

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA MEDIACIÓN CONCURSAL EN LA LEY DE EMPRENDEDORES

Lorenzo Prats Albentosa, catedrático de Derecho Civil

La reciente Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización aborda un amplio número de materias, con las que se pretende dar amparo y tutela a una nueva categoría de sujetos –un nuevo héroe para una nueva época...- que denomina “emprendedores”. En síntesis, estos son todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizan una actividad económica. Un concepto que, por tanto, supera al comerciante y al empresario y abarca al profesional e, incluso, al denominado fiscalmente como “autónomo”. Nada extraño ya, desde que el Anteproyecto de Código Mercantil, elaborado por la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, acoge en su seno a los artesanos.

El propósito último del legislador es promover, desde todos aquellos ángulos que ha sido capaz de imaginar, la actividad económica. Y para ello establece una serie de incentivos en múltiples ámbitos para que quien tenga el propósito de emprender una actividad de tal tipo lo haga al amparo de la red que esta ley teje.

Una de las líneas de acción pretende, con carácter general, apoyar a la iniciativa emprendedora, a través de un conjunto de acciones, que abarcan desde la “educación en emprendimiento”, pasando por el denominado “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”, hasta terminar con la creación de una nueva pieza dentro del ámbito de la pre concursalidad (o de la desjudicialización de la situación de insolvencia), una vez se ha comprendido que el temor al concurso, y a sus efectos sobre el deudor (entre los cuales no son menores sus devastadoras consecuencias sobre el maltrecho patrimonio del concursado), disuade a no pocas personas de iniciarse en esa aventura que ahora se denomina emprender. Esta nueva pieza se denomina acuerdo extrajudicial de pagos, y su éxito pivota sobre la actividad del que se denomina mediador concursal.

De modo que la útil y versátil herramienta de la mediación se convierte en una técnica que, sin duda, aportará inteligencia a las partes para facilitar, en un buen número de casos, la superación de la situación de solvencia y sobre todo el mantenimiento en el tráfico de un emprendedor vivo -en términos económicos- antes que patrimonialmente “muerto”.

CATÁLOGO DE RECURSOS Y REMEDIOS PRE-CONCURSALES

La Ley, como se ha dicho, persigue desplegar sus efectos tuitivos sobre la actividad del denominado “emprendedor-persona natural” –aunque no solo-, perfeccionando el catálogo de recursos y remedios pre-concursales.

A este objeto, de un lado, se incluye en el concepto emprendedor tanto al comerciante, como a quien realice actividades profesionales, como, además y en general, a los trabajadores autónomos; lo que, de un parte, persigue ampliar la base subjetiva de protección (con discriminación, por trato desigual, del deudor “no emprendedor” o

consumidor) y, de otra, supone la atribución de mayores competencias al Registro Mercantil (sobre personas respecto de las que hasta ahora no las tenía), lo que no es más que una deriva de la estrategia de política legislativa -que quedará como marca del actual Legislador- de “registrarizar” la vida de nuestros ciudadanos.

Y, en segundo lugar, se modifica la Ley Concursal mediante la creación de un nuevo Título X (Arts. 231 a 241), para introducir la regulación del que se denomina “Acuerdo extrajudicial de pagos”, y crear la figura del mediador concursal, a quien, incluso, se faculta para que pueda solicitar la declaración de concurso.

ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Este Acuerdo podrá solicitarlo aquel emprendedor persona natural, que o bien esté en estado de insolvencia, según el Art. 2 LConc, o bien prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones. La solicitud se podrá realizar siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, y lo demuestre aportando el correspondiente balance.

Además, se contempla la posibilidad de que también puedan acogerse a este procedimiento “personas jurídicas, sean o no sociedades de capital”, (por tanto, también sociedades civiles, asociaciones y fundaciones), que estén en estado de insolvencia, que, en el caso en el que sean declaradas en concurso, este no tenga que revestir especial complejidad, que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo, y que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr “con posibilidades de éxito” un acuerdo de pago.

La norma establece que no podrá pretender un acuerdo de esta naturaleza el emprendedor que haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores; así como tampoco el obligado a inscribirse en el Registro Mercantil que no lo haya hecho con antelación a la solicitud del acuerdo, ni quienes hayan incumplido su deber de llevar contabilidad en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud de acuerdo, o incumplido su deber de presentar las cuentas anuales en alguno de tales ejercicios.

Tampoco lo podrán solicitar quienes, en los últimos tres años, hayan llegado a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, o hayan obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hayan sido declaradas en concurso de acreedores; ni aquellos que estén negociando un acuerdo de refinanciación, o respecto de los que se haya admitido a trámite su solicitud de declaración de concurso. Por último, no se admite que se pueda iniciar la negociación de este acuerdo cuando cualquiera de los acreedores que deba verse afectado por el acuerdo hubiera sido declarado en concurso.

De otra parte, se impide a las entidades aseguradoras y reaseguradoras que puedan ser parte en un acuerdo de esta naturaleza.

El acuerdo a que se llegue no podrá afectar a los créditos de derecho público; mientras que los derechos de crédito con garantía real –prenda, hipoteca, anticresis– sólo se incorporarán al convenio, y resultarán afectados por él, si así lo deciden sus titulares y lo comunican expresamente al mediador concursal.

La Ley contempla el procedimiento para la negociación y ulterior perfección de este tipo de acuerdo, que inicia con la solicitud por el deudor del nombramiento de un “mediador concursal”.

Esta solicitud se dirigirá por el deudor empresario (comerciante/profesional) persona natural, sociedad civil, asociación o fundación a un notario de su domicilio. No obstante, si el deudor es un empresario o persona jurídica inscribible, la solicitud se dirigirá al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia, quien, en el caso en el que el solicitante no esté inscrito en el Registro, procederá a la apertura de la hoja correspondiente.

La petición se hará mediante instancia en la que el deudor hará constar el dinero y sus activos líquidos, bienes y derechos, los ingresos regulares previstos. A este listado acompañará una relación de sus acreedores, en la que referirá la cuantía y los vencimientos de sus créditos e indicará aquellos que sean titulares de créditos con garantía real o créditos de derecho público. Y, además, una relación con los contratos vigentes y, otra más, que contenga los gastos mensuales previstos.

Cuando el deudor sea persona casada se identificará a su cónyuge, así como su régimen económico matrimonial. Este deber no deberá cumplirse cuando el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes.

En el caso en el que el deudor estuviese obligado a la llevanza de contabilidad deberá acompañar las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

El notario o el registrador mercantil deberá designar mediador concursal a aquella persona que, por reunir los requisitos para ser mediador previstos en la Ley 5/2012, de Mediación, esté inscrita en la lista oficial elaborada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que se publicará en el portal correspondiente del BOE, y que le corresponda según la secuencia prevista en tal listado.

El notario o registrador mercantil nombrará al mediador, quien deberá aceptar el cargo. La certificación o copia del acto de la aceptación será remitida a los registros públicos de bienes, para que lo hagan constar mediante anotación preventiva en el folio registral correspondiente. También se remitirá al Registro Civil, así como “a los demás registros públicos que corresponda”.

Además, el notario o el registrador comunicarán de oficio al juez competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones, y ordenará su publicación en el “Registro Público concursal.”

Asimismo, esta comunicación se dirigirá telemáticamente a la Agencia Tributaria y a la Tesorería de la Seguridad Social en la que, además, se indicará, a parte de los datos identificativos del deudor, los del mediador y la fecha en la que aceptó el cargo. Cuando haya representación de los trabajadores, también se les comunicará, y se les ofrecerá personarse en el procedimiento.

El mediador, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar la existencia y la cuantía de los créditos. Y en los dos meses siguientes convocará por conducto notarial a una reunión al deudor y a los acreedores que pudieran quedar afectados por el acuerdo, que se celebrará en el lugar del domicilio del deudor.

En la convocatoria, se hará constar que la finalidad de esta reunión es alcanzar un acuerdo de pago, además de expresar la cuantía del crédito de cada acreedor, y las fechas de concesión y vencimiento y las garantías constituidas. Los titulares de créditos garantizados con prenda, hipoteca o anticresis podrán comunicar expresamente al mediador en el mes siguiente a la recepción de la convocatoria su voluntad de intervenir en el acuerdo.

La iniciación del expediente no impedirá que el deudor continúe con su actividad, si bien su capacidad quedará restringida pues “se abstendrá” de solicitar la concesión de préstamos o créditos y deberá devolver las tarjetas de crédito de las que sea titular y “se abstendrá” de utilizar ningún medio electrónico de pago.

De otra parte, mientras duren las negociaciones del acuerdo, el deudor no podrá ser declarado en concurso, salvo que concurren las circunstancias previstas en el Art. 5 bis LConc.

Los acreedores afectados por el acuerdo, por su parte, tras la publicación de la apertura del expediente, no podrán iniciar o continuar ninguna ejecución sobre el patrimonio del deudor durante el plazo máximo de tres meses, en el que se esté negociando el acuerdo extrajudicial. Además, deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del su deudor.

PLAN DE PAGOS DE LOS CRÉDITOS PENDIENTES

El mediador concursal, al menos veinte días naturales antes de la celebración de la reunión, remitirá a los acreedores, con el consentimiento previo del deudor, un Plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Si en él se contempla una mora o espera, esta no podrá superar los tres años, y si se propone una quita, esta no superará el 25% del importe de los créditos.

A este Plan se acompañará un plan de viabilidad, y contendrá una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones, que incluirá la determinación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y de un plan de continuación de su actividad profesional o empresarial.

Asimismo, necesariamente, deberá incluir una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor, en la que se podrá proponer a los acreedores la cesión de bienes en pago de deudas, y contendrá o una copia del

acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en el caso en el que se prevea su pago en sus plazos de vencimiento.

Los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o de modificación de la propuesta de acuerdo, y podrán expresar su aprobación o rechazo, total o parcial, de la propuesta. A continuación el mediador remitirá a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad final aceptado por el deudor.

Si los acreedores, que representen a la mayoría del pasivo que resultaría afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar “de inmediato” la declaración de concurso.

En la reunión de los acreedores con el mediador y el deudor se tratará de las propuestas alternativas, o de modificación del Plan, así como de los motivos de oposición alegados. No obstante, si algún acreedor aceptó el Plan en los diez días anteriores a la reunión y no asistiese a la misma, no podrán alterarse las condiciones de pago aceptadas por este.

Respecto de los acreedores que, convocados, no asistan a la reunión, y no se opongan al Plan con antelación, si fracasa la negociación y se declara el concurso del deudor común, sus créditos se calificarán como subordinados.

Asimismo, en la reunión se tratará la aprobación del Plan, para lo que se necesitará el voto favorable de los acreedores que sean titulares de, al menos, el 60% del pasivo. No obstante, será preciso el voto favorable del 75% del pasivo, en el caso en el que el Plan consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas.

Si el Plan se aprueba deberá elevarse a escritura pública por el notario ante el que, en su caso, se inició el expediente. En los casos en que el expediente se hubiera iniciado ante el Registrador Mercantil, se le presentará copia de la escritura en la que se contenga la aprobación del Plan a fin de que cierre el expediente. El cierre del expediente será comunicado por el Notario o por el Registrador al Juzgado que, en su caso, debería tramitar el concurso, y, asimismo, a los registros públicos de bienes a fin de que procedan a la cancelación de las anotaciones que se hubiesen practicado. El Acuerdo se publicará, asimismo, en el BOE, así como en el Registro público concursal por medio de un anuncio, en el que se indicará que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la Notaría o Registro en el que se inició.

La aprobación del acuerdo tendrá por efecto que ningún acreedor podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Además, los créditos quedarán aplazados o perdonados de acuerdo con lo pactado. Cuando se hayan cedido a los acreedores bienes en pago de deudas, estas se considerarán extinguidas en la proporción correspondiente.

Por su parte, el deudor podrá solicitar la cancelación de los embargos que se hubiesen acordado.

En el caso en el que el Plan no se apruebe, y el deudor continúe en estado de insolvencia, el mediador concursal solicitará su declaración de concurso, que –según dice la Ley– “deberá acordarla de forma inmediata”. El mediador también podrá instar del juez la conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa.

El acuerdo adoptado tan solo podrá ser objeto de impugnación judicial por las causas que en él se establecen. La impugnación deberá presentarse por los acreedores, que o no hubieran sido convocados en forma o se hubieren opuesto o no hubiesen votado a favor, dentro de los diez días siguientes a su publicación.

No obstante, la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo. Todas las impugnaciones que se presenten se tramitarán conjuntamente siguiendo los trámites del incidente concursal. La sentencia firme que anule el acuerdo se publicará en el BOE y, como consecuencia, dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo.

Tras la publicación del acuerdo y durante la fase de ejecución del mismo, se impone al mediador el deber de supervisar su cumplimiento. En el caso de cumplimiento íntegro del mismo otorgará acta notarial en tal sentido, que se publicará tanto en el BOE como en el Registro Público Concursal.

Cuando se incumpla el acuerdo, el mediador concursal deberá instar el concurso y, en este caso, se considerará que el deudor se encuentra en estado de insolvencia.