Al respecto también v. CGPJ, «Informe...», *cit.*, pgs. 20-21; y PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pgs. 70-71.

132. CUENA (v. «Ley de emprendedores...», *cit.*, pgs. 135 y 142) expresa idénticas dudas sobre si la posición del empresario persona física es mejor que la del consumidor y concluye que el deudor tendrá que hacer números para ver lo que le conviene más.

133. Por todos. v. RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. y VIGUERA RUBIO, J. M., voz «Insuficiencia de la masa», en *Enciclopedia de Derecho concursal*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/CAMPUZANO, t. II, Cizur Menor, 2012, pgs. 1843-1874.

objetivos para la remisión de deudas y a las deudas afectadas por la remisión previstos en los artículos 178.2 y 242.2.5.<sup>a</sup> de la Ley Concursal, cuando el propio deudor promovió el inicio del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

En nuestra opinión, en pos de la seguridad jurídica y del igual trato del deudor cuyo intento de acuerdo extrajudicial de pagos fracasó por las tres causas que llevan a la declaración del concurso consecutivo (la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>134</sup>, el incumplimiento del plan de pagos acordado y la anulación del acuerdo alcanzado) y del que no lograra su éxito por otras causas (algo difícil de concretar en la práctica habida cuenta de la amplitud de las tres causas apuntadas, pues incluso en el caso de la insuficiencia de la masa activa<sup>135</sup>, ésta hace también imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos; si bien pueden incluirse aquí otros supuestos en los que no se cumplan los requisitos objetivos para la declaración del concurso consecutivo, como ocurre cuando la insolvencia declarada por el deudor hubiera sido inminente y no se hubiese hecho efectiva durante la tramitación del expediente<sup>136</sup>). Por ello el legislador debiera haber establecido, de un lado, que los requisitos objetivos a cumplir para la remisión de deudas del deudor empresario persona natural fueran siempre los previstos especialmente en el artículo 242.2.5.<sup>a</sup> de la Ley Concursal (pues el deudor decidió voluntariamente intentar el acuerdo extrajudicial de pagos) y no los requisitos generales expresados en el artículo 178.2 de la Ley Concursal; y, de otro, que en todo caso se exceptúa de la remisión de deudas a los créditos de Derecho público. Y es que el silencio en el texto de la última frase del artículo 178.2 de la Ley Concursal respecto de esta excepción (la de los créditos públicos) y la inclusión en ella de la expresión *remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados* podría llevar, en una interpretación no sistemática, a la conclusión de la remisión de las deudas insatisfechas concretadas en dicho artículo 178.2 de la Ley Concursal (lo que en algunas ocasiones podría ser más ventajoso para el deudor y en otras menos), de igual manera que la ubicación del supuesto en ese mismo apartado podría llevar a juzgar aplicables los requisitos objetivos en él expresados, los cuales, como se ha expuesto, difieren de los previstos en el artículo 242.2.5.<sup>a</sup> de la Ley

134. En este mismo sentido, PULGAR EZQUERRA afirma (v. «Acuerdos de refinanciación...», *cit.*, pg. 69) que si se intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos estaríamos dentro del marco del concurso consecutivo y de la aplicación de la fórmula de exoneración del art. 242.2.5.<sup>o</sup> LC.

135. Como se verá, *infra*, en el apartado V, en puridad la excepción del supuesto de la insuficiencia de la masa activa contenida en el art. 242.2 LC está referida a la apertura necesaria y simultánea de la fase de liquidación con las especialidades establecidas en dicho precepto. La falta de masa activa para atender las deudas de la masa, por lo demás, implica la conclusión tanto del concurso (art. 176 bis LC) como del concurso consecutivo, por lo que si el juez la advierte debe procederse a la liquidación de la masa activa entre los acreedores de la masa, haciendo innecesarias o imposibles de cumplir algunas previsiones legales relativas al concurso consecutivo.

136. V. lo expuesto, *supra*, en el apartado II.

Concursal. De ser esto así se estaría ofreciendo al juez la posibilidad de dar a los deudores empresarios personas naturales, que cumplan los requisitos más estrictos del artículo 242.2.5.<sup>a</sup> de la Ley Concursal y los más generales del artículo 178.2 de la Ley Concursal, dos soluciones de remisión de deudas insatisfechas diferentes, y la elección de una u otra no sería inicua para los acreedores implicados, cuando lo oportuno sería que se aplicase siempre la regla especial del artículo 242.2.5.<sup>a</sup> de la Ley Concursal a los supuestos por él regulados.

## 6. OTRAS ESPECIALIDADES: LA CALIFICACIÓN COMO SUBORDINADOS DE LOS CRÉDITOS DE LOS ACREEDORES ABSTENCIONISTAS Y LA REALIZACIÓN EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN DE OPERACIONES PROPIAS DE LA FASE COMÚN

Además de las ya expuestas cinco especialidades expresamente declaradas como tales en el nuevo artículo 242.2 de la Ley Concursal, otras dos más han de ser analizadas, la primera ubicada en el artículo 237.1 de la Ley Concursal y la segunda en el propio artículo 242.2 pero fuera de la enumeración de especialidades.

Efectivamente, una de las disposiciones más distorsionadoras introducidas por la Ley 14/2013 es la contenida en el artículo 237.1, *in fine*, de la Ley Concursal, con la que se quiere propiciar la negociación entre deudor y acreedores. A tal efecto se dispone el deber de los acreedores de asistir a la reunión convocada por el mediador concursal para debatir sobre el plan de pagos y viabilidad remitido por éste o a manifestarse previamente (diez días antes) a favor o en contra de dicho plan, sancionando duramente a los abstencionistas. Conforme a esta norma en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso (consecutivo) del deudor común se calificarán como subordinados los créditos de los acreedores que habiendo recibido la convocatoria no hubieran asistido a la reunión. Regla sobre la que se formulan dos excepciones: la de los créditos con garantía real y la de los créditos respecto a los que su titular hubiere manifestado su aprobación u oposición al plan de pagos y viabilidad propuesto dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Además, claro está, de la excepción de los créditos de Derecho público, que no pueden verse afectados por el acuerdo extrajudicial (art. 231.5, párr. 2.<sup>o</sup>, y disp. adic. séptima LC)<sup>137</sup>.

Se trata de una nueva especialidad en materia de liquidación del concurso consecutivo que sorprende, en primer lugar, como ya hemos expresado, por no

137. En este sentido v. GALLEGU, «Mediación...», *cit.*, pgs. 60-61, quien considera que la sanción prevista tendrá una eficacia práctica reducida pues para librarse de la subordinación del crédito el acreedor sólo tiene que oponerse al plan de pagos y viabilidad, lo que puede hacer incluso sin asistir a la reunión. Autora que prefiere la solución prevista en el Derecho norteamericano, en el cual para incitar a los acreedores a negociar autoriza al tribunal a reducir hasta en un 20% el crédito del acreedor que rechazó la oferta de pago efectuada por el deudor, dentro de los 60 días anteriores a la solicitud de concurso, ofreciendo abonar al menos un 60% de la deuda en un plazo razonable; y la compara con el Anteproyecto de la Ley de Emprendedores.



estar ubicada en el artículo 242.2 de la Ley Concursal, junto a las demás, ya estudiadas (sino en el artículo relativo a la reunión de los acreedores), pues la clasificación de los créditos incide en la liquidación, que necesaria y simultáneamente (salvo el caso de la insuficiencia de masa activa) se abre con la declaración del concurso consecutivo<sup>138</sup>; y, en segundo lugar, por las dificultades que plantea su aplicación pues, si bien es clara la voluntad del legislador de sancionar con la subordinación de sus créditos a los acreedores abstencionistas, no se ha dispuesto el lugar que ocuparán tales créditos en la escala de los subordinados del artículo 92 de la Ley Concursal, que es la que establece el orden en que han de pagarse (art. 158 LC)<sup>139</sup>, pues aunque en la práctica es poco frecuente que se paguen los créditos subordinados ha de existir una norma que gradúe esta modalidad de créditos preteridos.

Por lo demás, se ha apuntado con acierto que debe interpretarse restrictivamente esta disposición sancionadora, considerándose circunscrito el supuesto de subordinación al caso en que el concurso consecutivo se declare por imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial por no haberse logrado el pasivo necesario para la aceptación del plan de pagos y viabilidad propuesto (art. 238.1 LC); y no a otros supuestos como el incumplimiento del acuerdo (art. 241 LC), su anulación (art. 239 LC) o haberse adoptado por los acreedores potencialmente afectados que representen la mayoría del pasivo la decisión de no continuar las negociaciones (art. 236.4 LC)<sup>140</sup>.

Y por último, hemos de hacer referencia en este lugar a una segunda especialidad no incluida en el listado del artículo 242.2, aunque sí en el texto que precede a esta enumeración. Nos referimos a la determinación legal de que en el concurso consecutivo la fase de liquidación se constituye en la fase única del concurso, pues en tal caso no existe fase común, y en ella se habrán de realizar operaciones propias de ésta, como la elaboración por el administrador concursal del inventario, del listado de acreedores y de su informe. A ella ya nos hemos referido en el apartado III, por lo que nos remitimos a lo allí apuntado.

## V. LA EXCEPCIÓN DEL SUPUESTO DE INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA

La única excepción legal del efecto consustancial a la declaración del concurso consecutivo constituido por la apertura de la fase de liquidación la constituye la insuficiencia de masa activa, es decir aquel caso en que la masa activa no resulta bastante para la satisfacción de los créditos contra la masa (concurso del concurso, artículos 176.1.3.º y 176 bis<sup>141</sup>). Al respecto se ha de destacar

138. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», *cit.*, pg. 372.

139. En el mismo sentido v. DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», *cit.*, pg. 372.

140. Al respecto v. DÍAZ MORENO, «Masa pasiva...», *cit.*, pg. 372, quien para la última hipótesis apunta que la imposibilidad de concluir un acuerdo se pone de manifiesto antes de la celebración de la reunión, con lo que de ningún modo podría entrar en juego esta causa de subordinación.

141. Este art. 176 bis LC fue añadido a la LC por la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En él se disciplina el modo en que se ha de verificar la insuficiencia de masa, las garantías que han de adoptarse y las reglas que han de seguirse en esta especial liquidación. Con carácter general, sobre la regulación de la

que parece cuanto menos llamativa la referencia a una causa especial de conclusión del concurso cuya verificación requiere, entre otros, de la realización de actos propios de la fase común del concurso como son la determinación de las masas activa y pasiva.

La declaración de la insuficiencia de la masa activa es una decisión basada en datos de carácter económico aportados al juez que requiere de una previa actividad. En el concurso el juez podrá alcanzar esta conclusión una vez conocido el informe del administrador concursal (el cual incorporará necesariamente los documentos que contengan el inventario de la masa activa y la lista de acreedores, artículo 75 de la Ley Concursal), o incluso directamente si tal insuficiencia le resultara evidente (art. 176 bis 4 LC), y descartada la posibilidad de que la masa activa se vea acrecentada suficientemente como consecuencia de acciones pendientes (de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros), de que el concurso sea declarado culpable y de que los créditos contra la masa estén garantizados por terceros de manera bastante. Por su parte, el administrador concursal habrá llegado a la determinación de las masas activa y pasiva, que incluye en su informe, tras un proceso generalmente laborioso, que se inicia con el estudio de los documentos aportados por el deudor junto a su solicitud de declaración de concurso (art. 6.2 LC) y que requerirá de las oportunas ampliaciones o depuraciones del inventario de bienes y de la lista de acreedores presentados por el deudor, mediante incorporaciones y separaciones de bienes y de comunicaciones y reconocimientos de créditos, respectivamente. Informe del que el administrador concursal dará publicidad a los acreedores (art. 95 LC), quienes pueden oportunamente impugnarlo ante el juez del concurso (art. 96 LC).

Podría afirmarse en una primera aproximación poco profunda a la figura que el mediador concursal desarrolla en el nuevo sistema del acuerdo extrajudicial de pagos una función en esencia igual a la que el administrador concursal realiza en el concurso. Sin embargo, la actuación de uno y otro resultan signifi-

insuficiencia de la masa para atender a los créditos contra la masa, entre otros, v. PARRA, M. Á., *Persona y patrimonio en el concurso de acreedores*, Cizur Menor, 2009, pgs. 162-166; «El concurso de la persona física», en *La reforma concursal. III Congreso español de Derecho de la insolvencia*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/PRENDES, Cizur Menor, 2011, pgs. 186-199; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A., «La existencia de activo realizable como requisito de procedibilidad en el concurso», *RcP*, n.º 12, 2010, pgs. 37-57; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., «La conclusión del concurso», en *La reforma concursal. III Congreso español de Derecho de la insolvencia*, dir. BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES/PRENDES, Cizur Menor, 2011, pgs. 663-719; ALONSO LEDESMA, C., «Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos», *RcP*, n.º 14, 2011, pgs. 42-48; CAMPUZANO, A. B., voz «Conclusión del concurso (La)», en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, t. I, dir. BELTRÁN y GARCÍA-CRUCES, Cizur Menor, 2012, pgs. 536-540; RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y VIGUERA RUBIO, «Insuficiencia...», *cit.*, pgs. 1843-1874; MERCADAL VIDAL, F. «Las especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa», en *Estudios Vicent Chuliá*, Valencia, 2013, pgs. 1721-1738; ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de los concursos sin masa», *RDCo*, n.º 28, 2013, pgs. 11-30; y VÁZQUEZ CUETO, «Conclusión...», *cit.*, pgs. 537-540.

cativamente diferentes, más completa e intensa la del administrador concursal (quien ha de presentar un informe al juez y ha de intervenir o sustituir al deudor en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial) que la del mediador concursal (cuya labor se centra en mediación entre el deudor y los acreedores para la aprobación de un plan de pagos y viabilidad)<sup>142</sup>, siendo el sistema judicial más garantista jurídicamente para los acreedores. De manera que si, en lo que respecta al patrimonio del deudor, el mediador concursal ha de estar a la información contenida en la solicitud presentada (art. 232.2 LC) relativa a su activo (efectivo, activos líquidos de que dispone, bienes y derechos de los que sea titular e ingresos regulares previstos) y a su pasivo (lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos —comprendiendo los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de Derecho público—, relación de contratos vigentes y relación de gastos mensuales previstos), sin que se le requiera la formulación de un inventario de bienes en el que se efectúen las necesarias incorporaciones y separaciones y de una lista de acreedores oportunamente depurada (pues al mediador concursal sólo se le exige que compruebe la existencia y la cuantía de los créditos —art. 234.1 LC—)<sup>143</sup>, difícilmente se podrá conocer con la necesaria precisión si la masa activa no resulta bastante para la satisfacción de los créditos contra la masa, pues para ello antes debería establecerse con la necesaria certeza qué bienes integran la masa activa y a qué créditos se les reconoce el carácter de créditos contra la masa<sup>144</sup>.

Por todo ello incluso en el caso de que, por analogía a lo dispuesto para el administrador concursal (art. 176 bis LC), el mediador concursal manifestase en su solicitud al juez de declaración de concurso consecutivo del deudor que ésta se fundamenta en la insuficiencia de masa activa, dicha apreciación no tendría por qué ser respaldada por el juez. Y es que el nuevo sistema previsto para el intento de la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos no exige al mediador concursal la entrega de informe alguno ni ofrece al juez otros datos económicos diferentes a los suministrados por el deudor en su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos para poder llegar a la deducción de la insuficiencia de masa activa. Por ello el juez no debería declarar la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa sin contrastar la información aportada por el deudor ni ofrecer a los acreedores la necesaria oportunidad de oponerse a lo expresado por el deudor al mediador concursal o a lo manifestado por éste o el deudor al solicitar la declaración de concurso consecutivo. A tal efecto

142. V. SANJUAN Y MUÑOZ, «Naturaleza jurídica...», cit., pg. 19, quien considera que la figura del mediador en supuestos de insolvencia se corresponde con la verdadera naturaleza de la mediación entendida como la intervención de un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes en conflicto a solucionar su problema, y no como un partícipe pasivo que canaliza una convocatoria de reunión en la que existe la posibilidad de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores.

143. V. lo expuesto, *supra*, en el apartado III.

144. Con relación a la calificación de los créditos de la masa v. lo apuntado, *supra*, en el apartado II.2.

parece razonable la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 176 bis.3, párrafos segundo y tercero de la Ley Concursal, en el que se determina que el informe justificativo de la solicitud del administrador concursal de declaración de conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa ha de ponerse de manifiesto en la Oficina judicial a todas las partes personadas, tras lo cual el juez puede dictar un auto declarando la solicitada conclusión del concurso, resolviéndose por el trámite del incidente las posibles oposiciones formuladas por las partes a la conclusión del concurso.

Por lo demás, si el juez declarase mediante auto la insuficiencia de masa activa, la aplicación de las normas relativas al pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de masa activa previstas en el artículo 176 bis. 2 de la Ley Concursal requeriría el nombramiento del correspondiente administrador concursal, quien habría de seguir el sistema de pago de créditos fijado en esa misma norma (conforme al orden preestablecido y, en su caso, a prorrata dentro de cada número)<sup>145</sup>. Designación de administrador concursal que, como hemos visto, recaería en el mediador concursal, salvo justa causa, como así se dispone en el artículo 242.2.1.ª de la Ley Concursal, que consideramos aplicable analógicamente a pesar de que en el supuesto de insuficiencia de masa activa se declaren inaplicables las especialidades en materia de liquidación estipuladas para el concurso consecutivo (art. 242.2 LC), lo que lógicamente se debe referir a aquéllas en las que se presupone la existencia de masa activa sujeta a la satisfacción de los créditos concursales\*.

145. En general sobre las operaciones de liquidación, entre otros, v. BELTRÁN, «Cap. 98. Liquidación», cit., pgs. 1087-1100; y DÍAZ MORENO, «Liquidación...», cit., pgs. 489-503.

Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i titulado «Principales instituciones del Derecho de la insolvencia. La reforma del Derecho concursal» (referencia DER2011-29417-C02-01), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011.