

3. TRABAJOS DOCTRINARIOS PRESENTADOS AL CONGRESO

**El Acuerdo Extrajudicial de Pagos.
Jesús Quijano González. España.**

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO INSTRUMENTO PRECONCURSAL
2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.
 - 2.1. Los presupuestos y el ámbito de aplicación.
 - 2.2. El procedimiento:
 - 2.2.1. La solicitud y sus efectos.
 - 2.2.2. El nombramiento del mediador concursal y su estatuto personal.
 - 2.2.3. La convocatoria y la reunión de los acreedores.
 - 2.3. El plan de pagos y el plan de viabilidad.
 - 2.4. El acuerdo extrajudicial: aceptación e impugnación; efectos y cumplimiento.
 - 2.5. El concurso consecutivo: especialidades.
 - 2.6. El tratamiento de los créditos públicos.

(Observación: se adjunta este trabajo con fines meramente informativos, advirtiendo que fue elaborado con motivo de la regulación inicial en 2013 de estos acuerdos cuando su utilización era privativa de empresarios individuales o sociedades; actualmente, tras la reforma de 2015, su régimen jurídico se ha modificado notablemente y pueden acceder a ellos deudores persona natural no empresarios, lo que influye en su relación con el beneficio de la remisión de pasivo pendiente).

1. INTRODUCCIÓN: EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO INSTRUMENTO PRECONCURSAL.

El llamado “acuerdo extrajudicial de pagos” es en la actualidad uno de los instrumentos preconcursales, el más reciente, incorporado a la Ley Concursal como Título X por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Se enmarca, pues, en la orientación iniciada en 2009, cuando el Real Decreto Ley de 29 de marzo introdujo los conocidos “acuerdos de refinanciación”, posteriormente reformados en diversas ocasiones. Ambos instrumentos han venido a colmar hasta el momento una laguna de la Ley Concursal de 2003, que sólo de manera excesivamente tímida contemplaba el recurso a mecanismos adecuados para afrontar situaciones de dificultad económica de los deudores, particularmente de las empresas, antes de que se hiciera inevitable la declaración de concurso y su desenvolvimiento en un proceso judicial.

En efecto, el texto originario de 2003, probablemente concebido en un contexto de bonanza económica, se limitaba a recoger la posibilidad de anticipar el concurso cuando el deudor, previendo la imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles en un indeterminado momento futuro, decidiera ejercer voluntariamente la facultad de solicitarlo. A este fin respondía la distinción entre “insolvencia actual”, en que el deudor tiene el deber de solicitar el concurso voluntario, e

“insolvencia inminente”, donde puede hacerlo facultativamente, que recoge el artículo 2 de la ley. Obviamente, tal posibilidad no suponía una alternativa al procedimiento judicial, capaz de evitarlo, sino sólo una opción para anticiparlo alegando previsión de insolvencia futura. Fuera de este estrecho margen concursal se moverían, pues, con notable limitación en sus efectos, las hipótesis de acuerdos extrajudiciales privados que se pudieran alcanzar con los acreedores, con todos, algunos o alguno en particular, para evitar o aplazar la declaración de concurso, utilizando para ello las técnicas de la autonomía de la voluntad y de las relaciones contractuales. Y fuera de ese ámbito, pero con más carácter preconcursal y con mayor previsión legal, quedarían también los supuestos regulados en el derecho de sociedades para abordar situaciones de desequilibrio entre el capital y el patrimonio a través de la reducción obligatoria de la cifra de capital o, en su caso, de la disolución y liquidación de la sociedad, cuando las llamadas “pérdidas cualificadas” alcanzaran un nivel más alarmante.

La virulenta irrupción de la crisis económica a partir del otoño de 2008, y la inusitada proliferación de declaraciones en concurso de empresas a lo largo de 2009, puso de manifiesto la insuficiencia de la Ley Concursal en este punto y la imperiosa necesidad de incorporar con urgencia algún instrumento específico de negociación extrajudicial entre el deudor y sus acreedores. Surgió así la primera versión de los “acuerdos de refinanciación” en 2009, orientada por un doble objetivo: facilitar la negociación, suspendiendo durante un tiempo la exigencia de solicitar el concurso (artículos 5 bis y 15 de la Ley Concursal), y conjurar el riesgo de que un posterior concurso del deudor refinanciado trajera consigo la rescisión de los acuerdos, afectados por una acción de reintegración con base en el artículo 71, para lo que se añadió la Disposición Adicional Cuarta, donde se establecían el concepto y los requisitos, junto con los “escudos protectores” de los acuerdos de refinanciación.

Sobre ese marco preconcursal han incidido luego sucesivas reformas: la de 2011 para regular la homologación judicial y la extensión de los efectos de los acuerdos, y para dar ventajoso tratamiento a los nuevos ingresos de tesorería, el conocido “fresh money”, en caso de concurso posterior; la de 2013 para flexibilizar los requisitos; la más reciente de 2014 para revisar profundamente el régimen de la refinanciación en todos sus aspectos.

La experiencia concursal, no obstante, puso de manifiesto la inadecuación de tal instrumento en muchos casos. Los acuerdos de refinanciación, en efecto, estaban más bien pensados para un ámbito de negociación propio de grandes empresas y de acreedores financieros, no para empresarios individuales en situación de insolvencia, ni tampoco para pequeñas o medianas empresas con forma de sociedad mercantil. Y éste ha sido el objetivo del nuevo instrumento, el “acuerdo extrajudicial de pagos”, como bien lo indica la Exposición de Motivos de la citada Ley de apoyo a los emprendedores: configurar un instrumento preconcursal complementario, alternativo a los acuerdos de refinanciación, apoyado en técnicas de mediación y con notable singularidad tanto en su tramitación como en sus efectos, tal y como se desarrolla a continuación.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

2.1. Los presupuestos y el ámbito de aplicación.

Para poder iniciar el procedimiento dirigido a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos entre el deudor y sus acreedores deben concurrir un conjunto de presupuestos, subjetivos y objetivos, positivos y negativos, que delimitan un ámbito de aplicación de la figura bastante estricto. El artículo 231 de la Ley Concursal así lo establece.

Desde el punto de vista subjetivo, este instrumento preconcursal está pensado inicialmente para empresarios que tengan la condición de persona natural, esto es, el tradicional empresario individual. Sin embargo, el precepto contiene una auténtica interpretación extensiva de tal cualidad, pues además de “aquéllos que tuvieren tal condición de acuerdo con la legislación mercantil” (personas físicas que se dedican habitualmente al ejercicio de la actividad empresarial, entendida como actividad económica y organizada para ofrecer bienes o servicios, ejercida además en nombre propio, y de inscripción voluntaria en el Registro Mercantil), también quedan incluidos quienes ejerzan una actividad profesional, quienes sean así considerados por la legislación de la Seguridad Social, y los trabajadores autónomos, sin distinción en este caso, aunque parecería razonable entender que la referencia sea, conforme a su propia legislación, a los autónomos no dependientes en concreto.

Por otro lado, la extensión alcanza también a personas jurídicas de cualquier naturaleza (asociaciones, fundaciones u otras entidades con personalidad jurídica), con la especificación de que “sean o no sociedades de capital”, sociedades mercantiles, por tanto, de cualquier tipo, incluidas cooperativas, mutuas, etc. El texto legal, sin duda, ha querido abarcar así todo el espacio alternativo a los acuerdos de refinanciación, como lo es el de las pequeñas y medianas empresas, lo que viene a confirmarse al apreciar los presupuestos objetivos que delimitan el ámbito de aplicación en cada caso.

El primer presupuesto objetivo es, en todo caso, la insolvencia, y así se afirma en el apartado 1 para los empresarios persona natural y en el 2, a) para las personas jurídicas. Pero la forma en que viene establecido presenta una notable diferencia de la que muy probablemente el legislador no ha sido consciente. Porque en el caso del empresario persona natural, y asimilados, el texto acoge claramente la distinción entre “insolvencia actual” e “insolvencia inminente”, que procede del artículo 2 de la Ley Concursal, con lo que podrá intentar el acuerdo extrajudicial de pagos tanto quien esté ya en “imposibilidad de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”, sea por insuficiencia patrimonial o por iliquidez, como quien prevea estarlo en un futuro no bien determinado; mientras que, en el caso de las personas jurídicas, la dicción legal (“a) Se encuentren en estado de insolvencia”) remite exclusivamente a la insolvencia actual y no alcanza a la inminente, con un contraste que no parece razonable.

Los demás requisitos objetivos afectan al tamaño de los sujetos y están más relacionados con el indicado ámbito de aplicación, conscientemente buscado: el empresario persona natural tiene que justificar, aportando balance, que su pasivo no supera los cinco millones de euros; las personas jurídicas, incluidas las sociedades mercantiles, deben cumplir un conjunto de condiciones, además de encontrarse en estado de insolvencia. En primer lugar, y en el caso hipotético de que fueran declaradas en concurso, éste no debería tener el carácter de “concurso de especial complejidad” en el sentido del artículo 190 de la Ley Concursal (los requisitos son: menos de cincuenta acreedores y, precisamente, que el pasivo y el activo no superen los cinco millones de euros); en segundo lugar, sus activos líquidos deben ser suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo extrajudicial; en tercer lugar, debe haber, lo que es más aleatorio, una previsión patrimonial y de ingresos que sustente la posibilidad exitosa de alcanzar un acuerdo de pagos dentro de los límites del artículo 263 (ahí aparece, entre otras condiciones, una espera no superior a tres años y una quita no superior al 25% del importe de los créditos). Vistos en conjunto, estos requisitos o presupuestos objetivos confirman la idea de que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha diseñado como instrumento preconcursal ofrecido a pequeñas y medianas empresas, allí donde normalmente no llegan los acuerdos de refinanciación.

A continuación operan los que antes designé como presupuestos negativos, un variado conjunto de prohibiciones, exclusiones y excepciones que restringen, quizá en exceso, las

posibilidades de solicitar e intentar el acuerdo de pagos. En el apartado 3 del artículo 231 se mezclan supuestos de auténtica sanción por la comisión de delitos (haber sido condenado por delitos económicos o sociales), con otros que, teniendo componente sancionador, toman en cuenta el incumplimiento de obligaciones típicamente mercantiles (no estar inscrito en el Registro Mercantil cuando sea obligatorio, lo que no es el caso de los empresarios individuales, o no haber llevado contabilidad o depositado las cuentas en los tres años anteriores). El otro supuesto (haber alcanzado ya en los tres últimos años un acuerdo extrajudicial con los acreedores, o haber obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación, o haber sido declarado en concurso), al que hay que añadir la prohibición del siguiente apartado (no se puede negociar un acuerdo de pagos si ya se está negociando un acuerdo de refinanciación, o si ya se ha presentado solicitud de concurso y ha sido admitida a trámite), causa alguna perplejidad, por exceso de obviedad en algún caso (si ya se alcanzó un acuerdo de pagos o de refinanciación, y se supone que está vigente, no tendría sentido solicitar otro; si ya se está en concurso, lo que procede es intentar un convenio y no un acuerdo de pagos), y por exceso de rigidez en otros (si se está negociando un acuerdo de refinanciación, ¿no cabría reconducir esa negociación hacia un acuerdo de pagos si resultara más factible?)

Finalmente, el último apartado de este artículo 231 contiene un conjunto de restricciones y exclusiones, de diverso alcance, que conviene mencionar.

No se puede siquiera iniciar el procedimiento para llegar a un acuerdo si cualquier acreedor que vaya a verse vinculado por él está declarado en concurso; basta que sea un acreedor, aún el menor por la cuantía de sus créditos, para que se haga inviable el acuerdo con los demás, y parecería más lógico dejar a este acreedor fuera de los efectos del acuerdo sin impedirlo con los demás.

De manera terminante, y siguiendo una constante relativa en materia concursal, los créditos de derecho público (deudas tributarias, de la Seguridad Social, canon de concesiones, tasas de diversa índole, retorno de subvenciones, etc.) no quedan afectados en ningún caso por un acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la Disposición Adicional Séptima que se añade a la Ley Concursal introduce algunos matices en cuanto a su aplazamiento y fraccionamiento, que luego se analizarán.

Tampoco quedan automáticamente afectados por el acuerdo extrajudicial los créditos con garantía real, salvo que sus titulares decidan voluntariamente incorporarse al acuerdo mediante comunicación expresa; la previsión, en línea con el tradicional tratamiento privilegiado de estos acreedores en el ámbito concursal, contrasta ahora con el régimen de extensión de los efectos de un acuerdo de refinanciación homologado, tras la reforma operada por el Real Decreto Ley de 7 de marzo de 2014, que admite esos efectos para los acreedores financieros disidentes con garantía realy los hace depender en cada caso del volumen de pasivo que haya respaldado el acuerdo; es cierto que no hay previsión de homologación judicial para los acuerdos de pago, pero tal vez esto no hubiera debido impedir alguna extensión legal de los efectos del acuerdo con requisitos suplementarios de mayoría cualificada.

En todo caso, y respecto de estos créditos con garantía real, hay una importante advertencia que hacer: el artículo 235, 2, sigue diciendo que sus titulares son libres de decidir iniciar o continuar su ejecución una vez iniciado el expediente del acuerdo extrajudicial; mientras que el nuevo artículo 5 bis, en su apartado 4, tras su reciente modificación, establece que no pueden iniciarse ejecuciones de bienes necesarios para continuar la actividad profesional o empresarial del deudor desde que se comunique al juez el inicio de negociaciones y hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial, o, al menos, durante el plazo de tres meses que se concede para la negociación. Y tal contradicción habrá de resolverse entendiendo que la norma posterior, siendo del mismo rango, deroga a la anterior en lo que no concuerden.

Finalmente, este instrumento preconcursal queda expresamente vedado a las entidades aseguradoras y reaseguradoras. La razón, sin duda, está en que este tipo de empresas están sujetas

a un régimen propio de supervisión que incluye la aplicación de un conjunto de mecanismos particulares en caso de dificultad o de insolvencia (normativa de ordenación del seguro privado sobre reservas, garantías, cesión de cartera, liquidación, intervención del Consorcio de Compensación, etc.). Pero llama la atención que la exclusión no haya alcanzado a otros sectores regulados (el financiero, el de las empresas de servicios de inversión, etc.) que ofrecen la misma particularidad de disponer de una ordenación privativa.

Examinados los presupuestos y el ámbito de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos, corresponde a continuación exponer sintéticamente el procedimiento por el que corresponde tramitar la solicitud, desde que ésta se presenta y es admitida a trámite hasta que se recaiga, si es que así ocurre, la aceptación de los acreedores.

2.2. El procedimiento.

El procedimiento, como cauce formal en que desarrolla la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos, tiene tres fases, o momentos relevantes, que deben considerarse separadamente. Se inicia con la presentación de la solicitud (artículo 232), acto del que derivan ya algunos importantes efectos (artículo 235); acaece luego el nombramiento del mediador concursal (artículo 233), pieza significativa en el trámite; y conduce luego hacia la convocatoria de los acreedores (artículo 234) para celebrar la reunión (artículo 236) en que habrá de decidirse si el acuerdo es o no aceptado. Entidad diferenciada tienen las demás materias (el plan de pagos a proponer como base del acuerdo, el propio acuerdo y sus efectos, o la problemática de su cumplimiento o incumplimiento y el concurso sucesivo que pueda sobrevenir) que serán tratadas más adelante de forma individualizada.

2.2.1. La solicitud y sus efectos.

Tal y como está contemplada en el artículo 232, la solicitud que el deudor debe presentar para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos consiste esencialmente en una petición de designación de mediador concursal dirigida a quien resulte competente para nombrarlo. Si el deudor es empresario o entidad inscribible es competente el registrador mercantil de su domicilio, incluso si no está inscrito, pues justamente con ese motivo se le abrirá la hoja registral personal, pudiendo la solicitud cursarse por vía telemática; en los demás casos (deudor no inscribible), la designación corresponde al notario del domicilio.

La decisión de presentar la solicitud es personal si se trata de persona natural (indicando la identidad del cónyuge, si es persona casada en régimen de comunidad de bienes), y es competencia propia de los administradores o liquidadores, pues nada impide hacerlo estando la entidad disuelta y en liquidación, sin necesidad de autorización o ratificación de la asamblea o junta de socios, cuando se trate de persona jurídica. Consiste en una simple instancia firmada, con el pedido de nombramiento de mediador, pero en ella deben constar las circunstancias económicas básicas del deudor (efectivo y activos líquidos, bienes y derechos, ingresos regulares, lista de acreedores con cuantía y vencimiento de los créditos, especificando los que tienen garantía real para préstamo o crédito y los que son de derecho público, aunque puedan no estar afectados por el eventual acuerdo, contratos vigentes y gastos mensuales previstos) y deben acompañarse las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios si el sujeto está obligado a llevar contabilidad.

Obviamente, la presentación de la solicitud no causa efectos automáticos: aunque el texto no haga explícita referencia al requisito, debe ser admitida a trámite por el registrador o notario destinatario de la petición. O mejor dicho, puede no ser admitida a trámite en los casos previstos

en el apartado 3 del artículo 232 (si no se justifican los requisitos, o si se dan las circunstancias, que contempla el artículo 231, y que son los presupuestos subjetivos y objetivos, positivos o negativos, antes analizados, y también si faltan los documentos exigidos o se presentan incompletos). Se trata, pues, de una inadmisión tasada, por causas exhaustivas, de modo que, si no concurre ninguna, no sería necesaria una admisión formal expresa.

Superado el trámite, se inicia formalmente el expediente, con los importantes efectos que establece el artículo 235. Esta es, sin duda, una de las claves del instrumento preconcursal, porque, tomando orientaciones arraigadas en la negociación de los acuerdos de refinanciación y en el desarrollo de los concursos, el precepto combina efectos para el deudor y para sus acreedores, dirigidos a evitar que, mientras se negocia el acuerdo de pagos, se produzcan alteraciones patrimoniales significativas en la situación del deudor. Hay que observar, no obstante, que los efectos para el deudor se producen ya con la presentación de la solicitud de apertura del expediente, mientras que los efectos para los acreedores necesitan que se haya publicado tal apertura, en los términos que indica el artículo 233, que luego se analizará.

Desde la perspectiva del deudor, lo relevante es que la presentación de la solicitud no impide la continuación de su actividad laboral, empresarial o profesional (“podrá continuar”, dice el 235, 1), pero le somete a importantes restricciones, alguna de ella ciertamente sorprendente. Se abstendrá, literalmente, de solicitar la concesión de créditos o préstamos (se entiende que nuevos, pero seguramente no de ampliar o modificar los que ya tuviera concedidos), devolverá a la entidad (sic) las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno. No se distingue, en esta especie de “condena a efectuar extracciones y pagos en efectivo” como alternativa, si los medios de pago son de uso profesional, personal o familiar, si hubiera bastado con limitar la disponibilidad, vinculándola a la finalidad, si los eventuales “dispendios” que se quieran evitar no se van a producir igual a través de reintegros materiales o entregas directas de dinero físico para cubrir las necesidades vitales, etc. La medida, a todas luces, parece excesiva y desproporcionada, además de probablemente ineficiente. Si lo que se pretende es la “inmovilización patrimonial” del deudor, bastaría, una vez aceptada la continuidad de su actividad, con limitar el ejercicio de las facultades de disposición, enajenación, gravamen, etc., o incluso las de administración, con algún tipo de intervención del mediador supervisor, lo que no se hace con carácter general, en vez de someterle a la citada “condena”.

Por el lado positivo, y con especial significación (artículo 235, 6), el deudor queda protegido, mientras se encuentre negociando el acuerdo extrajudicial de pagos, frente a una eventual declaración de concurso, que no puede producirse en tanto no concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 bis de la Ley Concursal. Este artículo, en efecto, resultó modificado por la propia Ley de Emprendedores (artículo 21, Dos), precisamente para dar a la apertura de negociaciones con vistas a un acuerdo de pagos el mismo tratamiento que tiene respecto del acuerdo de refinanciación o de la propuesta anticipada de convenio. Será aquí el registrador o notario competente para designar mediador concursal quien, una vez que éste haya aceptado el cargo, comunique la apertura de negociaciones al juez competente para declarar el concurso y, a partir de ahí, quedará en suspenso tanto la obligación de solicitar el concurso voluntario por el propio deudor, en los términos del artículo 5, como la iniciativa de los acreedores u otros legitimados para solicitar la declaración del concurso necesario del deudor a que se refiere el artículo 15. Transcurrido el plazo de tres meses desde la comunicación, que es el tiempo hábil para la negociación, volverá a ser exigible el deber de solicitar el concurso durante el mes siguiente, siempre que permanezca el estado de insolvencia, y salvo que el mediador concursal ya hubiera procedido a presentar la solicitud.

Desde la perspectiva de los acreedores, que pueden proporcionar al mediador concursal una dirección electrónica para la comunicación con él, los efectos tienden a la paralización de iniciativas contra el deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial, durante un plazo de tres meses. En efecto, desde la publicación de la apertura del expediente y durante ese plazo, los acreedores que puedan verse afectados por un posible acuerdo no pueden iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor. Pero teniendo en cuenta que los créditos con garantía real no están afectados por el acuerdo de pagos, salvo que sus titulares así lo decidan, tales créditos quedaban exceptuados de este efecto suspensivo y, en consecuencia, estos acreedores podían iniciar o continuar la ejecución si lo deseaban, quedando al margen del acuerdo en que ya no podían participar; exclusión ésta que seguramente hay que poner en pasado, a pesar de que se mantiene en la Ley, por lo dicho a propósito del nuevo apartado 4 del artículo 5 bis, tras la reforma de 2014. En paralelo, y una vez que se haga anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, tampoco podrán anotarse respecto de esos bienes embargos o secuestros con posterioridad a la solicitud de nombramiento de mediador, siempre con la excepción correspondiente a los créditos no afectados, que son, en virtud del apartado 5 del artículo 231, que ahora reitera el apartado 2, in fine, del artículo 235, los créditos de derecho público, en todo caso, y los créditos con garantía real cuyos titulares hayan decidido no participar en el acuerdo.

Además, se prohíbe también a los acreedores afectados, desde la misma publicación, “realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentran respecto del deudor común” (artículo 235, 3); curioso deber de abstención éste, que más bien habría que entender como una prohibición dirigida al deudor de mejorar la situación de alguno de sus acreedores en particular mientras negocia el acuerdo con el conjunto, pues es un acto del deudor que lo realiza, y no tanto una iniciativa del acreedor que lo pretende, lo que podría tener este efecto discriminatorio.

Finalmente, el texto legal deja claro que las garantías personales (fianzas, avales solidarios, etc.) de los créditos están plenamente subsistentes y eficaces, pues no quedan afectadas por la solicitud del deudor garantizado que pretende un acuerdo de pagos. Dicho de otro modo, el acreedor beneficiado por tales garantías puede ejercitarlas y ejecutarlas, una vez que su crédito contra el deudor haya vencido, y los garantes no podrán oponer al acreedor ejecutante el hecho de que su garantizado, que es el deudor principal, ha solicitado un acuerdo extrajudicial de pagos.

2.2.2. El nombramiento del mediador concursal y su estatuto personal.

Figura clave en la gestación del acuerdo extrajudicial de pagos es éste mediador concursal, fruto de la Ley 5/2012, de 6 de julio, reguladora de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A diferencia de lo que ocurre en los acuerdos de refinanciación, donde el deudor es sujeto directo y protagonista de la negociación con sus acreedores, sin perjuicio de la colaboración o asesoramiento que puedan prestarle técnicos o expertos a su costa, el mediador concursal desempeña aquí una función verdaderamente relevante. La propia Exposición de Motivos de la Ley de Emprendedores alude a él en varias ocasiones como “negociador del acuerdo”, un “profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia” y al que considera “responsable de impulsar los trámites del procedimiento”. Ocupa, pues, una posición activa, favorecedora de la negociación y del acuerdo, no limitada a la puesta en contacto de las partes, como correspondería a un mero mediador contractual.

Su nombramiento está regulado en el artículo 233 y puede recaer en persona física o jurídica, siguiendo el turno (“de forma secuencial” en la expresión legal) de la lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores y publicada en el B.O.E. Se le exige tener la condición legal de mediador, pero además debe reunir alguna de las condiciones subjetivas que el artículo 27, 1, de la Ley

Concursal requiere a los administradores concursales (abogado o economista, o auditor, con cinco años de experiencia efectiva y formación especializada en materia concursal), si bien el régimen supletorio de su nombramiento no es el propio de éstos, sino el de los expertos independientes, de frecuente nombramiento registral y no judicial.

Comentada ya la competencia para su designación (registral o notarial, según las circunstancias del artículo 232, 3) el artículo 233 no hace otra cosa que añadir detalles relacionados con el nombramiento: la necesaria aceptación del designado, la indicación de una dirección electrónica, la comunicación y publicidad del hecho (al juez, a los diversos Registros, a la Agencia tributaria, a la Seguridad Social y a la representación de los trabajadores), lo que supone la apertura de oficio de las negociaciones.

Escasas precisiones particulares contiene el texto legal a propósito del estatuto personal del mediador. Más allá de su nombramiento y aceptación, y de la referencia dispersa a sus funciones, sólo hay una mención expresa a la remuneración: en el artículo 242, 2, 1º, se limita su retribución como eventual administrador concursal, en el “concurso consecutivo” que pueda acaecer tras el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos, a la que le fue fijada como mediador, salvo casos excepcionales, siéndoles de aplicación las reglas sobre remuneración de los administradores concursales, conforme a la Disposición Adicional octava añadida a la Ley Concursal. No hay, sin embargo, mención a la cuestión de quién debe satisfacer la remuneración; si hay concurso consecutivo y la remuneración es la de administrador concursal, habrá de considerarse crédito contra la masa; pero la remuneración por su tarea preconcursal, durante la negociación del acuerdo de pagos, habría de satisfacerse por las partes, deudor y acreedores, y por mitades, siguiendo la regla general del artículo 15 de la Ley de mediación. Los demás aspectos no previstos (incompatibilidades y prohibiciones, cese y separación del cargo, responsabilidad, etc.) habrán de integrarse a partir del régimen general de los mediadores (la citada Ley de 2012 y sus normas de desarrollo, concretamente el R.D. de 13 de diciembre de 2013, donde se regula el Registro de Mediadores y se les impone la obligación de asegurar su responsabilidad), sin descartar la aplicación supletoria de reglas previstas para los administradores concursales o para los expertos independientes, como ya lo hace el propio texto legal en algunos casos.

2.2.3. La convocatoria y la reunión de los acreedores.

El procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos va dirigido a someter a los acreedores una propuesta, o plan de pagos, que éstos puedan aceptar con la mayoría suficiente requerida, que es el 60% del pasivo como regla general. A estos efectos, los artículos 234 y 237 regulan los aspectos mínimos, tanto de la convocatoria, como de la reunión de los acreedores.

Corresponde al mediador convocar a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor y puedan resultar afectados por el acuerdo, con exclusión de los de derecho público. Debe hacerlo con cierta premura (dentro de los diez días siguientes a la aceptación de su cargo), ya que, existiendo un plazo de tres meses para el desarrollo de la negociación, la reunión de los acreedores debe producirse en dos meses como máximo.

Las demás circunstancias de la convocatoria hacen referencia a la forma (por conducto notarial, individual y escrita, por cualquier medio de comunicación, incluida la vía electrónica si el acreedor facilitó una dirección al respecto), a la indicación del día, hora y lugar de la reunión (en la localidad del domicilio del deudor) y, más vagamente, al orden del día o contenido (“la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago”, dice simplemente el texto). El artículo 234, 3, alude también a la expresión de “la identidad de cada acreedor convocado, con cuantía, fecha y vencimiento de su crédito, y garantías personales o reales”; pero habrá que entender que estas precisiones no son parte del

contenido de la convocatoria como tal, sino de la comunicación individual al correspondiente acreedor, que es algo distinto.

La convocatoria, en fin, se dirige a todos los acreedores potencialmente afectados (también a los que pueden no participar por disponer de garantía real), salvo a los públicos. Por eso aclara el precepto que es ahora, recibida la convocatoria, cuando esos acreedores han de comunicar expresamente al mediador, y en plazo de un mes, si voluntariamente desean intervenir en el acuerdo; lo que supone que su silencio durante ese tiempo tendrá carácter negativo, ya que es la voluntad de participar, y no lo contrario, lo que deben manifestar. Téngase, además, en cuenta, que, si alguno de estos acreedores ya optó por iniciar o continuar la ejecución de su crédito garantizado, no podrá participar en el acuerdo, por lo que, en tal caso, tampoco será necesario que comunique nada.

Por lo que se refiere a la reunión, llama la atención la forma en que aparece tratada la asistencia de los acreedores y sus efectos en los distintos supuestos. El punto de partida es un “deber legal de asistencia” de los acreedores convocados, aunque cabe manifestar por anticipado aprobación u oposición al acuerdo (se entiende que por escrito y de manera fehaciente) dentro de los diez días anteriores a la reunión. Por eso no hay regla de quórum de constitución: hecha esta manifestación, se tendrá en cuenta para la formación de mayoría y el acreedor quedará exonerado del deber de asistir. Y aquí está la extraña peculiaridad: el acreedor que no asista ni haga manifestación previa, verá sus créditos relegados a la categoría de subordinados en la clasificación que se producirá si, fracasada la negociación, el deudor resulta declarado en concurso; verdadera sanción que no admite mucho matiz (ni siquiera hay mención a una eventual ausencia justificada, o a la posibilidad de representación del ausente, o a otro tipo de manifestación previa que no sea precisamente la de aprobar o rechazar el acuerdo sin más, sino la de proponer algún cambio ya que es posible modificar el plan de pagos durante la reunión, etc.).

De este negativo efecto quedan de nuevo excluidos en el artículo 237 los acreedores que tuvieran constituida a su favor garantía real. Y surge la duda del alcance exacto de la excepción en este caso: porque puede entenderse que quedan excluidos del deber de asistir o manifestar previamente su posición, lo que no es coherente con la facultad que tienen de participar en el acuerdo, viéndose afectados por él (si han decidido voluntariamente participar, lo lógico es que, quienes así lo hayan comunicado, tengan deber de asistencia o manifestación, como los demás), pero puede entenderse también que la excepción lo es respecto de la sanción, de manera que aquellos acreedores con garantía real que decidieron participar y no asistieron luego a la reunión ni hicieron manifestación previa de su posición favorable o contraria al acuerdo, no verán subordinados sus créditos, sino que conservarán la calificación de créditos con privilegio especial en el eventual futuro concurso del deudor. Ésta segunda interpretación parece más aceptable, pues no cabe obviar el dato objetivo de que el crédito tiene garantía real, con independencia de la conducta del acreedor, y degradarlo a subordinado supondría eliminar la garantía, con evidente desproporción.

Finalmente, los acreedores pueden modificar en la reunión el plan de pagos y el plan de viabilidad propuestos, con un límite preciso, que es el de no alterar las condiciones de pago de acreedores ausentes pero que manifestaron su aprobación por anticipado. Y es aquí donde se echa menos la aludida posibilidad de una manifestación previa más abierta que suponga aceptación de una determinada modificación por parte del acreedor afectado, aunque no esté presente en la reunión.

2.3. El plan de pagos y el plan de viabilidad.

El contenido material del acuerdo extrajudicial es precisamente un plan de pagos de los créditos pendientes que el mediador debe remitir a los acreedores, en los términos del artículo 236. Obviamente, el plan debe contar con la anuencia del deudor, lo que supone en la práctica que la propuesta habrá sido elaborada de común acuerdo entre el mediador y el deudor, aunque es formalmente el mediador quien asume el “protagonismo negociador” como responsable de remitir el plan a los acreedores a la mayor brevedad (“tan pronto como sea posible”, dice la Ley) y, en todo caso, con una antelación mínima de veinte días naturales antes de la reunión.

El alcance del plan de pagos se integra por aspectos ciertamente diversos, que conviene diferenciar.

El más ordinario o habitual será, sin duda, la propuesta de quita y/o espera de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, con límite respectivo del 25% de los créditos para la condonación (es de suponer que de cada crédito, y no del conjunto) y de 3 años para la moratoria. Tal límite es terminante e insoslayable, pues no se han acogido aquí posibilidades de ampliación como las que excepcionalmente permite el artículo 100 de la Ley Concursal, por razón de trascendencia económica, en el caso del convenio concursal.

A partir de ahí, el plan puede complementarse con otras propuestas facultativas, y debe serlo con las que tienen carácter necesario. Facultativa es la propuesta de “cesión de bienes en pago de las deudas” que el deudor puede ofrecer a sus acreedores, a tenor del apartado 2 de este artículo 236; cesión que, de ser aceptada, tiene efecto liberatorio (total o parcial, según lo acordado, como luego recoge el artículo 240, 2) por tratarse de una cesión o dación en pago, y no para pago (“pro soluto”, y “no pro solvendo”, según la clásica distinción). Necesario es el plan de viabilidad que debe acompañar al plan de pagos, materializado en un plan de continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor y en una propuesta detallada de cumplimiento regular (calendario, cuantías, formas, etc.) de las nuevas obligaciones (interesante evocación del efecto novatorio y sustitutivo que tendrá el plan de pagos si resulta aceptado por los acreedores), que también deberá indicar la fijación de cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, cuando corresponda. Por fin, el plan de pagos también debe incluir una propuesta de negociación de las condiciones de créditos y préstamos, que podría entenderse comprendida en el contenido general, pero que el precepto quiere individualizar por su significación; como ocurre también con la constancia en el plan, mediante copia de la solicitud o del acuerdo, del aplazamiento de los créditos de derecho público, o de sus fechas de pago, dada su incidencia y aunque no estén afectados por el acuerdo extrajudicial.

En los diez días siguientes a su envío, los acreedores (cualquier acreedor, ya que no se exige porción concreta del pasivo) pueden presentar tanto propuestas alternativas, como propuestas de modificación de la remitida, sin perjuicio de que luego en la reunión puedan acordar nuevas modificaciones, como ya se indicó. El deudor evaluará esas propuestas, y si opta por formular otro plan de pagos y viabilidad, o por modificar el que propuso, el mediador lo remitirá de nuevo a los acreedores como propuesta final. Sin embargo, si, ya en ese plazo, acreedores que representen la mayoría del pasivo afectado (siempre excluidos los créditos con garantía real no participantes y los de derecho público) manifiestan su decisión de no continuar la negociación, el procedimiento quedará bloqueado y, sin que llegue a celebrarse la reunión, el mediador está legalmente obligado a solicitar de inmediato la declaración del concurso de acreedores para el deudor. Es éste el primer supuesto de concurso consecutivo (artículo 242) al que conduce la “imposibilidad de alcanzar un acuerdo”, ahora ya por interrupción anticipada de las negociaciones antes de la reunión, como ocurrirá en otros casos de similar efecto (no presentación de propuesta de plan de pagos en tiempo y forma, no aceptación de la presentada llegada la reunión, anulación de la aceptada, incumplimiento del acuerdo, etc.)

2.4. El acuerdo extrajudicial: aceptación e impugnación; efectos y cumplimiento.

Para que el plan de pagos, que es una propuesta, se convierta en un acuerdo extrajudicial de pagos efectivo es necesario que recaiga la aceptación de los acreedores que exige el artículo 238, lo que se produce si vota a favor, al menos, el 60% del pasivo. Tal porcentaje, que es de créditos y no de acreedores, ha de computarse sobre los que resultan afectados, sin contar pues ni los créditos con garantía real cuyos titulares no hayan decidido participar, ni los créditos públicos. Hay, no obstante, un supuesto especial, cuando el plan consista en cesión de bienes en pago de deudas, en que se exige una mayoría superior, el 75% del pasivo, y un requisito añadido, la aprobación del acreedor o acreedores que tengan constituida garantía real sobre los bienes objeto de la sesión.

Alcanzada la mayoría, deben cumplirse algunos requisitos formales (cierre notarial o registral del expediente, previo otorgamiento de escritura pública), además de comunicar el cierre al juzgado que fuera competente para el concurso, dar cuenta de él a los registros públicos de bienes donde se practicaron anotaciones que ahora se cancelarán, y publicarlo en el B.O.E. y en el Registro Público Concursal. En caso contrario, de no producirse aceptación y continuar el deudor en insolvencia, procede la declaración del concurso, que el mediador concursal ha de solicitar y el juez ha de declarar de inmediato, observando el trámite de conclusión por insuficiencia de masa, conforme al artículo 176 bis de la Ley Concursal, si ése fuere el caso.

El acuerdo aceptado puede ser impugnado en los diez días siguientes a su publicación, y ante el juez que fuera competente para el concurso, con evidentes limitaciones en cuanto a la legitimación, las causas y los efectos, como así lo establece el artículo 239. Sólo pueden impugnarlo acreedores que no fueron convocados (no los ausentes sin más) y acreedores discrepantes, sea porque votaron en contra en la reunión, sea porque manifestaron su oposición con anterioridad; sólo pueden hacerlo por un defecto de forma grave (la falta de mayoría suficiente en cada caso) y por exceso en los límites cuantitativos de quita o espera previstos en la ley, supuesto al que parece asimilarse la “desproporción de la quita o moratoria exigidas”, expresión equívoca y abierta, pues estaría fundado impugnaciones en acuerdos donde la quita o la espera se atienen al límite legal, ya que el exceso está expresamente previsto, y si los acreedores han aceptado un acuerdo con quitas y esperas dentro de lo permitido, no habrá razón para considerarlo desproporcionado. Por lo demás, la impugnación no suspende la ejecución del acuerdo, por lo que deben poder adoptarse medidas cautelares por si prospera; se tramita por el procedimiento del incidente concursal, aunque no se produzca en un procedimiento concursal, y de forma acumulada si se presentan varias; se resuelve por sentencia, que puede ser recurrida en apelación, de resolución preferente, y se publica en el B.O.E. y en el Registro Público Concursal, pero sólo si anula el acuerdo. Y si esto ocurre, sobrevendrá otro supuesto típico de concurso consecutivo, por frustración del acuerdo, como ocurre en los demás casos examinados de falta de propuesta, de bloqueo de la negociación, o de no aceptación del plan presentado.

Los efectos del acuerdo aceptado, y no impugnado, o impugnado y no anulado, están previstos en el artículo 240 y son ciertamente relevantes. Los acreedores afectados (no los que disponían de garantía real y decidieron no participar, ni los de carácter público) no pueden iniciar ni continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores al inicio del expediente, prolongándose así con carácter definitivo la suspensión temporal que ya el artículo 235 establecía durante los tres meses de negociación; el deudor, por su parte, puede pedir la cancelación de los embargos al juez que los hubiera ordenado, una vez que los bienes trabados han quedado excluidos de la ejecución.

El acuerdo, además, produce la novación de las obligaciones afectadas, modificando su cuantía o su vencimiento, o ambas cosas, conforme a lo pactado, ya que los créditos quedan remitidos y

aplazados en la medida convenida. Y el mismo efecto extintivo se producirá si hay cesión de bienes en pago de los créditos, con el alcance total o parcial que se haya acordado.

Los efectos, sin embargo, y como ya ocurría durante la fase de negociación, no alcanzan a los obligados solidarios con el deudor ni a sus garantes personales, y los acreedores conservan frente a ellos las oportunas acciones por la totalidad de los créditos pendientes.

Cuando el plan de pagos aceptado quede íntegramente cumplido, proceso que será supervisado por el mediador, el expediente concluirá definitivamente y así se hará constar en acta notarial publicada en la forma habitual; si resulta incumplido, cualquiera que sea la entidad o la causa del incumplimiento, el propio mediador deberá solicitar la declaración del concurso por ese preciso motivo. Añade el artículo 241 la expresión “considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia”, lo que produce extrañeza, pues tiene el aspecto de una presunción legal automática e indestructible, para la que es indiferente que realmente haya o no insolvencia actual o, al menos, inminente, pudiéndose producir la declaración de un especialísimo concurso sin concurrencia de presupuesto objetivo en el sentido del artículo 2 de la Ley Concursal. Tal vez, por ello, deba entenderse que lo que hace el precepto es suponer la insolvencia, por incumplimiento del acuerdo, sin necesidad de prueba o de alegación de hechos objetivos; pero no impide probar la falta de insolvencia y eludir el concurso en ese caso.

2.5. El concurso consecutivo: especialidades.

Como ya se ha indicado, son varias las circunstancias que, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o de cumplirlo después de alcanzado, conducen de manera automática al concurso. Así lo determina el artículo 242, que subraya esa secuencia denominándolo “concurso consecutivo”. Esas circunstancias son, en concreto, la ausencia de una propuesta de plan de pagos, la no admisión de la que se presente, la interrupción de las negociaciones prevista en el artículo 236, 4, la no aceptación por la mayoría requerida en la reunión de los acreedores, la anulación de la aceptada como consecuencia de su impugnación, y, finalmente, el incumplimiento posterior del acuerdo alcanzado. En cualquiera de esos supuestos, que el artículo 242 reconduce a dos (imposibilidad e incumplimiento del acuerdo, aunque aclara que también su anulación tiene el mismo efecto), procede la declaración de ese especial concurso consecutivo, para cuya solicitud están legitimados el mediador concursal (con un carácter muy preferente, puesto que se le impone como deber) y también el propio deudor y sus acreedores.

El concurso consecutivo es, ciertamente, un concurso especial en muchos aspectos, lo que contrasta con la situación equivalente que se plantea cuando un acuerdo de refinanciación homologado resulta incumplido; porque, entonces, la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, en la redacción que ahora tiene su apartado 11 tras la reforma del R.D.-L. de 7 de marzo de 2014, se limita en este sentido a dejar expedito a los acreedores el camino de la solicitud de declaración en concurso del deudor que ha incumplido, pero no establece otra especialidad en el procedimiento concursal que se inicie, e incluso cabría la posibilidad, ciertamente excepcional, de que en ese concurso se alcanzara un convenio concursal que evitara la liquidación si se cumple. Por el contrario, en este caso, el artículo 241, 2, concibe el concurso consecutivo como una vía directa y automática para la liquidación: “en el concurso consecutivo se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación conforme a lo dispuesto en el Título V de la Ley Concursal”, con las especialidades que se añaden. Esa simultaneidad lo es con la propia declaración; el concurso se declara para abrir la fase de liquidación, en el mismo momento y de forma necesaria. Sólo queda a salvo el caso (previsiblemente frecuente) en que, por insuficiencia de masa activa (el patrimonio del concursado no es suficiente para satisfacer los créditos contra la masa y no hay opciones de

reintegración o de responsabilidad por daños o por déficit), pueda acudir al procedimiento aún más especial del artículo 176 bis de la Ley Concursal, que está pensado para llegar a una conclusión rápida del procedimiento, pagando los créditos contra la masa por el orden establecido y sin desarrollar una fase de liquidación propiamente dicha.

Las especialidades de este concurso consecutivo son verdaderamente singulares y conviene examinarlas brevemente.

La primera, objeto ya de natural polémica, es que el mediador concursal que actuó en la fase preconcursal se convierte ahora en administrador concursal del concurso consecutivo, y el juez debe designarlo como tal, salvo justa causa que el precepto no determina. Es cierto que el mediador debe tener alguna de las condiciones que se exigen para ser administrador concursal (artículo 233 en relación con el 27,1); pero también lo es que su actuación previa como mediador puede condicionarle en el desarrollo de la nueva función como administrador, donde ya no es un impulsor de la negociación (principalmente del lado del deudor), sino un órgano profesional y objetivo de un concurso, y es probable que el conocimiento adquirido en el caso termine siendo más inconveniente que ventaja. Por lo demás, su retribución ahora no puede exceder a la que tuvo antes, salvo que el juez acuerde otra cosa atendiendo circunstancias excepcionales.

La segunda especialidad, quizá más relativa, afecta a la consideración de los créditos contra la masa en el concurso consecutivo. Lo serán los gastos del expediente extrajudicial, desde luego; y, aplicando la analogía con el listado del artículo 84, los créditos que se hubieren generado durante la tramitación de ese expediente y no hubieren sido satisfechos. Basta repasar esa lista, especialmente el número 5 (créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, aquí tras la apertura del expediente) para tener una idea aproximada del volumen que puede alcanzar este capítulo de deuda.

En tercer lugar, una mera especialidad técnica afecta al cómputo del plazo de dos años en que determinados actos perjudiciales del deudor pueden ser rescindidos ejercitando las acciones de reintegración prevista en el artículo 71 de la ley Concursal; el plazo cuenta desde la fecha en que el deudor solicitó al registrador o al notario el nombramiento de mediador.

En cuarto lugar, los acreedores que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial, obviamente cuando lo haya habido, no necesitan comunicar sus créditos para que sean reconocidos, y clasificados con vistas al pago en la liquidación.

Hasta aquí, el conjunto de los efectos señalados parece responder a una misma idea: el deudor evitó provisionalmente el concurso cuando inició el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos; y se supone que ya entonces estaba en situación de insolvencia, actual o inminente; de modo que si luego no obtiene el acuerdo, o lo incumple, será tratado como si la declaración del concurso se hubiera producido entonces, y ciertos efectos, o ciertos trámites, se retrotraerán a ese momento anterior.

La última de las especialidades, sin embargo, tiene otro significado bien distinto. Sabido es que la Ley Concursal española no contenía previsiones de remisión de pasivo pendiente para las personas físicas concursadas; el conocido, y temido, artículo 178, 2, en su redacción originaria, declaraba la subsistencia de los créditos restantes, y el deudor quedaba ilimitadamente responsable, con sus bienes presentes y futuros, en los términos del artículo 1911 del Código Civil. La reforma operada precisamente por la Ley de Emprendedores (artículo 21, cinco) ha modificado esa situación con un discutible modelo de “remisión del pasivo pendiente”, acogiendo una versión “sui generis” de la denominada “segunda oportunidad”. Ocurre ahora que el deudor persona natural, cuyo concurso haya concluido con liquidación de la masa activa, verá remitidas las deudas insatisfechas con dos condiciones, que el concurso no hubiera sido calificado como culpable ni hubiera sido condenado por delitos relacionados con el concurso, y que haya pagado en su

integridad los créditos contra la masa, los concursales privilegiados (en general y en especial) y el 25% de los ordinarios. Más aún, si ese deudor persona natural intentó sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos (se entiende que presentó propuesta de plan de pagos y no le fue aceptada, o resultó anulada, pero no si fue aceptada y luego incumplida), obtiene un beneficio suplementario, pues le basta con haber satisfecho los créditos contra la masa y los concursales privilegiados para que le sea remitidos los demás. La diferencia está en la remisión del 75 o del 100% de los créditos ordinarios, además de los subordinados, en todo caso.

Con independencia del debate generado por tal medida, poco homologable con las que se han ido introduciendo en el derecho comparado del entorno, resulta que el artículo 242, 2, 5º, maneja otra versión de la remisión de pasivo en el contexto del concurso consecutivo del deudor persona natural cuando tenga la condición de empresario. Aquí, si su concurso es fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas no satisfechas en la liquidación, con expresa excepción de las de derecho público, pero también siempre que se hayan pagado íntegramente los créditos contra la masa y los concursales privilegiados. Se producen así distinciones (deudor persona natural empresario y no empresario, deudor que intentó sin éxito un acuerdo de pagos y luego pasó por un “concurso normal”, deudor que llegó a un “concurso consecutivo”, remisión con o sin expresa excepción de créditos públicos) que no serán sencillas de aplicar ni de justificar, y que pueden dar lugar a discriminaciones que no tengan mucho que ver con la situación objetiva, sino con la condición subjetiva o con el itinerario seguido.

2.6. El tratamiento de los créditos públicos.

Una última consideración merece la cuestión de los créditos públicos en caso de acuerdo extrajudicial de pagos. A lo largo del texto se han podido comprobar las reiteradas ocasiones en que se hace exclusión expresa de los créditos públicos en la tramitación y en los efectos de estos acuerdos, a partir de la declaración inicial del apartado 5 del artículo 231, que lo indica de forma terminante (“los créditos de derecho público no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial”). Por si no fuera suficiente, la Ley de Emprendedores ha venido a añadir una Disposición Adicional Séptima a la Ley Concursal en que vuelve a reiterarlo, extendiendo la inaplicación al conjunto del Título X, que es el que regula los acuerdos extrajudiciales; lo hace además con mención expresa de las disposiciones reguladoras de la gestión recaudatoria de los créditos que tienen ese carácter (la Ley General Tributaria, la Ley General Presupuestaria y la Ley General de la Seguridad Social).

Ocurre, no obstante, que, sentado el principio de no afectación, la citada Disposición Adicional ha querido “acompañar” el acuerdo de pagos con algunas medidas complementarias que puedan facilitar la satisfacción de estos créditos y que, de alguna manera, acomoden su exigibilidad a la propia dinámica del acuerdo. De este modo, y como regla general, se obliga al deudor, una vez que su solicitud de acuerdo extrajudicial haya sido admitida, a solicitar también aplazamiento o fraccionamiento del pago de los créditos públicos a la Administración competente.

A partir de ahí, y en dos normas paralelas aplicables a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, se pretende acompasar la eventual resolución administrativa que conceda el aplazamiento o el fraccionamiento a la marcha del acuerdo extrajudicial. De un lado, sólo podrán concederse esas facilidades cuando haya un acuerdo extrajudicial de pagos ya formalizado, aunque se permite hacerlo cuando hayan transcurrido tres meses desde la solicitud sin que se haya publicado el acuerdo ni se haya declarado un concurso; de otro lado, ambas facilidades, salvo que razones de cuantía determinen lo contrario, tendrán la misma “referencia temporal máxima” que el propio acuerdo extrajudicial, aunque sea diferente la periodicidad de los plazos, a lo que hay que añadir

que, si hubiera aplazamientos o fraccionamientos ya concedidos antes de la solicitud, y siguieran vigentes, continuarán teniendo efecto, sin perjuicio de que puedan ser modificados si así se pide en la nueva solicitud, a la que también se incorporarán las solicitudes que estuvieran pendientes de resolución.

Se completa así el tratamiento de lo que, como es habitual, será una parte importante del pasivo pendiente del deudor, precisamente la no afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, lo que puede ayudar a la adopción de medidas de innegable utilidad en el caso concreto. Y se echa, por ello, de menos que en el despliegue de medidas que acompañan al acuerdo extrajudicial de pagos no se hayan introducido algunas que atemperen el tratamiento de los otros créditos no afectados, los que están dotados de garantía real; porque el derecho de ejecución que se reconoce a los acreedores titulares de esos créditos depende exclusivamente de su libre voluntad y de su decisión de incorporarse o no al acuerdo extrajudicial, sin tener en cuenta al menos, como sí ocurre en la Ley Concursal reformada, las mayorías de respaldo del acuerdo de refinanciación que permiten extender sus efectos, o los tiempos de espera, en relación con el carácter necesario de los bienes objeto de la garantía a ejecutar.