

CONCLUSIONES
DE LA REUNIÓN DE MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID
SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA LEY DE
APOYO A EMPRENDEDORES, SOBRE CUESTIONES CONCURSALES
11 DE OCTUBRE DE 2013

I.- CUESTIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Nota previa: Ya que los expedientes para alcanzar tales acuerdos se desarrollan de modo extrajudicial, únicamente se tratan aquí cuestiones que puedan ser relevantes en atención a su posible impugnación, art. 239 LC, y al concurso consecutivo, art. 242 LC.

1o.- **Ámbito de aplicación para personas jurídicas. El art. 231.2.b) LC se refiere a personas cuyo concurso no hubiera de revestir especial complejidad. Ello remite al art. 190 LC, precepto este que comprende un cierto ámbito de valoración discrecional del juez, guiado por tres criterios. ¿Cómo se controlará la aplicación del ámbito subjetivo del acuerdo realizada por el notario/registrador, frente a esa discrecionalidad judicial? ¿Goza de la discrecionalidad el notario o registrador?**

- Bastará para entender que el expediente para el acuerdo ha sido bien aplicado por el notario o registrador cuando al menos esté presente en el supuesto uno de los tres criterios recogidos en el art. 190.1 LC, pero necesariamente ha de concurrir al menos uno de ellos (menos de 5 acreedores, pasivo no supere los 5 millones de euros, o activo no alcance los 5 millones de euros). Es decir, no puede admitirse la apreciación por el notario o registrador sin que concurra alguno de esos tres supuesto legales.
(UNANIMIDAD)

2o.- ¿Puede el juez rechazar la consideración de “concurso consecutivo”, respecto del subsiguiente concurso, por estimar que el notario o registrador no han apreciado adecuadamente el ámbito de aplicación del expediente para el acuerdo o la presencia de ciertas prohibiciones del art. 231.3 a 5?.

- En cuanto al ámbito de aplicación del expediente, sólo en los casos en los que pudiese resultar de modo manifiesto y evidente el error padecido por el notario o registrador en la aplicación del ámbito subjetivo del expediente para el acuerdo, el juez podrá rechazar (vd. arts. 11.2 LOPJ y 232.3 LC) la aplicación de los efectos propios del concurso consecutivo, del art. 242.2 LC, en el concurso posterior referido al mismo deudor, así como la legitimación misma del mediador concursal de dicho expediente para instar el posterior concurso.

- Igualmente resultará observable por el juez, a la finalidad de entender que el concurso posterior tiene la consideración de consecutivo, con los efectos del art. 242.2 LC, e incluso, de reconocer la legitimación del mediador concursal para instarlo, el hecho de que se haya efectuado un adecuado y efectivo control por el notario o registrador de la falta de concurrencia de las prohibiciones del art. 231.3 a 5 LC.

- No se admitirá la denuncia del propio deudor instante del acuerdo extrajudicial sobre dichos extremos, a fin de lograr por él que se soslayen los efectos propios del concurso consecutivo (ej., disponer de la posibilidad de proponer convenio concursal), ya que sería una actuación abusiva, contra los propios actos.

(UNANIMIDAD).

3o.- Prohibiciones. El art. 231.3.1o LC impide acceder al acuerdo extrajudicial a los condenados por sentencia firme, ¿debería hacer la salvedad de los que han obtenido la rehabilitación penal?

- En todo caso, no se entenderá comprendido en la prohibición, los sujetos que pese a haber sido condenados penalmente, hubieran obtenido la rehabilitación, con cancelación de sus antecedentes penales, o bien con antecedentes que hubieran debido ser cancelados en el registro, por la concurrencia de los requisitos para ello, aun que formalmente no se hubieran cancelado en dicho registro.

- A tal efecto, instado el concurso consecutivo, se procederá de oficio por el Juzgado a obtener el certificado de antecedentes penales.

(UNANIMIDAD)

4o.- El art. 231.3.4o LC impide acudir al expediente de acuerdo extrajudicial, a los que, dentro de los 3 últimos años, hubieran sido declarados en concurso de acreedores, ¿y si el concurso fuera declarado antes de esos tres años, pero hubiera estado pendiente dentro de dicho periodo?

- Se trata de una norma prohibitiva, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva, y, por tanto, debe entenderse que sí podrán acceder a este expediente los deudores cuyo concurso hubiera estado pendiente dentro de ese periodo anterior de 3 años, siempre y cuando la fecha del auto de declaración de tal concurso fuere anterior a dicho plazo.

(UNANIMIDAD). - No obstante, se plantea un **problema añadido en tales supuestos**, cual

es la colisión que se produce entre la disposición señalada y el art. 179.1 LC, el cual preceptúa que, para las personas físicas, la declaración de concurso dentro de los 5 años siguientes a la conclusión del anterior por liquidación o falta de masa, tendrá la consideración de reapertura de aquel, lo que parece chocar con la previsión propia del concurso consecutivo, del art. 242 LC. Nada impide acudir al expediente de acuerdo extrajudicial, la única cuestión está en la consideración del concurso posterior. Respecto de ello:

- Opción A).- Debe prevalecer la norma especial del art. 179.1 LC, de tal forma que no será un concurso consecutivo, con los efectos especiales del art. 242.2 LC, sino se tratará como reapertura del anterior (3 VOTOS).

- Opción B).- Es el propio deudor el que ha optado por el cauce del acuerdo extrajudicial, con todas sus consecuencias, y ello abre una vía especial de tratamiento legal de la cuestión, la del art. 242 LC, por lo que el concurso será considerado como consecutivo, sin perjuicio de la competencia del juez que conoció del primer concurso, ya que la norma del art. 179.1 LC parece más bien integrar sólo una atribución competencial, de suerte que es posible

conciliar ambas normas, una para el aspecto sustantivo, art. 242 LC, y otra el competencial, art. 179.1 LC. Todo ello sin perjuicio del posible cambio del centro principal de intereses del deudor en dicho tiempo, cuando se trata de personas físicas (6 VOTOS).

5o.- El art. 231.4 LC prohíbe acceder al expediente de acuerdo extrajudicial al deudor que, en los 3 años anteriores, hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación, ¿a qué clase de acuerdo de refinanciación se está refiriendo?.

- Exclusivamente se refiere a acuerdos previstos en la LC, susceptibles de homologación judicial, los de la DA 4 LC, al ponerse en relación con el art. 231.3.4o LC, no otros, ya que los del art. 71.6 LC no reciben homologación judicial, y las refinanciaciones comunes pueden obtener alguna homologación respecto a problemas puntuales con algún acreedor, v. gr., si ya estuviere pendiente un litigio con éste, donde el acuerdo se manifieste como un transacción, pero el juez no habrá homologado el acuerdo, sino sólo una manifestación sobre el objeto del litigio en cuestión.
(UNANIMIDAD).

6o.- El art. 231.5 LC impide si quiera iniciar el expediente cuando cualquier acreedor del deudor, de los que deban de quedar vinculados, hubiera sido declarado en concurso. ¿Alcance de esta norma?.

- Ha de interpretarse restrictivamente (se valora como una norma de excesivo rigor y de escasa eficiencia para lograr los fines propios de la reforma legal, según su Preámbulo), y únicamente operará para el caso de que el acreedor haya sido ya declarado en concurso al momento de la admisión de la solicitud del expediente por el notario o registrador, y no si la declaración de concurso del acreedor se produce cuando ya está en trámite dicho expediente, es decir, sobrevenida, donde la manifestación de voluntad de tal acreedor se expresará por las reglas concursales de los arts. 40 y 54 y ss. LC.
(UNANIMIDAD).

7o.- Mediador concursal. Dispone el art. 233.1 pf, 2o LC que el mediador deberá “reunir además de esta condición, ..., alguna de las que se indican en el ap. 1 del art. 27 LC”. ¿se exigirá sólo que reúna materialmente la condición, o que también esté formalmente en las listas del colegio correspondiente?.

- Deben ser distinguidos dos planos. En primer lugar, la función del mediador y la validez del acuerdo alcanzado en el expediente no queda condicionada por la inclusión o no de tal mediador en las listas colegiales de profesionales para administradores concursales. Ahora bien, en segundo plano, para poder convalidar luego la designa del mediador como administrador concursal en el concurso consecutivo, el profesional deberá necesariamente estar incluido en las listas de los colegios profesionales, ya que ello garantiza la experiencia y formación concursal exigida en el art. 27.1 LC, y es requisito legal común para gozar de la condición de administrador concursal, no dispensado en el art. 242.2 LC.

- **ADENDA ESPECIAL:** En cuanto a los acuerdos alcanzados por esta Junta de Jueces de lo Mercantil de Madrid, en fecha de 13 de diciembre de 2011, y con expresa modificación de los mismos, **respecto de los economistas**, se ha de entender como implícito en el art. 27.1.2o LC su deber de colegiación, tal cual ocurre con los abogados, de acuerdo con la régimen jurídico propio de su profesión. La diferencia entre lo señalado para los abogados, en el no 1o del art. 27.1 y para los economistas, en su no 2, es solo semántica y no puede alterar las previsiones específicas de aquel régimen profesional. Por ello, sólo podrán tener acceso a la lista de decanato, del art. 27.3 LC, para su designa como administradores concursales, por medio de la remisión de listas que debe realizar su colegio correspondiente. Ello, además, es una forma de control sobre la experiencia y formación específica en materia concursal que se exige legalmente para acceder a las funciones de administrador concursal. (UNANIMIDAD)

8o.- Toda vez que el art. 233.1 LC se referencia en la Ley 5/2012, de 6 de julio, surge la cuestión del alcance del deber rígido de confidencialidad impuesto en el art. 9.1 a los mediadores, en relación con la posterior actuación como administrador concursal, y sobre hechos conocidos durante tal mediación que den lugar a la calificación del concurso y a acciones de reintegración. ¿Cuál es el alcance de este conflicto?

- Respecto de ello, debe tenerse presente que: - (i).- El mediador concursal es una figura de primera importancia durante la tramitación del expediente para el acuerdo extrajudicial, incluso con la atribución a él de la tarea de elaborar el plan de pagos (vd. art. 236.1 LC). Ello implica el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo tocante a la actividad económica del deudor, que quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9.1 Ley de Mediación, lo que generaría la imposibilidad del uso de aquellos datos e informaciones para posteriores acciones de reintegración y calificación concursal.

- (ii).- La única excepción admitida en el art.9.2.a) Ley de Mediación es la exoneración por escrito de dicho deber de confidencialidad a favor del mediador.

- (iii).- Pese a ello, se ha de entender que la mediación concursal reúne, por principio de su régimen legal, una serie de especialidades respecto a las características generales de la mediación común, de modo que se singulariza su función y la instrumenta respecto al eventual concurso consecutivo, para actuar como administrador concursal. De ello es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero sólo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, no en otros aspectos (en línea con 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). Ello sin perjuicio de que pueda constituir una buena práctica del mediador obtener dicha exoneración expresa por escrito, a los efectos del eventual concurso posterior, al principio de su labor de mediación.

(UNANIMIDAD)

9o.- Validez del acuerdo. ¿Deben ser convocados los acreedores con garantías reales, o no, por el mediador, decisión que afectará a las causas de impugnación, art. 239.2 LC, pese a que no quedan vinculados?.

- Estos “*pueden quedar afectados*”, sin perjuicio de que ello depende de su propio consentimiento, y la única exclusión expresa es a los acreedores públicos, y el ap. 4o del art. 234 regula incluso una eventual contestación por parte de estos. Por tanto, deben ser convocados, y la omisión del cumplimiento de dicho deber puede generar efectos anulatorios en impugnación.

(UNANIMIDAD)

10o.- En atención a lo dispuesto en el art. 235.6 LC, en relac. art. 5 bis.4 LC, sobre la solicitud de concurso por parte del mediador concursal, ¿puede el deudor instar su propio concurso, por entender que desiste de la pretensión del acuerdo, en el plazo del art. 5 bis?.

- Sí, se ha de entender que es disponible para él, y puede desistir del expediente de acuerdo extrajudicial en todo momento para acudir al concurso de acreedores. Extremo distinto es que ello no evitará que el concurso tenga ya la consideración de consecutivo respecto del expediente notarial o registral, incluso para vedar la posibilidad de una propuesta de convenio, con los efectos del art. 242.2 LC, si el notario o registrador hubiera ya admitido la solicitud de expediente.

(UNANIMIDAD)

11o.- Subordinación de ausentes. El art. 236.4 LC impone al mediador instar el concurso en 10 días naturales desde el envío de la propuesta de acuerdo, si la mayoría de estos expresa su deseo de no continuar, pero el art. 237.1 permite a los acreedores expresar su oposición hasta 10 días naturales antes de la reunión (la que se debe celebrar en el plazo de 2 meses, art. 234.1). Por ello, es posible que ya se haya instado el concurso por el mediador, cuando a algunos acreedores no les hubiera transcurrido el plazo para expresar su oposición. ¿Cómo se tratará su subordinación en el concurso?.

- Se trata de una norma sancionatoria, con el fin de estimular la participación en la reunión por los acreedores que pudieran verse afectados, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva. Y así, únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo, y estos ni asisten, ni han expresado en el plazo de 10 días anteriores su oposición.

(UNANIMIDAD)

12o.- Si la mayoría del pasivo ha mostrado ya su oposición, art. 236.4 LC, y el mediador ha de instar el concurso, ¿se sancionará con subordinación a los acreedores que no manifestaron nada, aún cuando su opinión fuese ya irrelevante?.

- Su respuesta queda comprendida en la misma conclusión que la pregunta anterior, sólo cabe subordinación si el expediente llega al punto en que debiera legalmente celebrarse la reunión, aun cuando la misma finalmente no pueda tener lugar por falta de quórum.

(UNANIMIDAD)

13o.- ¿Qué carácter del concurso instado por el medidor concursal, voluntario o necesario?.

- Dados los especiales efectos ya previstos en el art. 242.2 LC para el concurso consecutivo, la cuestión no tiene demasiada transcendencia para determinar, al menos, los efectos de la declaración de concurso, pero la consideración será de concurso necesario, art. 22.1 LC. (UNANIMIDAD)

14o.- Impugnación del acuerdo. Entre los motivos de oposición esta la “desproporción de la quita o moratorias exigidas” ¿cuáles son los términos para comprobar lo proporcionado o desproporcionado?, ¿respecto de las circunstancias que precisa la actividad empresarial del deudor para continuar, según su plan de viabilidad?, ¿respecto del concreto crédito que sufre dicha merma de quitas y esperas, por sus condiciones, ej. trabajadores?, o ¿respecto de unos créditos frente a otros no afectados por el acuerdo?.

- Para invocar dicha causa se debe ser, obviamente, uno de los acreedores que hubiera sufrido el efecto extensivo de las quitas y esperas del acuerdo extrajudicial, con su oposición o ausencia, proteste formalmente o no.

- Deberá examinarse la desproporción que pudiera implicar el sufrimiento de dichas novaciones en ese concreto acreedor, según la naturaleza, origen y otras circunstancias de su propio crédito, particularmente si existe un trato diferencial en dichas quitas y esperas entre diversos grupos de acreedores, o es más, en acreedores individualizados.

- Pese a ello, nada se opone a que la desproporción del sacrificio de quitas y esperas pueda ser valorada en atención a que las impuestas son superiores a lo que efectivamente se requerirían como suficientes para la viabilidad de su actividad económica según el plan de viabilidad que debe acompañar al de pagos (art. 236.1 pf. 2o LC).

(UNANIMIDAD)

15o.- En caso de impugnación por motivos de forma (v. gr. ausencia de convocatoria debida, o de cómputo de mayorías) ¿cabe que el juez, al estimar la impugnación, acuerde la reposición de actuaciones en el expediente, para dar lugar a una nueva convocatoria de la reunión o de su celebración?.

- No cabe reponer tales actuaciones, ya que no se está ante un proceso judicial formalizado, sino ante un intento de mediación privado, que se agota en su resultado. De estimar dichas objeciones en el proceso de impugnación del acuerdo, tal cual prevé el art. 239.6 LC, sólo cabe la anulación de tal acuerdo con las consecuencias del art. 242 LC.

- **Problema conexo:** Podrá vehiculizarse por dichas causas de impugnación, aun que a los solos efectos de examinar la validez del acuerdo, la cuestión de si se es o no efectivo acreedor de ese deudor, para determinar si debió o no ser convocado.

(UNANIMIDAD).

16o.- ¿Cuáles son los efectos sustantivos de la anulación del acuerdo?.

- Desaparecen los efectos novatorios, quitas y esperas, que se hubieran pactado en él mismo, concurriendo al concurso los acreedores con sus créditos en la manera que existiesen sin tener presente el contenido del acuerdo

anulado.

- Los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo, durante el tiempo de tramitación del proceso de impugnación, se entenderán consolidados por los acreedores que los hubieran recibido, esto es, válidamente hechos, pero sin perjuicio de cómo deban ser observados dentro del concurso consecutivo, a tenor del art. 71 LC (véanse aquí los acuerdos de esta Junta en materia de reintegración)
(UNANIMIDAD)

17o.- En caso de anulación, ¿cómo se da lugar al concurso consecutivo?, ¿Qué ocurre si el deudor ha hecho desaparece para entonces su situación de insolvencia?.

- El Juzgado procederá de oficio, mediante testimonio de la sentencia de anulación con el que se dará lugar al auto de declaración de concurso consecutivo, de carácter necesario.

- Si entre el momento de aprobación por la reunión del acuerdo extrajudicial y el de anulación judicial del mismo y la declaración de concurso, el deudor ha logrado enjugar su insolvencia, podrá instar entonces la conclusión del concurso ya declarado, por dicha causa, vía art. 176.1.4o LC.
(UNANIMIDAD).

18o.- Incumplimiento del acuerdo de pagos. Frente a la solicitud del mediador para la declaración de concurso, art. 241.3 LC, ¿qué ocurre si el deudor, pese al incumplimiento del plan, estima que es solvente, o estima que no ha existido el incumplimiento?.

- La solicitud deberá ser tratada como una instancia de concurso necesario, para emplazar así al deudor, art. 15.2 LC, quién podrá oponerse, art. 18 LC, por entender que no existe ya la insolvencia, o por entender que no existe incumplimiento del plan de pagos.
(MAYORIA)

19o.- ¿Tienen legitimación los acreedores para instar el concurso frente a incumplimientos del plan de pagos, en aquello que les afecte?.

- El art. 241.3 LC impone un deber para un sujeto determinado, el mediador concursal, como supervisor del cumplimiento, art. 241.1 LC, lo que no excluye la potestativa legitimación para otros posibles interesados, los acreedores, para pedir el concurso posterior por dicho incumplimiento. A dicha petición se le dará el trámite de concurso necesario, para permitir la oposición del deudor, y la práctica de prueba, incluso con testifical del mediador concursal. Si se estima la solicitud de concurso por el acreedor, se declarará como necesario, art. 22.1 LC, y como consecutivo, art. 242 LC.

- Supuesto distinto es sí, durante el desarrollo del plan de pagos, un acreedor entabla solicitud de concurso necesario por otras causas distintas al incumplimiento del plan de pagos, esto es, por hechos reveladores del art. 2.4 LC. Llegado el caso, dicho concurso necesario no podría ser considerado como consecutivo, lo que determinaría la inaplicación de los efectos del art. 242.2 LC, ya que sólo será concurso consecutivo si deriva de alguna de las tres causas recogidas en el art. 242.1 LC, imposibilidad del alcanzar un acuerdo, incumplimiento del plan de pagos o anulación del acuerdo.

(MAYORÍA).

20o.- ¿Qué efectos tiene el incumplimiento del acuerdo sobre el contenido sustantivo de la novación operada por el acuerdo?.

- Pese a que la equiparación con el incumplimiento del convenio no sea plenamente satisfactoria, puesto que el acuerdo se alcanza por pacto extrajudicial, y sin homologación alguna, con una voluntad privada novatoria de los concurrentes, lo esencial es su fuerza legal expansiva para los acreedores disidentes o ausentes, lo que evidencia una naturaleza jurídica particular, superior al del mero pacto privado novatorio, como para vencer el principio de relatividad contractual. Ello lleva a concluir que su incumplimiento, análogamente a lo que ocurre con el incumplimiento del convenio, supone la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo, de modo que al concurso consecutivo los acreedores concurren con sus créditos en la cuantía y forma que existían antes del acuerdo, esto es, sin el efecto novatorio del mismo.
- No obstante, los pagos realizados en ejecución del acuerdo, durante su vigencia, se mantendrán, validando su efecto solutorio, sin perjuicio de observar dichos pagos bajo la perspectiva del art. 162 LC, o del art. 71 LC.
- El art. 241 LC no establece de modo expreso una resolución judicial que declare dicho incumplimiento, y conlleve el pronunciamiento de los efectos extintivos sobre su novación. Ello derivará, en su caso, del auto que declare el concurso necesario y consecutivo, tras la oposición del art. 18 LC, o ante la ausencia de la misma, declaración que contendrá la proclamación de dicho incumplimiento y la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo.

(MAYORÍA).

21o.- Dispone la regla 1a del art. 242.2 que la administración concursal “no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente”. Pero en dicho expediente de acuerdo extrajudicial, el arancel no será aplicable a la fase de liquidación, por definición, ya que no existe esa fase en el expediente, y su remuneración en tal fase no habrá sido fijada antes. Dado que el concurso consecutivo se realiza precisamente con fase de liquidación, ¿debe retribuirse la misma sin precisar circunstancias excepcionales?

- No puede mutarse la regla general del art. 242.2.1o LC so pretexto de que nunca se habrá remunerado dicha fase liquidatoria en el expediente de acuerdo extrajudicial, ni se habría fijado suma alguna por ella, al no existir por definición en tal expediente, y que por ello debería fijarse siempre una remuneración referida a dicha fase liquidatoria en el concurso consecutivo, ya que ello supondría elevar a regla general lo recogido como excepcional a la norma legal.
- No obstante, si la fase de liquidación concursal comprendiese especiales labores para llevarla a cabo, en atención a su complejidad, dedicación y volumen, podría excepcionalmente fijarse remuneración por tal razón, de acuerdo con el arancel.

(UNANIMIDAD)

22o.- En el concurso del fiador del deudor, deudor este que hubiera intentado el acuerdo extrajudicial, si aquella fianza se prestó en el periodo de negociación del acuerdo extrajudicial, ¿puede sostenerse que se trata

de un “acto dirigido a mejorar la situación en que se encuentre...”art. 235.3 LC, y como tal un acto contrario a derecho y nulo, art. 6.3 CC?

- Siempre que la fianza o la garantía se obtenga sobre bienes de terceros, propiamente no se afecta al patrimonio de dicho deudor, sino de un tercero, el fiador o hipotecante. El art. 235.3 LC especifica que la mejora de la situación relativa del acreedor lo es respecto del patrimonio del deudor. Por ello no es un acto nulo por contrario a una norma prohibitiva, lo que no impide que pueda ser observado en el propio concurso del fiador conforme a las acciones que le sean propias.

(UNANIMIDAD).