

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización [BOE n.º 233, de 28-IX-2013]

Aspectos mercantiles de la Ley de Emprendedores

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, conocida como la «Ley de Emprendedores», es una de las muchas normas dictadas en los últimos tiempos para el apoyo a los emprendedores y el fomento de la actividad económica, introduciendo para ello incentivos jurídicos a la actividad empresarial. Su título exacto es el de «Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», si bien se observa que además de apoyar a emprendedores, y emprendedoras, y de fomentar la actividad económica, por otra parte afecta a ciertas materias que no son propiamente de emprendimiento en sentido estricto. La finalidad de estas líneas no es hacer una crónica general de toda la Ley 14/2013, sino únicamente de los aspectos mercantiles más relevantes de la misma. En este sentido, hemos de observar que esta ley afecta también a otras disciplinas jurídicas distintas del Derecho mercantil como son el Derecho fiscal y el Derecho laboral y de la seguridad social, disciplinas muy relacionadas igualmente con el fenómeno empresarial y con el emprendimiento, además, también, del Derecho administrativo.

La Ley se estructura en un Título Preliminar y cinco Títulos, con un total de setenta y seis artículos, dieciséis disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y trece finales. El Título Preliminar recoge una serie de disposiciones generales relativas al objeto y al ámbito de aplicación de la ley y a la noción de emprendedor. No define sin embargo qué se entiende por emprendimiento, término que es citado varias veces en el texto legal, y que no estaría de más su acotamiento legal, más allá de su significación económica.

El artículo 3 de la Ley define a los emprendedores señalando que son «aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley». Emprendedores son pues tanto empresarios como profesionales en sentido estricto. Señalemos al respecto que el término «emprendedor» es ajeno al Derecho Mercantil, si bien ello no ha impedido al legislador afectar con esta Ley a varias materias de esta rama del ordenamiento jurídico, resultando criticable la utilización del término emprendedor en determinadas partes de la Ley. Es un término procedente de la Economía, que puede ser correcto en otros ámbitos del Derecho, como en el tributario o en el laboral, a los efectos de las especiales medidas de apoyo de todo tipo (incentivos fiscales, ayudas, deducciones, reducción de cotización, etc.) para quienes inician una actividad económica, o incluso para aquellos operadores económicos más dinámicos e innovadores. Así considerado, no parece que dicho término sea acertado en el ámbito del Derecho Mercantil, donde además ya se había acuñado el término de «operador económico» para aglutinar a empresarios y profesionales (la misma *Propuesta de Código Mercantil* de junio de 2013 elaborada por la *Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación*, presidida por el prof. Bercovitz, se refiere a los operadores económicos u operadores de mercado en el sentido expuesto).

De los cinco títulos de la Ley, el que presenta mayor interés desde el punto de vista del Derecho Mercantil es el Título I. Este título, cuyo epígrafe es *Apoyo a la iniciativa emprendedora*, cuenta con cinco capítulos, el primero de los cuales, *Educación en emprendimiento*, no casa con el resto de capítulos, pues en realidad recoge medidas para fomentar la cultura empresarial en el sistema educativo, más que medidas de apoyo a la iniciativa emprendedora, de ahí que su contenido quizá debiera haberse recogido, ya puestos, como otra disposición adicional más. Son los capítulos siguientes, II a V, los que han venido a incorporar novedades importantes en varias materias mercantiles. Así, en materia de responsabilidad del empresario, con la introducción de una nueva figura como es el *Emprendedor de Responsabilidad Limitada –ERL–* (Capítulo II); en materia de sociedades de capital, al regular las sociedades de responsabilidad limitada en régimen de formación sucesiva (Capítulo III); y en materia concursal, con el *Acuerdo Extrajudicial de Pagos* (Capítulo V). Por parte, en el Capítulo IV la Ley se refiere a los Puntos de Atención al Emprendedor –PAE– (artículo 13), a la inscripción de los ERL (artículo 14), a la constitución de SRL con estatutos tipo y sin estatutos tipo (artículos 15 y 16), a los trámites iniciales y de ejercicio de actividades empresariales (artículo 17) y a la legalización de los libros de los empresarios (artículo 18). La regulación del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, recogida íntegramente en esta Ley, así como la referente al Acuerdo Extrajudicial de Pagos y la mediación concursal, que ha supuesto modificar la Ley Concursal, van a ser objeto de crónicas separadas.

En cuanto a las que la ley denomina Sociedades Limitadas de Formación Sucesiva, aunque el Preámbulo diga que se trata de una nueva figura de sociedad (SLFS), no son un nuevo tipo societario, sino una SRL con una serie de peculiaridades en su régimen jurídico, que ha llevado a modificar tres artículos de la Ley de Sociedades de Capital (artículos 4, 5 y 23) y a introducir uno nuevo (artículo 4.bis). Lo que caracteriza a estas SRL es que se constituyen con una cifra de capital social inferior a 3.000 euros, mínimo legal general de las SRL, y que mientras no alcance esa cifra estará sujeta al nuevo régimen de formación sucesiva: en caso de liquidación de la sociedad los socios y los administradores responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo; se limita la retribución de los socios y administradores; se exige que el 20% del resultado del ejercicio deberá ir a reservas legales, en lugar del 10%; los estatutos deberán contener una expresa declaración de sujeción de la sociedad a dicho régimen, etc. Estos condicionantes, tendentes a garantizar la protección de terceros, hacen menos atractiva la opción de constituir una SRL por debajo del capital social mínimo, pero no deja de ser un incentivo jurídico más para la constitución de SRL ante escasos recursos.

El Título II se refiere a *Apoyos fiscales y en materia de Seguridad Social a los emprendedores*, no incidiendo en materias mercantiles.

El Título III, *Apoyo a la financiación de los emprendedores*, tiene plena incidencia en el Derecho Mercantil: el artículo 31 regula el nombramiento del experto independiente

que ha de verificar los acuerdos de refinanciación, introduciendo para ello un nuevo artículo 71.bis en la Ley Concursal; el artículo 32 modifica el artículo 2.1 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores para introducir entre los instrumentos financieros las cédulas y bonos de internacionalización; el artículo 33 modifica el artículo 13 de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero en relación con las «Cédulas Territoriales» que pueden emitir las entidades de crédito; el artículo 34 regula las cédulas y los bonos de internacionalización (haciéndolo nada menos que en 20 apartados); y el artículo 35 modifica el artículo 8 de la Ley 1/1994 sobre régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca en relación con el capital social mínimo.

El Título IV, *Apoyo al crecimiento y desarrollo de proyectos empresariales*, se divide en tres capítulos. El primero de ellos se refiere a la *Simplificación de cargas administrativas*, afectando básicamente a Derecho administrativo y a Derecho laboral, si bien hay que llamar la atención sobre el artículo 41, dedicado a los apoderamientos electrónicos otorgados por empresarios. El Capítulo II trata de *Medidas para impulsar la contratación pública con emprendedores*, materia que es de Derecho Administrativo. El Capítulo III es el que más relevancia tiene para el Derecho Mercantil al modificar el Código de Comercio y la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital para una *Simplificación de los requisitos de información económico-financiera*. Así, el artículo 48 modifica el artículo 28.2 del CC.º en relación con el Libro Diario, al aumentar la posibilidad de las anotaciones conjuntas de un mes a un trimestre, modificación que afecta al régimen jurídico general de la contabilidad de todo empresario. Por su parte, el artículo 49 modifica los artículos 257 y 263 de la LSC, el primero elevando las cifras del activo total y del importe neto de la cifra anual de negocios a 4 y a 8 millones de euros, respectivamente, para la formulación del balance y del estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, y el artículo 263 recogiendo la excepción a la obligación de auditar las cuentas anuales sobre criterios inferiores a los de formulación de balance abreviado, desmarcándose del tradicional paralelismo de dicha excepción con la posibilidad de formular el balance en forma abreviada.

El Título V se refiere a la *Internacionalización de la economía española*, siendo el más extenso, con 26 artículos y diez capítulos repartidos en dos secciones, una sobre el fomento de la internacionalización y otra sobre movilidad internacional. Este título recoge fundamentalmente aspectos relacionados con el comercio exterior y con extranjería (entrada de extranjeros y permanencia, estancia o residencia, residencia para inversores, etc.). Llama la atención la definición de actividad emprendedora que hace el artículo 70, referida a emprendedores extranjeros, sobre la base de dos notas: su carácter innovador y su especial interés económico para España.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

El emprendedor de responsabilidad limitada

Como quedó ya indicado, la Ley 14/2013 recoge dentro de su Título I la regulación del *Emprendedor de Responsabilidad Limitada –ERL–*, dedicándole el Capítulo II, integrado por los artículos 7 a 11, aunque también se contienen algunas previsiones normativas fuera del mismo, en el artículo 14 y en la Disp. Adic. Primera. Si atendemos al epígrafe del Título I, *Apoyo a la iniciativa emprendedora*, el motivo de crear esta nueva figura es la de apoyar tal iniciativa. Se trata de un incentivo jurídico que permite limitar parcialmente la extensión patrimonial de la responsabilidad, lo cual no sólo presenta interés de cara a iniciarse en actividades económicas, sino que también concierne a aquellos operadores que ya están realizando tal actividad en el tráfico.

Una de las cuestiones que más preocupan a la hora de decidirse por comenzar una actividad económica, empresarial o profesional, es la responsabilidad derivada de tal actividad, especialmente la extensión patrimonial de esa responsabilidad, preocupación muy presente en este tipo de actividades por la incertidumbre que comportan. Esta inquietud no sólo existe en el momento de tomar la decisión de comenzar la actividad, lo que supone un desincentivo, sino que luego acompaña al operador a diario, constituyendo una rémora para su actividad. En este sentido, el artículo 1911 CC señala que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros». Esta norma es general para cualquier persona, física o jurídica, aplicándose por ello también a empresarios y profesionales. Los empresarios responden del cumplimiento de todas las obligaciones que adquieran con todos sus bienes, sin hacer distinción entre un «patrimonio empresarial» y un «patrimonio no empresarial» (personal o familiar), por lo que de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial también va a responder con su «patrimonio no empresarial» –incluso en ocasiones con bienes comunes del matrimonio y propios del cónyuge (artículos 6 y ss. CC.º)–, de igual manera que de las derivadas de otras actividades distintas de la actividad empresarial responderá también con el «patrimonio empresarial». Lo mismo cabe decir de los profesionales, *mutatis mutandi*.

Este régimen de responsabilidad, en concreto la extensión patrimonial, debe ser matizado desde el pasado 29 de septiembre en el caso de los emprendedores (empresarios y profesionales) personas físicas que cumplan ciertas condiciones. En este sentido, el artículo 7 de la Ley dice así: «El emprendedor persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de “Emprendedor de Responsabilidad Limitada”, una vez cumplidos los requisitos y en los términos establecidos en este Capítulo». Se observará que este precepto –el primero del Capítulo II– se refiere únicamente al emprendedor persona física; así pues, aunque emprendedores pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas, siempre que realicen una actividad económica empresarial o profesional (artículo 3), de la limitación de responsabilidad de la Ley 14/2013 sólo pueden beneficiarse los empresarios

y profesionales cuando sean personas físicas y se constituyan en «Emprendedor de Responsabilidad Limitada», entre otros requisitos, y sólo por las deudas originadas en su actividad empresarial o profesional.

La limitación de responsabilidad a que se refiere el artículo 7 consiste en poder evitar que la responsabilidad derivada de sus deudas empresariales o profesionales afecte a su vivienda habitual (artículo 8.2), propia o común (artículo 8.3), para lo cual se deben cumplir determinadas condiciones. Se trata por lo tanto de una limitación de responsabilidad digamos que «tipificada» o «normalizada», pues no permite dejar fuera de responsabilidad los elementos patrimoniales que elija el sujeto, sino que el único elemento patrimonial que permite excluir es la vivienda habitual..., que no es poco en la mayoría de los casos. Esta posibilidad que brinda la Ley para limitar la responsabilidad no es la única que se contempla en el ordenamiento jurídico; recordemos así que cualquier persona puede constituir una sociedad de capital unipersonal, anónima o limitada (artículos 12 y ss. LSC), con la que realizar la actividad económica, y que en el caso del empresario casado los bienes gananciales no obtenidos como resultado del ejercicio del comercio no quedan sujetos a responsabilidad salvo que se preste consentimiento para ello (artículo 6 CC.⁹), si bien, como tal consentimiento puede presumirse (artículos 7 y 8), lo mejor es oponerse expresamente a dicha posibilidad.

Las condiciones o requisitos para evitar que la responsabilidad derivada de las deudas empresariales o profesionales afecte a la vivienda habitual se extraen de varios preceptos de la Ley 14/2013, pudiéndose diferenciar entre unas condiciones iniciales y otras de ejercicio, siendo condiciones iniciales las siguientes:

1. Que el empresario o profesional haya adquirido legalmente la condición de emprendedor de responsabilidad limitada (artículo 7), lo cual sucede cuando se inscriba como tal en el Registro Mercantil de su domicilio (artículo 9.1), quedando constancia de tal carácter en la hoja que tuviera abierta, si ya figuraba inscrito, o en la que se le abra ex novo con tal ocasión. La inscripción de tal circunstancia tiene pues carácter constitutivo y no meramente declarativo. Una vez inmatriculado el emprendedor en el RM, el Registrador expedirá certificación y la remitirá telemáticamente al Registrador de la Propiedad de forma inmediata dentro del mismo día hábil, para que se deje constancia de ello en el asiento de inscripción de la vivienda habitual (artículo 10.2). Luego volveremos sobre el tema de la inscripción.

2. Que el valor de la vivienda habitual no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción del sujeto en el Registro Mercantil, aplicándose un coeficiente del 1,5 al valor anterior en el caso de viviendas situadas en una población de más de 1.000.000 de habitantes –esto es, no deberá superar los 450.000 euros– (artículo 8.2). Para la determinación de la base imponible hay que atender al artículo 10 del RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el TR de la Ley del Impuesto sobre TPYAJD. Resulta criticable

el criterio de la población, pues hay localidades con 200.000 habitantes en las que el precio medio por metro cuadrado es superior al de localidades con varios millones de habitantes (así, San Sebastián es la localidad que tiene los precios medios más altos, por encima incluso de Barcelona y Madrid). En este sentido, deberían haberse utilizado coeficientes correctores sobre estadísticas del INE, en lugar de recurrir al número de habitantes. Por otra parte, la redacción de la norma implica que si al practicar la inscripción la vivienda tenía un valor superior no puede dejarse fuera del patrimonio afecto a responsabilidad, aunque se haya producido una reducción posterior del valor. La Ley no dice nada en cuanto al mobiliario y menaje de la vivienda habitual, resultando de aplicación el artículo 606 de la LEC que los declara bienes inembargables «en lo que no pueda considerarse superfluo».

3. Que en la misma hoja abierta al sujeto en el Registro Mercantil se indiquen los datos de la vivienda habitual y que conste expresamente que dicha vivienda no queda afectada a responsabilidad por las deudas empresariales o profesionales (artículos 8.3 y 9.1); además, para su oponibilidad a terceros, deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad la no sujeción de la vivienda habitual a las resultas del tráfico empresarial o profesional, lo que habrá de practicarse en la hoja abierta al bien (artículo 10.1).

Las condiciones de ejercicio, que deben cumplirse con ocasión de la actividad económica desarrollada, son las siguientes:

1. Que el emprendedor deudor no haya actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, fraude o negligencia que deberá constar acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable (artículo 8.4).
2. Que el emprendedor inscrito haga constar en toda su documentación, con expresión de los datos registrales, su condición de «Emprendedor de Responsabilidad Limitada», o bien las siglas «ERL» adicionadas a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal (artículo 9.2).
3. Que el emprendedor ERL haya depositado sus cuentas anuales en el Registro Mercantil y, en su caso, el informe de auditoría (artículos 11.1 y 11.3) antes de siete meses desde el cierre del ejercicio económico –el artículo 11.3 habla ejercicio social por error–. Así, aunque en principio el empresario persona física no está obligado a depositar sus cuentas anuales en el RM, si se convierte en ERL sí deberá hacerlo necesariamente. En cuanto a someter a auditoría las cuentas anuales, dice la Ley que será exigible de conformidad con lo previsto para las sociedades unipersonales de responsabilidad limitada (artículo 11.1).

En cuanto a la naturaleza de las deudas, la Ley recoge también ciertos requisitos:

1. Que se trate de deudas empresariales o profesionales; si son de deudas de otro tipo no se acogerán a la exceptuación de responsabilidad, tal como resulta del artículo 10.3.

2. Que no sean deudas de derecho público (tributarias y de seguridad social), pues éstas se exceptúan de la limitación de responsabilidad (Disp. Adic. 1.^a). Los procedimientos de ejecución de estas deudas serán los establecidos en su normativa especial, con algunas especialidades previstas en tal disposición adicional.
3. Que las deudas hayan sido contraídas con posterioridad a la inmatriculación en el Registro Mercantil como emprendedor de responsabilidad limitada –la referencia que hace la Ley al carácter individual del emprendedor es un error, pues no caben ERL sociales–. Para las deudas anteriores subsiste la responsabilidad universal del artículo 1911 CC, salvo que los acreedores presten su consentimiento expreso para que la vivienda habitual no quede afectada (artículo 9.3).

Por lo que se refiere a la inscripción en el Registro Mercantil hay que tener en cuenta lo siguiente:

Según el artículo 9.1 de la Ley, la inscripción en el RM «se practicará en la forma y con los requisitos previstos para la inscripción del empresario individual». Deberán considerarse por ello las previsiones contenidas en los artículos 19 y 22 CC.º y en los arts. 87 a 93 del RRM para regular la inscripción los empresarios individuales, aunque puede que el ERL en cuestión no realice una actividad empresarial sino profesional. De esta manera, nos encontramos con que los profesionales también se han convertido en sujetos inscribibles en el RM, aunque sea como ERL.

Así las cosas, considerando los artículos citados del CCo y del RRM y lo que señala la Ley de emprendedores en diversos preceptos, podemos establecer que tal inscripción se puede efectuar de varias formas:

1. Mediante una solicitud de inscripción presencial o clásica, presentando una instancia privada dirigida al Registrador Mercantil del domicilio del emprendedor. En este sentido, el apartado 1.º del artículo 93 RRM señala: «La inscripción primera del empresario individual así como la apertura y cierre de sucursales se practicarán en virtud de declaración dirigida al Registrador, cuya firma se extienda o ratifique ante él o se halle notarialmente legitimada».
2. Solicitud a través de la modalidad que se deduce del artículo 9.1 de la Ley 14/2013, que dice que «Será título para inmatricular...»:
 - una solicitud telemática a través de notario: el notario emite un acta en que queda constancia de la declaración del sujeto solicitando convertirse en ERL; el notario habrá de presentar obligatoriamente tal acta al Registro Mercantil en el mismo día o al siguiente hábil al de su autorización;
 - una solicitud también telemática realizada por el propio emprendedor, para lo cual necesitará de firma electrónica reconocida.
3. Otra modalidad, prevista por el artículo 14 de la Ley, es la solicitud a través del sistema CIRCE (Centro de Información y Red de Creación de Empresa)

utilizando para ello el Documento Único Electrónico (DUE), que se regula por la Disp. Adic. 3.ª del TR de la LSC.

Se crean a tal efecto los denominados Puntos de Atención al Emprendedor (PAE), que son oficinas de tramitación del sistema CIRCE que pueden pertenecer a organismos públicos o privados (artículo 13). Estos PAE vienen a sustituir a los Puntos de Asesoramiento e Inicio de Tramitación (PAIT), y en ellos se integrarán los centros de Ventanilla Única Empresarial existentes ahora (Disp. Adic. 2.ª de la Ley 14/2013). Un ejemplo son los Puntos de Asesoramiento, ahora Puntos de Atención de las Agencias de Desarrollo Económico de la Junta de CyL o de las Cámaras de Comercio.

En el PAE se cumplimenta toda la información del DUE y se aporta la documentación necesaria para practicar las inscripciones en el RM y en el Registro de la Propiedad. El Punto de Atención envía el DUE al RM, con la solicitud de inscripción, el cual contará con 6 horas para practicar la inscripción. Posteriormente el Registrador mercantil solicitará del Registrador de la Propiedad la inscripción de la circunstancia relativa a la vivienda, disponiendo de un plazo de 6 horas para practicar tal inscripción (artículo 14.2).

En fin, digamos para concluir que el beneficio de la limitación de la responsabilidad para el ERL, como señala el Preámbulo de la Ley, va acompañado de las oportunas garantías para los acreedores y para la seguridad jurídica en el tráfico mercantil, quedando sujeta, entre otros condicionantes, a la inscripción y publicidad a través del Registro Mercantil y del Registro de la Propiedad.

José Luis SÁNCHEZ BARRIOS
Profesor Titular EU de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
jsaba@usal.es

Acuerdo extrajudicial de pagos y mediación concursal

Una de las principales novedades introducidas por la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores es la modificación de la Ley Concursal para introducir en nuestro ordenamiento un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de los empresarios personas físicas o jurídicas orientado a facilitar el salvamento de empresas en crisis e impedir, en consecuencia, que el empobrecimiento de una empresa aboque a su cierre y liquidación. El *acuerdo extrajudicial de pagos* se crea así como un nuevo instituto preconcursal que acompaña al de los acuerdos de refinanciación, regulado en el artículo 71bis de la Ley Concursal (reformado por el artículo 31 de la misma Ley 14/2013 y, posteriormente, por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo), con la particularidad de que será impulsado y dirigido obligatoriamente por un intermediario que el legislador califica como *mediador concursal*, el cual será nombrado por el Registrador o Notario del domicilio del deudor a petición de éste y cuya función –dice la Exposición de Motivos– consistirá esencialmente en impulsar la avenencia o acuerdo entre el deudor y sus acreedores, y asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos por el arreglo. La intención del legislador es favorecer los acuerdos extrajudiciales entre acreedores y deudor común en situación de insolvencia actual o inminente que permitan superar la situación de insolvencia –evitando con ello el concurso de acreedores– o, cuando menos, favorecer una solución pactada de la crisis empresarial durante la tramitación del concurso de acreedores y contribuir con ello al salvamento de la empresa en beneficio del empresario deudor, de sus acreedores, de sus trabajadores y del interés general.

Según dispone el nuevo artículo 231 LC, el empresario personal natural (incluyendo en dicho concepto aquellos que ejerzan actividades profesionales así como los trabajadores autónomos) o el empresario persona jurídica que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que cumplan los requisitos establecidos al efecto en dicho precepto. Se trata de un procedimiento ideado fundamentalmente para pequeñas y medianas empresas en el que constituye requisito inexcusable la solicitud por el deudor del nombramiento de un mediador concursal (artículo 232.1 LC), que se hará mediante instancia suscrita por el deudor en la que hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos, además de una lista con los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo, y, si el deudor fuera persona casada en régimen distinto a la separación de bienes, indicando la identidad del cónyuge y del régimen económico matrimonial,

acompañando las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios si estuviera obligado por Ley a la llevanza de contabilidad (artículo 232.2 LC). Si el deudor es empresario o entidad inscribible en el Registro Mercantil, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor. En el resto de casos se solicitará la designación al Notario del domicilio del deudor (artículo 232.3 LC). Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el Registrador Mercantil o el Notario deberá comunicar de oficio la apertura de las negociaciones para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos al juzgado de lo mercantil competente para la declaración de concurso, activándose así el llamado precurso que otorga al deudor una prórroga de hasta cuatro meses para solicitar la declaración de concurso por el deudor a fin de negociar un acuerdo con sus acreedores que permita salvar la situación de insolvencia (en cuyo caso ya no sería necesario solicitar el concurso transcurrido dicho plazo) o alcanzar una solución negociada al concurso (artículo 5bis LC).

El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y además alguna de las condiciones que se indican en el artículo 27.1 LC para los administradores concursales: ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía que acredite formación especializada en Derecho concursal; ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal; ser una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal. Es decir, aunque no lo exija expresamente, el legislador está pensando en que el mediador concursal debe ser un administrador concursal o una persona con aptitud objetiva para ser nombrado administrador concursal. Puede decirse, no obstante, que el mediador concursal no es un auténtico mediador, por cuanto sus funciones no se corresponden con los condicionamientos generales atribuidos al proceso de mediación y a la figura del mediador en la Ley 5/2012: en particular, un mediador ha de ser nombrado y aceptado por ambas partes y no por la decisión de un tercero (Registrador o Notario); ha de ser neutral y debe facilitar y permitir a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación favoreciendo el acercamiento de posturas, sin inmiscuirse en la generación de dicho acuerdo y mucho menos elaborar o producir él mismo dicho acuerdo de solución del conflicto (como se prevé en la propuesta del plan de pagos o cesión de bienes en pago); finalmente, el proceso de mediación se organizará de la manera que las partes tengan por conveniente (mientras que el proceso de acuerdo extrajudicial de pagos aparece reglado en la Ley Concursal). Sea como fuere el nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del *BOE*, la

cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (artículo 233.1 LC), creado y desarrollado por los artículos 8, 9 y 10 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, siendo obligatoria la inscripción para quienes deseen ser nombrados mediadores concursales y meramente potestativa para el resto de mediadores.

El cometido del llamado mediador concursal es comprobar la existencia y la cuantía de los créditos y convocar al deudor y a los acreedores a una reunión en el plazo de dos meses (artículo 234 LC), para, tan pronto como sea posible y en todo caso con una antelación mínima de veinte días a la fecha prevista para la celebración de la reunión, remitir a los acreedores con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago en la fecha de solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25% del importe de los créditos; además el plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y de un plan de continuación de la actividad empresarial o profesional que desarrollará, así como una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos y copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de la fecha de pago de los mismos si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento; la propuesta también puede consistir en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas (artículos 326.1 y 2 LC). Los acreedores pueden formular propuestas alternativas o de modificación y, en tal caso, el mediador debe remitir un plan de pagos y de viabilidad final aceptado por el deudor (artículo 236.3 LC). El mediador deberá inscribir en el Registro Público Concursal, sección tercera, relativa a los acuerdos extrajudiciales, la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y, en su caso, su finalización (artículo 198.1 c. LC). Si los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente se viera afectado por el acuerdo (excluidos los acreedores con garantía real cuyos titulares no hubieran comunicado su voluntad de intervenir en el proceso o cualquier acreedor de derecho público) decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso (artículos 236.4 y 5bis LC).

Los acreedores convocados que no hubiesen manifestado su aprobación u oposición al acuerdo en los diez días anteriores a la celebración de la reunión deberán acudir a la misma (salvo aquellos que dispongan de garantía real), so pena de ver cómo sus créditos pasan a calificarse como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado culpable el concurso del deudor común (artículo 237.1 LC), lo cual constituye un importante incentivo para revisar la propuesta o para asistir a la reunión. Para su aprobación, el plan de pagos deberá contar con el voto favorable de acreedores que sean titulares de, al menos, el 60 por 100 del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo; y si el acuerdo consistiera en una cesión de bienes del deudor

en pago de deudas, deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 65 por 100 del pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y de aquellos que, en su caso, tengan constituida garantía real sobre esos bienes (artículo 238 LC). Si el plan no fuera aceptado y el deudor continúa incurso en insolvencia, el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente la declaración de concurso (artículo 238.3 LC). En caso de aprobarse el acuerdo, el mediador deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos: si fuera cumplido íntegramente lo hará constar en acta notarial que se publicará en el *BORME* y en el Registro Público Concursal; si fuera incumplido, deberá instar el concurso considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia (artículo 241 LC). El concurso que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado, así como el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial de pagos, tendrá la consideración de concurso consecutivo (artículo 242.1 LC), abriéndose necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, salvo en el supuesto de insuficiencia de masa (artículo 242.2 LC); en tal caso, el juez que declare el concurso nombrará administrador concursal al mismo mediador concursal, quien no podrá percibir como remuneración más de la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial, salvo que el juez acuerde otra cosa atendiendo a circunstancias excepcionales (artículo 242.1.º LC). En consecuencia, serán de aplicación a los mediadores concursales los criterios de remuneración previstos para los administradores concursales en la Ley Concursal (D. A. 8.ª y artículo 34 LC y Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre).

Fernando CARBAJO CASCÓN
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Salamanca
nano@usal.es