

CONCURSO DE ACREEDORES DE PERSONA NATURAL. ¿QUÉ ES INTENTAR EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS?

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

EXTRACTO

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, ha modificado las competencias de los Juzgados de lo Mercantil en materia concursal, atribuyendo los concursos de persona natural no empresario a los Juzgados de Primera Instancia. Se está produciendo, de forma sistemática, lo que entendemos es un abuso de derecho en el empleo de las solicitudes de concurso consecutivo ante estos últimos juzgados por parte de deudores que, sin haber intentado realmente el acuerdo extrajudicial de pagos, acuden directamente a la solicitud de concurso consecutivo por imposibilidad de lograrlo, cuando realmente no lo han intentado en los términos legalmente exigibles. El intento del acuerdo extrajudicial de pagos, para que jurídicamente pueda considerarse tal, precisa de la justificación de haber desarrollado un mínimo de actividad negociadora con los acreedores, sobre la base de un plan de pagos determinado como texto inicial y base para la negociación. No es viable defender que el acuerdo extrajudicial de pagos ha sido intentado y su consecución ha sido imposible si ni tan siquiera se ha elaborado el plan de pagos por parte del mediador concursal, con el consentimiento del deudor. Lo contrario es usar fraudulentamente el acuerdo como modo de llegar al concurso consecutivo, siendo así que la Ley Concursal ofrece alternativas posibles.

Palabras clave: acuerdo extrajudicial de pagos: requisitos, concurso consecutivo y exoneración del pasivo insatisfecho.

Fecha de entrada: 16-04-2017 / Fecha de aceptación: 27-04-2017

ENUNCIADO

En un Juzgado de 1.^a Instancia se ha presentado una solicitud de concurso consecutivo por parte del mediador concursal señor Pérez, que ha sido designado para su cargo por el notario de la localidad; aceptado el cargo, se puso en contacto con el deudor, señor López, a efectos de determinar con qué activo y pasivo podía contar el deudor para intentar el acuerdo extrajudicial de pagos, y tras el examen de sus deudas, el mediador ha señalado fecha para verificar la reunión con los acreedores.

Una vez ha comprobados los bienes y los ingresos con los que cuenta el deudor, realmente carece de bienes a su nombre y está cobrando 800 euros al mes de prestación por desempleo, quedándole solo 5 meses de paro por cobrar. Sus deudas ascienden a un total de 34.125,90 euros que debe a varias entidades financieras. Carece de líquido efectivo más allá de la prestación citada. Ante ello, el mediador se ve imposibilitado por completo para poder elaborar un plan de pagos con el que negociar con sus acreedores un posible acuerdo, y ante ello, opta por dejar sin efecto de oficio la cita con los acreedores sin haber elaborado texto alguno de negociación.

Ante ello, entiende que su caso se halla en el supuesto de imposibilidad de lograr el acuerdo extrajudicial de pagos, y solicita el concurso consecutivo.

¿Puede admitirse esta solicitud de concurso consecutivo?

Cuestiones planteadas:

- El concepto de «intentar el acuerdo extrajudicial de pagos».
- El plan de pagos como requisito indispensable.
- La imposibilidad de concurso consecutivo sin negociación mínima.

SOLUCIÓN

En marzo de 2009, nuestro legislador inició la regulación de la fase preconcursal del concurso de acreedores, al crear la figura del acuerdo de refinanciación sin intervención judicial alguna, como parte del contenido del artículo 71 de la Ley 22/2003, Concursal (LC); más adelante intro-

dujo una modalidad nueva de este tipo de acuerdo al regular en la disposición adicional cuarta de la LC el acuerdo de refinanciación con homologación judicial.

Con posterioridad, y a través de la llamada Ley de Emprendedores, el legislador amplió la oferta de las posibles opciones preconcursales por medio del llamado acuerdo extrajudicial de pagos, integrador de un nuevo título X en la LC, y para evitar la discriminatoria solución que para la persona natural se daba en el artículo 178 de la LC en comparación con la persona jurídica. Todas estas soluciones preconcursales tienen como finalidad permitir al deudor insolvente gozar de un periodo de tiempo dotado de protección adicional (arts. 5 bis y 242 bis.1.8.º LC) para poder negociar con sus acreedores una solución que le permita salir de su insolvencia, evitando con ello la necesidad de verse abocado a solicitar la declaración de concurso.

Estas soluciones que están a disposición del deudor insolvente (las dos modalidades de acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) responden a planteamientos legislativos muy diferentes, hasta tal punto que el artículo 231.4 de la LC las ha declarado incompatibles, pues no puede intentar el acuerdo extrajudicial de pagos quien se halle negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación. Ahora bien, todas ellas tienen un denominador común: ha de existir una negociación real y contrastada entre el deudor insolvente y sus acreedores para tratar de llegar a un acuerdo por medio del cual se consiga el objetivo previsto por el legislador, es decir, la evitación de la solicitud de la declaración del concurso. Esa negociación podrá ser directa entre deudor y acreedores en el caso de los acuerdos de refinanciación, o podrá verse mediatizada y gestionada por un mediador concursal en el caso de los acuerdos extrajudiciales de pago, pero la negociación ha de existir necesariamente para que podamos afirmar que ha concurrido la fase preconcursal. Lo contrario sería utilizar de forma fraudulenta las figuras preconcursales, para tratar de lograr las ventajas ulteriores previstas en la norma sin haber verificado un esfuerzo negociador real, que es precisamente lo que la ley pretendía y preveía.

Todas las soluciones paccionadas posibles del contexto concursal en sentido amplio (incluyendo tanto la fase preconcursal como concursal) pasan necesariamente por una negociación que ha de estar basada en un texto concreto como documento que comprometa al deudor a determinadas prestaciones respecto de sus acreedores, y a estos a comprometerse a condonar parte de la deuda (quita) o a dilatar en el tiempo el cobro de la parte no condonada (espera); dicho de otro modo, es ilusorio pensar en que hay negociación si el deudor nada da a sus acreedores, y estos nada reciben como consecuencia de la ficticia negociación.

Precisamente por ello, cuando observamos la regulación concursal en materia de soluciones no liquidatorias sino pactadas, vemos que siempre ha de existir el compromiso de pagos parciales para el insolvente, pues siempre ha de exigirse un «plan de pagos» como intención inicial del deudor de cara a la negociación, siendo impensable defender que haya existido una negociación sobre la idea matriz de que nada abona el deudor, hasta el punto de que ni siquiera (por la inexistencia patrimonial) se ha podido elaborar un documento iniciador sobre el que comenzar las negociaciones. Por ello, en fase concursal, la solución del convenio como alternativa pactada a la liquidación exige en el artículo 100.4 de la LC que «las propuestas deberán presentarse acompa-

ñadas de un plan de pagos», y si un deudor pretende acogerse al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 178 bis y su situación patrimonial ni siquiera le ha permitido abonar determinados créditos, tendrá que aceptar «someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6».

Veamos algunos ejemplos que nos prueban que no es posible legalmente aceptar que ha concurrido un intento real de solución pactada si no puede aportarse nada palpable que acredite una mínima negociación, al menos con un documento en el que conste una propuesta de negociación inicial:

1. El artículo 231.1 de la LC configura la naturaleza de esta institución preconcursal como «un procedimiento para alcanzar un acuerdo» con sus acreedores, idea en sí misma que ha de conllevar una negociación con ellos, pero esa negociación ha de poderse manifestar en algo contrastado para poder cumplir con tal requisito.
2. El artículo 232.2 de la LC exige al deudor tener «un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de los que sea titular y los ingresos regulares previstos», requisito legal para poder intentar el acuerdo extrajudicial de pagos que no ha sido excepcionado en absoluto por el artículo 242 bis de la LC.
3. El artículo 236.1 de la LC ordena al mediador concursal que remita a los acreedores en un determinado plazo «una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud».
4. El artículo 236.2 de la LC exige que ese texto de la propuesta incluya de forma obligatoria «un plan de pagos con el detalle de los recursos previstos para su cumplimiento» y además «un plan de viabilidad» con propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones.
5. El artículo 236.4 de la de la LC recoge la posibilidad de que el mediador solicite el concurso al haber manifestado los acreedores su decisión de «no continuar con las negociaciones», redacción que implica que estas han de haberse iniciado de alguna forma.
6. El artículo 237.2 de la LC nos habla de la posibilidad de que «el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión», redacción que nos confirma la obligatoriedad de que el mediador y el deudor elaboren un texto como plan de pagos para poder afirmar que ha habido intento negociador.
7. Si acudimos a las especialidades propias del acuerdo extrajudicial de pagos del artículo 242 bis de la LC reguladas precisamente para las personas naturales no empresarios (como es nuestro caso), observamos que en su apartado 1.6.º se ordena al mediador concursal que «la propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima» (solo cuando hay una obligación legal de presentar una propuesta de pagos se puede fijar plazo para ello), y en el apartado 1.7.º se indica al regular el contenido de la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que «la propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en...»; como vemos, estas dos

redacciones legales citadas dejan perfectamente explicitado que no puede hablarse de intento de acuerdo extrajudicial de pagos si no hay una propuesta de acuerdo a los acreedores como texto inicial para poder entablar una negociación.

No hay negociación real, sino uso fraudulento del acuerdo extrajudicial de pagos para acceder directamente al concurso consecutivo si ni siquiera se ha podido elaborar una propuesta para negociar con los acreedores. Los instrumentos preconcursales siempre implican negociación o al menos intento real de ello, y una voluntad del deudor de pretender el acuerdo, pues no en vano el mediador precisa del consentimiento del deudor para presentar a los acreedores su propuesta de pagos.

Por ello precisamente nos dice el artículo 242 bis.1.2.º de la LC que el notario ha de comunicar de oficio «la apertura de negociaciones» y en el artículo 242 bis.1.3.º de la LC se obliga al notario a «impulsar las negociaciones» salvo que para ello se designe un mediador concursal, que sería el encargado de realizar tal impulso.

La aplicabilidad de todo lo expuesto a nuestro caso es tan evidente como determinante de la inadmisibilidad de la solicitud de concurso consecutivo que se nos plantea. Nuestro legislador ha creado el acuerdo extrajudicial de pagos como antecedente necesario para poder pedir el concurso consecutivo, pero el mediador concursal era perfectamente sabedor de la imposibilidad de redactar una propuesta de acuerdo ni de la más mínima posibilidad de negociación con los acreedores, pues el deudor adolece de una evidente inexistencia de bienes, que el propio mediador afirma; esa carencia de bienes y, por lo tanto, la promoción del inicio del precurso sin poder delimitar «un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de los que sea titular y los ingresos regulares previstos» ya supone el incumplimiento de uno de los requisitos necesarios de la propia figura preconcursal.

No todas las personas naturales pueden o han de acudir al acuerdo extrajudicial de pagos de manera forzosa, pues si de antemano el deudor conoce que no tiene patrimonio ni ingresos regulares con los que poder negociar, lo que se está produciendo es un uso fraudulento de una figura como forma de acceder al concurso consecutivo; las instituciones preconcursales están para dar cobertura a quien pretende con ellas intentar salir de la insolvencia, y esta intención no puede apreciarse en nuestro deudor ni puede accederse a una solicitud del mediador que acredita no haber verificado negociación alguna.

Esta inadmisión en modo alguno vulnera la tutela efectiva del deudor, que está obligado por el artículo 5 de la LC a presentarse en concurso voluntario en cuanto sepa de su situación de insolvencia, pues ya la propia LC prevé la figura de la solicitud de concurso voluntario del deudor insolvente y carente de cualquier tipo de patrimonio ni opciones de obtenerlo; para ello se creó precisamente el artículo 176 bis 4 de la LC regulador del llamado coloquialmente «concurso exprés» en el cual se dicta una sola resolución; en concreto en el auto inicial y final del procedimiento el deudor es declarado en concurso (puesto que el art. 5 LC recoge su derecho/deber de ser declarado), y se concluye el concurso por ausencia absoluta de bienes, ni evidencia de poder

recuperarlos, en su caso. Todo deudor que se estime en estado de insolvencia tiene derecho a ser declarado en concurso, pero no todo deudor tiene derecho a acceder al concurso consecutivo ni al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho si no acredita haber intentado celebrar el acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores.

Ahora bien, la cuestión a determinar es cuándo cabe apreciar que realmente concurre ese intento verdadero de acuerdo; estimamos que deberán incluirse todos los supuestos en los que el deudor presenta una solicitud de acuerdo extrajudicial con las formalidades exigidas legalmente, sea cual sea el resultado de tal solicitud, pero va mucho más allá de lo razonable pretender que este órgano estime que en nuestro caso concurre un intento de acuerdo extrajudicial de pagos del señor López si no se ha elaborado propuesta de acuerdo alguno, ni se ha establecido contacto alguno con los acreedores que no han podido dar su parecer a texto alguno, todo lo cual dio lugar a que el mediador de oficio haya desconvocado una reunión sin objeto.

Lo contrario genera el riesgo de que sea empleado como un mero cauce formal para una posible exoneración de deudas en un concurso ulterior, especialmente en los casos como el presente en que la falta de activo haga en la práctica inviable un posible acuerdo con los acreedores, que es lo que realmente estimamos que se está pretendiendo en nuestro caso. Todo lo precitado obliga a la inadmisión a trámite de la presente solicitud del mediador concursal, no accediéndose a la declaración del concurso consecutivo, al no poderse estimar concurrente el intento del acuerdo extrajudicial de pagos como presupuesto indispensable para la solicitud de concurso consecutivo.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Ley 22/2003 (Concursal), arts. 4, 5 y 5 bis, 176 bis, 231, 232, 236 y 242 bis.