

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL Y SU RELACIÓN CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD¹

María Belén Merino Espinar

Registradora de la Propiedad de Madrid

RESUMEN: Introducir la mediación en el ámbito del derecho concursal es una medida valiente pero arriesgada. La Ley de Emprendedores, ley 14/2013 da un primer paso mediante el acuerdo extrajudicial de pagos competencia del mediador concursal. En sentido estricto, pese a la terminología utilizada, no es un verdadero supuesto de mediación, pero sí una importante medida de desjudicialización de la fase común del concurso. Esta primera regulación debe ser completada y revisada de manera integradora con el resto de nuestro ordenamiento jurídico, salvando las lagunas y conflictos que desde su entrada en vigor, ya vienen advirtiendo los operadores jurídicos implicados.

ABSTRACT: *Introducing mediation in the context of bankruptcy law is a brave but risky measure. The Spanish Entrepreneur's Law, L14/2013, marks the first step by allowing the so-called "extra-judiciary payment agreement," which is assigned by a professional bankruptcy mediator. In strict terms, and in spite of the terminology used, it does not constitute a real mediation situation but it is a very important measure that reduces the importance of the Court in the preliminary stages of the bankruptcy proceedings. This first regulation needs to be completed and reviewed thoroughly to integrate it within the rest of the Spanish legal system. The revision should be aimed at filling the gaps and solving the inconsistencies that have been identified by the legal actors affected by the legislation since it came into force.*

PALABRAS CLAVE: concurso de acreedores; mediación; acuerdo extrajudicial de pagos.

KEY WORDS: *bankruptcy; mediation; extrajudicial agreement for payments.*

SUMARIO: 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 1.1. *Legitimación activa del expediente.* 1.2. *Valoración de los requisitos exigidos para la incoación del expediente.* 2. PROFESIONALES INTERVINIENTES. 2.1. *El notario y el registrador mercantil.* 2.2. *El mediador concursal.* 3. CONSECUENCIAS PARA EL EMPRESARIO SOLICITANTE. 4. CONSECUENCIAS PARA LOS ACREEDORES. 5. REMISIÓN DE DEUDAS. «FRESH START» O «DISCHARGE».

La Ley 14/2003, conocida como Ley de Emprendedores, introduce un procedimiento pre-concursal nuevo denominado Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Su regulación está incluida en el nuevo título X de la Ley Concursal (arts. 231 a 242).

¹ Este artículo fue redactado y estaba "en prensa" antes de la reforma introducida por la Ley de "segunda oportunidad" (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social). Los artículos del título X de la Ley Concursal (arts. 231 y ss.) que se citan en este trabajo han sido objeto de modificación. Sobre esta misma cuestión puede verse en esta revista: SENÉS MOTILLA, Carmen, "El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1 (enero-marzo, 2014), Estudios, pp. 49-68.

Se puede definir como un procedimiento de «desjudicialización de la fase común del concurso» cuya competencia es atribuida a un profesional experto en la materia denominado mediador concursal.

La primera valoración que procede hacer de esta novedad legislativa es muy positiva.

La complejidad del procedimiento concursal, la demora en su tramitación y el colapso de los juzgados mercantiles en estos momentos de crisis económica generalizada hacen, más que recomendable, necesaria, la adopción de medidas legislativas que supongan alternativas viables para situaciones de insolvencia en aquellos expedientes que, por su menor complejidad, volumen y acreedores implicados, pueden ser tramitados extrajudicialmente por un procedimiento menos rígido, más ágil y adaptable, sin merma de las medidas necesarias que garanticen el legítimo derecho a la satisfacción de los créditos devengados, que respeten el principio de responsabilidad patrimonial del deudor y que logren garantizar la proporcionalidad en las remisiones totales o parciales de deuda, y en sus aplazamientos.

El objetivo del acuerdo extrajudicial de pagos es elaborar por el mediador concursal un plan de pagos viable que haga posible el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del empresario solicitante, asumiendo determinadas quitas y esperas de las deudas existentes, con el límite legal del 25% de los créditos afectados para las quitas, y de hasta 3 años de aplazamiento, para las esperas.

Quiero reiterar mi apoyo incondicional a este tipo de medidas, que no pueden sino suponer una mayor agilidad en la resolución de situaciones puntuales de insolvencia de pequeña envergadura, que sin duda supondrían el fin de la actividad empresarial o profesional involucrada si se vieran abocadas a recurrir a un procedimiento como el concursal ordinario.

Se pretende ayudar al mantenimiento del entramado de pequeñas y medianas empresas de nuestro país, facilitándoles un expediente adecuado a sus necesidades, mucho más económico de costes, rápido de gestión, y que puede suponer, de tener éxito, el mantenimiento de la actividad. Objetivo este en el que todos debemos participar.

Desde este punto de vista, la intención de estos apuntes tras un primer acercamiento al texto normativo vigente, y como consecuencia de la práctica de los primeros expedientes tramitados desde su entrada en vigor, es la de poner sobre la mesa aquellos aspectos en los que la norma requiere desarrollo o, al menos, una interpretación integradora con el resto de nuestro ordenamiento jurídico, para salvar las lagunas u omisiones de regulación que en la misma se aprecian, derivadas, sin duda, de lo innovador del mismo en nuestro Derecho patrio, o las pequeñas disfunciones que su tramitación ha puesto de manifiesto en estos primeros expedientes, restringida a la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos hasta el momento de la aprobación del

plan de pagos o de apertura del concurso consecutivo; estructurada en los siguientes apartados:

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La iniciativa de este procedimiento corresponde siempre y con carácter exclusivo al empresario persona física o jurídica de escasa complejidad, que reúna una serie de requisitos económicos (art. 231 LC).

Dos son los aspectos de la legitimación activa que queremos comentar:

1.1. *Legitimación activa del expediente*

Dado el marco legislativo donde el acuerdo extrajudicial se aprobó es lógico que el mismo estuviera especialmente dedicado a los empresarios, pero el legislador pudo aprovechar la oportunidad de la norma, para extender su aplicación al resto de personas físicas ya sean profesionales o trabajadores por cuenta ajena, funcionarios o simples consumidores de bienes y servicios..., que podrían beneficiarse del mismo y para los que resultaría igualmente útil la regulación propuesta.

Desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, se ha echado de menos por la doctrina un procedimiento ágil y simplificado para solucionar las situaciones de insolvencia de las personas físicas que se ven abocadas a incumplir los pagos asumidos, por cambios importantes en sus condiciones laborales o de previsión. Qué mejor que este expediente de acuerdo extrajudicial de pagos para solventar situaciones de insolvencia doméstica y familiar, de más que difícil solución a través de la tramitación concursal ordinaria. Hubiera sido, por tanto, una buena ocasión para haber dado respuesta a esta necesidad social del momento, y debería plantearse la posibilidad de apostar por esta extensión de legitimación activa ante una posible reforma o desarrollo de la normativa vigente².

1.2. *Valoración de los requisitos exigidos para la incoación del expediente*

Dada la finalidad de estos apuntes, omitimos aquí la relación de los requisitos exigidos al empresario solicitante en el artículo 231 LC para poder incoar el acuerdo extrajudicial de pagos, de su análisis detallado sorprende, sin que se halle justificación suficiente, la diferencia de requisitos exigidos al empresario solicitante si este es:

- persona física: solo un pasivo inferior a 5 millones de euros, cualquiera que sea el número de acreedores, y que se encuentre en estado de insolvencia o prevea no poder atender la totalidad de los pagos comprometidos); o

² Esto ya es una realidad en el nuevo artículo 231 LC, tras su reforma por el RD-ley /2015.

— persona jurídica, en cuyo caso también se exige que esté en insolvencia de presente (no cabe la mera previsión de imposibilidad próxima de poder atender los pagos); que, de conformidad al artículo 190 LC, no tenga más de 50 acreedores y que el total de su activo tampoco supere los 5 millones de euros; y además que acredite que tiene activo suficiente para pagar los gastos del acuerdo, y que de su activo se deduzca que pueda hacer frente al plan de pagos acordado.

¿Por qué esta diferencia de trato? ¿Por qué el empresario individual con más de 50 acreedores es diferente del empresario persona jurídica con ese mismo número de acreedores? ¿Por qué el empresario individual puede recurrir a esta vía aunque no esté en estado de insolvencia de presente, solo lo prevea para un futuro próximo, sin tener que acreditar la posibilidad de afrontar los pagos del procedimiento de acuerdo ni la viabilidad de éxito del plan de pagos propuesto, y al empresario colectivo se le exigen todos estos requisitos?

Debería valorarse la posibilidad de unificar tales requisitos de manera objetiva cualquiera que fuera la naturaleza individual o colectiva del solicitante, en aras a conseguir una más fácil tramitación, un mejor y más riguroso control de dichos requisitos, evitando situaciones jurídicas intermedias que pudieran plantear dudas sobre la naturaleza del solicitante y los requisitos exigibles en supuestos como los de comunidades de bienes, y otras formas colectivas sin personalidad jurídica plena, distinta de la de sus componentes.

2. PROFESIONALES INTERVINIENTES

Tres son los profesionales a los que la ley atribuye competencia en su tramitación:

2.1. *El notario y el registrador mercantil*

En primer lugar, el notario o el registrador mercantil competente por razón del domicilio del solicitante.

A ellos les atribuye la norma la competencia para el nombramiento del mediador concursal competente para la tramitación del expediente.

Como primera valoración a realizar conviene indicar que, si bien la norma ha querido establecer un criterio objetivo de distribución de competencias entre ambos profesionales, que ha sido interpretada por la doctrina en la práctica atribuyendo competencia al registrador mercantil cuando se trate de sociedades inscritas o susceptibles de inscripción, y al notario en el supuesto de empresarios individuales, lo cierto es que tal y como está redactado el artículo 232 LC, la competencia del Registrador mercantil se extiende también a los supuestos de empresario individual en aquellos casos en los que así lo decidiera el propio solicitante, ya que a él se atribuye la competencia en caso de empresarios «inscribibles», (que no «inscritos») y debe

recordarse que la inscripción en el Registro Mercantil es posible tanto para los empresarios colectivos como individuales, si bien en este último caso solo de manera voluntaria (arts. 87 y ss. Reglamento Registro Mercantil).

Debe concluirse que la competencia del Registrador mercantil es para todos los supuestos de empresario individual o colectivo susceptible de inscripción en el Registro Mercantil, y por lo tanto la competencia notarial en este momento quedaría reducida a aquellos supuestos de entidades económicas que tienen excluido dicho acceso registral como comunidades de bienes, sociedades civiles sin objeto mercantil, cooperativas, o para los empresarios individuales que opten expresamente por esta competencia, por no desear abrir hoja en el Registro mercantil...

De atenderse la recomendación de ampliar la legitimación activa de este acuerdo extrajudicial de pagos a todas las personas físicas, ya sean profesionales o trabajadores por cuenta ajena, funcionarios o simples consumidores de bienes y servicios, en estos casos, sería competente para su tramitación el Notario del lugar del domicilio del solicitante.

Entrando a analizar cuál es su competencia en el expediente, su cometido se limita, al inicio del expediente, a recibir la solicitud del empresario, valorar su admisión a trámite, comprobando que concurren en el empresario los requisitos exigidos en el artículo 231 LC y que el mismo no incurre en ninguna de las prohibiciones del artículo 232 LC, y, en su caso, proceder al nombramiento de mediador concursal.

La designación o nombramiento se hará de manera secuencial y automática de la lista proporcionada por el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia, sección 2ª de mediadores concursales.

Ya que la designación de mediador concursal es automática y secuencialmente obligatoria sin grado alguno de discrecionalidad o elección por parte del notario o registrador atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, su única actividad jurídica valorable en este momento es la comprobación de que el solicitante cumple con los requisitos exigidos y no incurre en ninguna de las prohibiciones legales.

En este punto, hay que reconocer que los medios con los que estos dos profesionales van a contar para hacer este control previo de legitimación son limitados. Salvo algún requisito concreto como el depósito de libros, las declaraciones previas de concurso, o la existencia de acuerdos extrajudiciales previos, que podrán ser comprobados mediante la consulta de los libros del Registro mercantil o del Registro de resoluciones concursales, en los demás casos, habrá de estarse a lo que resulte declarado por el propio solicitante en su instancia.

A pesar de este pequeño margen de actuación, si de lo resultante de las mínimas comprobaciones realizadas a los Registros públicos, y de lo declarado por el propio

solicitante en su instancia, no concurrieran en este los requisitos legales exigidos, el notario o registrador mercantil actuante, deberá inadmitir la incoación del expediente y denegar el nombramiento de mediador concursal.

La ley no prevé contra esta resolución de inadmisión régimen alguno de impugnación, por lo que debemos entender aplicable de manera integradora, el régimen general de recursos contra las calificaciones negativas del registrador mercantil o contra las inadmisiones de actuación del notario a requerimiento del interesado, en sus respectivas leyes hipotecaria y notarial vigentes.

Si por el contrario concurren en el solicitante los requisitos legales exigidos, procederá al nombramiento de mediador concursal y a la recepción de su aceptación del cargo, para proceder a continuación a expedir las certificaciones o copias ordenadas en la ley dirigidas a los Registros Públicos de Bienes para su anotación, al Registro Civil, y al Registro Concursal para su publicidad, notificando de oficio al Juez competente para el concurso la incoación del expediente y notificando la apertura del expediente tanto a la Agencia General Tributaria como a la Tesorería General de la Seguridad Social, en sus respectivas sedes electrónicas.

Durante el resto de la tramitación del expediente el notario o registrador mercantil no vuelven a tener competencia o cometido propio alguno hasta el momento de conclusión o fin del expediente, donde su intervención será la de recibir e incorporar al expediente la formalización del plan de pagos aprobado, o el fracaso del expediente y la apertura del concurso judicial consecutivo, sin que la ley le atribuya control o comprobación alguna sobre la tramitación seguida o la legalidad del contenido del plan de pagos aprobado, procediendo a continuación al cierre del expediente registral o acta notarial iniciada con la solicitud del empresario.

La actuación asignada por la ley al Notario o Registrador mercantil en estos expedientes consiste en una actuación de mera documentación y práctica de notificaciones. Su intervención en la actual regulación no aporta al expediente ningún control de validez de lo actuado, salvo en cuanto a los requisitos iniciales del solicitante.

A mi juicio la intervención de estos dos profesionales independientes y de alta formación jurídica debería ser aprovechada, evitando situaciones de «falsa apariencia» sobre la existencia de un control previo de lo actuado, actualmente inexistente, al menos en caso de plan de pagos aprobado sin unanimidad de todos los acreedores, el control de los requisitos objetivos de quórum y los límites legales de quita y espera, antes de su protocolización.

Dicho examen o comprobación sería una garantía a mayores para la ejecutividad de los importantes efectos legales que la ley atribuye al resultado de la actuación del mediador concursal, y salvaría cualquier recelo sobre el alto grado de discrecionalidad

que la ley le atribuye en su cometido al mediador concursal y el escaso control previo de su actuación, y evitaría posibles impugnaciones judiciales del plan de pagos aprobado.

Si tenemos en cuenta que el mediador concursal tiene plena competencia para la valoración de la existencia y cuantía de los créditos del deudor, y que tal reconocimiento de créditos va a producir efectos incluso más allá del propio acuerdo extrajudicial, ya que los acreedores con créditos reconocidos y que hayan aprobado el acuerdo, quedan exonerados de tener que acreditar la vigencia y cuantía de sus créditos en el concurso consecutivo posterior, y que una vez aprobado el plan de pagos por las mayorías legales necesarios, el mismo será objeto de ejecución inmediata incluso en el supuesto de impugnación, y que su impugnación tiene unas causas, tasadas todas ellas de naturaleza procedimental, pero sin que se permita cuestionar el fondo del acuerdo aprobado; resulta más que recomendable ese control previo de su actuación por parte de los otros dos profesionales intervinientes en la tramitación.

2.2. El mediador concursal

En segundo lugar, el mediador concursal es una figura nueva en nuestro ordenamiento, a la que la ley atribuye la competencia de gestionar el expediente. No son pocas las trabas que la regulación le impone, sobre todo en cuanto a la celeridad de su actuación.

No considero necesario analizar la regulación de los requisitos exigidos por la ley para conseguir tal condición de mediador concursal, pero en principio su doble condición de mediador y administrador concursal, la formación teórica y la experiencia profesional exigida, y la cobertura de su actuación mediante la suscripción del seguro de responsabilidad correspondiente, hacen de esta figura un profesional responsable con habilidades suficientes para el cometido atribuido.

Solo me gustaría plantear brevemente dos cuestiones. La primera de naturaleza conceptual, sobre la verdadera naturaleza del cargo de mediador concursal, pese a su denominación.

Si analizamos el contenido de su función, fácilmente concluiremos que este nuevo «mediador», poco tiene en común con el papel de mediador, entendido este con los requisitos de la Ley 5/2012, sometido al código de conducta europeo para mediadores. El mediador en sentido estricto solo tiene encomendada la función de asesora de las partes, ayudándoles a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por ellas, sin que pueda decidir sobre la cuestión, rigiéndose por los principios de neutralidad, imparcialidad, voluntariedad, confidencialidad, eficacia, buena fe y transparencia.

Atendiendo al cometido y facultades del mediador concursal, resulta evidente que no encaja en ese concepto. Nos encontramos ante una figura nueva, híbrida entre el mediador y el árbitro.

A pesar del nombre asignado, la propia ley es muy consciente de esta realidad y así la propia LC, en todo lo no previsto en ella, se remite, no a la ley de mediación sino a la regulación vigente para el nombramiento de expertos independientes.

Y la segunda, en cuanto a la extensión del cometido o competencia del mediador concursal. Según la regulación contenida en el artículo 234 LC, la actuación del mediador concursal se restringe a comprobar la validez y cuantía de los créditos y bienes declarados por el solicitante en la instancia de inicio del expediente. La redacción de este artículo debe ser objeto de una interpretación extensiva.

A mi juicio es un error restringir de este modo las facultades, y como no la responsabilidad del mediador concursal, sobre todo por la trascendencia que tendrá la aprobación del plan, el reconocimiento de los créditos y los efectos de estos en caso de ulterior incumplimiento o no aprobación del plan propuesto.

La declaración del solicitante del expediente será indicativa, pero compete al mediador concursal indagar tanto la existencia de otros créditos como de otros bienes o activos que pudiera estar reservando el solicitante.

De ahí que entiendo que al mediador concursal no puede verse constreñido por el contenido de la declaración del solicitante si, del análisis de su patrimonio y de las búsquedas realizadas en Registros públicos, resultan más créditos o bienes a inventariar.

3. CONSECUENCIAS PARA EL EMPRESARIO SOLICITANTE

Tras el estudio detallado de la regulación del contenido y tramitación de este expediente en los artículos 234 y siguientes LC, sin ánimo exhaustivo, me referiré solo a los puntos que considero más importante comentar como Registrador de la Propiedad.

Conforme al artículo 235 LC, una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno.

Del primer apartado de este artículo, y dado que no existe ninguna limitación a las facultades de administración y disposición del solicitante, este continuará en el ejercicio libre y pleno de las mismas sin más limitaciones que las impuestas por el mismo artículo en cuanto al uso de las tarjetas de crédito y de medios de pago

electrónicos, y en lo que aquí más nos importa en cuanto a la posibilidad de solicitar nuevos préstamos o créditos.

No puedo por menos de plasmar aquí mi sorpresa por la regulación propuesta por la norma.

En un expediente como el que estamos analizando, que se insta voluntariamente por el deudor sin intervención alguna de los acreedores, que con carácter inmediato va a suponer el cierre registral para la anotación de los créditos de cualquier acreedor a partir del momento de su notificación al Registro de la Propiedad y la práctica de la anotación preventiva correspondiente, aun antes de que el mediador concursal haya comprobado la veracidad y cuantía de los créditos del pasivo y la viabilidad del expediente, no es justificable que al deudor solicitante se le deje la plena administración y disposición de sus bienes, única garantía para muchos de sus acreedores impedidos de anotar sus créditos.

Entiendo que, al igual que ocurre en la fase común del concurso en sede judicial, el empresario deudor solicitante del inicio de este expediente, debe conservar sus facultades de administración y disposición de todos sus bienes, pero intervenidas por el mediador concursal, prestando su consentimiento expreso a cualquier acto de disposición o gravámenes de sus bienes, como mínima garantía frente a los acreedores de que durante la tramitación del acuerdo no van a perder garantías de efectividad de sus créditos suspendidos.

Ya puede esforzarse el mediador concursal con todo su saber y buen hacer en proveer a las partes de un plan de pagos perfecto, si en el ínterin de su elaboración, sin su conocimiento ni consentimiento, el deudor ha podido enajenar libremente sin cortapisa alguna todo su patrimonio y, además, libre carga o gravamen, aprovechándose de la imposibilidad legal de anotar los créditos, ya en ejecución, ni de iniciar nuevas ejecuciones.

No creo que fuera esta la intención del legislador, porque, ¿qué razón justifica la imposibilidad de realizar solo pagos electrónicos o por tarjeta, si no es porque los demás pagos por otros medios sí que están controlados? Parece más bien que ha habido una omisión legal básica respecto de ese preceptivo control de pagos y disposiciones por el mediador concursal durante la tramitación del expediente, habiéndose regulado solo la previsión respecto de aquellos pagos que por su carácter virtual pudieran resultar de más difícil control para el mediador, como son los pagos por tarjeta o medios electrónicos, pero olvidando que el resto de pagos y disposiciones quedaban sin control alguno.

A mi juicio se hace urgente la reforma de la norma imponiendo la intervención de las facultades del empresario solicitante por parte del mediador concursal durante la

tramitación del expediente hasta la aprobación del plan de pagos o apertura del concurso consecutivo ulterior.

Entrando a analizar la limitación de facultades para el empresario solicitante, la primera valoración que merece el artículo citado es la falta de precisión en la terminología empleada: «[...] el deudor se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos [...]». ¿Cuál es el valor o significado de abstenerse?, ¿cuál será la consecuencia del incumplimiento de ese deber de abstención?

Considero poco acertada la redacción de este artículo por las dudas que plantea sobre su contenido.

Rigiendo en nuestro Derecho el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando la ley ve necesario establecer una prohibición o limitación a esta autonomía de la voluntad, debe ser clara y precisa en su contenido, porque su incumplimiento lleva a la nulidad de lo actuado. De ahí que deben evitarse redacciones literarias más cercanas a recomendaciones o declaraciones de intenciones, que a una verdadera prohibición o limitación legal.

Sin perjuicio de la más o menos acertada terminología, la interpretación que debe hacerse de esta norma conlleva una verdadera prohibición legal, dado que la ley no puede establecer «recomendaciones». El empresario que insta el acuerdo extrajudicial de pagos no puede solicitar nueva financiación por vía de préstamos o créditos.

Esta prohibición lleva aparejada una consecuencia de carácter real, ya que aunque el solicitante no tiene limitadas sus facultades de administración y disposición, dado que no puede solicitar nuevos préstamos o créditos, tampoco podrá solicitarse la inscripción en el Registro de hipotecas constituida en garantía créditos o prestamos, con posterioridad a la extensión de la anotación preventiva, cuando las mismas garanticen préstamos o créditos concedidos con posterioridad al inicio del expediente, dado el carácter accesorio de la hipoteca de la obligación que garantizada y la imposibilidad de inscribir la constitución de hipoteca en garantía de obligaciones que contravienen una prohibición o limitación legal como la presente.

Desde un punto de vista estrictamente del Registro de la Propiedad se plantea la duda de si procede practicar, simultáneamente a la práctica de la anotación del acuerdo, algún asiento en el libro de Incapacitados respecto del empresario solicitante. En principio, a favor de practicar tal asiento está el hecho de que el Registrador o Notario deban notificar el nombramiento de mediador concursal al Registro civil, pero no se sabe a qué efectos se practica esta notificación, ya que, a diferencia de lo que ocurre respecto de los Registros de bienes, no se prevé la práctica de asiento alguno en dicha sede.

Por ello, de mantenerse la actual regulación con reconocimiento de la plena capacidad de obrar en la que se mantiene al solicitante, sin intervención alguna por el mediador concursal, a pesar de la crítica que nos merece tal situación, no resultaría coherente practicar asiento alguno en el libro de incapacitados del Registro de la Propiedad, ya que no hay incapacidad alguna de la que dar publicidad, solo limitación de ciertas facultades y con un alcance que, como luego analizaremos, resulta muy dudoso en su redacción actual.

4. CONSECUENCIAS PARA LOS ACREEDORES

Dos son las consecuencias para los acreedores que me gustaría aquí destacar:

La primera es la suspensión de cualquier ejecución de crédito ordinario tras la publicación de la apertura del expediente.

De conformidad con el artículo 235-2 y 3 LC:

«2. Desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor. El acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instantes embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

3. Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.»

Dicha publicación se produce por las notificaciones que debe de realizar el notario o registrador mercantil ante quien se solicita, a los registros afectados de bienes, al Registro civil y al Registro de resoluciones concursales.

En relación a los registros de bienes (Registro de la Propiedad y Registro de Bienes Muebles), dicha notificación ordenará la práctica de la preceptiva anotación de inicio de expediente y nombramiento de mediador concursal que se practicará en todos los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles donde estén inscritos los inmuebles y demás bienes incluidos en el activo del solicitante.

Dicha anotación se practicará mediante certificación expedida a tal efecto por el Registrador Mercantil o Notario ante el que se haya incoado el mismo.

La certificación en virtud de la cual se practicará dicha anotación deberá incluir la fecha y contenido de la resolución registral o notarial por la que se decida admitir a trámite el expediente y de la que resulte acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la ley al solicitante así como la identidad del mediador concursal designado y su aceptación.

Sobre todas las fincas solicitadas se practicará la anotación preventiva prevista en la ley. No se plantea aquí discusión alguna sobre el asiento a practicar ya que la propia ley habla de anotación preventiva, sin posibilidad de conversión en inscripción como asiento definitivo a diferencia de lo que ocurre en sede concursal con el auto de declaración de concurso una vez devenido firme.

Los efectos de esta anotación son de gran trascendencia registral, ya que no solo va a dar publicidad a todo interesado en la finca afectada de la situación del titular registral, sino que desde su extensión, no podrá practicarse en el Registro anotación de embargo alguna, salvo las ordenadas en garantía de créditos de derecho público (no solo a favor de la Agencia Tributaria y de la Tesorería de la Seguridad social, sino de cualquier organismo de la Administración Pública estatal autonómica o municipal).

La exclusión de estos dos tipos de créditos, puede ser un grave obstáculo para el éxito del acuerdo si se trata de recabar el consentimiento o aprobación del resto de acreedores.

En cuanto a los créditos de derecho público, la exclusión es total, a diferencia de lo que ocurre en la regulación del concurso ordinario en la que solo se permite continuar las ejecuciones en las que ya hubiera recaído providencia de apremio y no recaigan sobre bienes necesarios para la actividad del concursado (art. 55.1 y 2 LC). Sin embargo, es cierto que la ley prevé que se solicite el aplazamiento de los créditos públicos que no vayan a ser atendidos a sus vencimientos como parte de la tramitación del acuerdo, en términos análogos a los de las esperas incluidas en el Plan de pagos propuesto. Así el artículo 236 LC establece: «El plan de pagos incluirá necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.»

Sin embargo, respecto de los acreedores de crédito con garantía real (hipoteca, prenda anticresis), no hay limitación alguna por razón de la apertura de este expediente, salvo que el acreedor, que habrá de ser notificado y convocado a la Junta de Acreedores, opte voluntariamente por participar en el Acuerdo. En caso contrario, mantiene la plena disposición de su crédito y, por lo tanto, puede decidir su ejecución si para ello concurre causa suficiente, incluso si su garantía recae sobre bienes necesarios para la actividad del empresario en dificultades. A diferencia de lo que ocurre en sede concursal, en la que la ejecución de las garantías reales que recaen sobre bienes

afectos a la actividad del concursado quedan suspendidas temporalmente y trasladada su competencia al Juez del Concurso (art. 56 LC).

Si se apuesta por la viabilidad del expediente, hay que procurar el aplazamiento de los créditos de derecho público, y, al menos, la suspensión de las ejecuciones de garantías reales cuando las mismas recaigan sobre bienes necesarios para el desarrollo de la actividad del empresario, ya que sin estas previsiones será difícil conseguir el consentimiento del resto de acreedores a una merma o retraso de sus créditos, cuando hay que reconocer que la ejecución por el acreedor hipotecario de la hipoteca si esta recae sobre bienes necesarios para la actividad del empresario, con su correspondiente enajenación, convertirá en papel mojado cualquier plan de pagos propuesto, por cierre o desaparición de la actividad económica que se pretende mantener.

Cuestión estrictamente registral es determinar la duración temporal de dicha anotación. A falta de previsión legal sobre el plazo de esta anotación, a pesar de que la tramitación del expediente y la suspensión de ejecuciones lo es por tres meses; atendiendo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria (art. 96 LH), que establece que «Las anotaciones preventivas, cualquiera que sea su origen, caducarán a los cuatro años de la fecha de la anotación misma, salvo aquellas que tengan señalado en la ley un plazo más breve[...]», y a la doctrina sentada a este respecto en situaciones de análoga naturaleza (anotaciones de embargos preventivos como medida cautelar a favor de la Hacienda Pública), podemos concluir que la duración de tales anotaciones, a efectos registrales, debe ser cuatro años.

Esta disparidad entre la duración de la tramitación del expediente y la suspensión de ejecuciones impuesta durante la misma, y la anotación que les da publicidad, no puede ser sino fruto de cierta improvisación legislativa, falta de la necesaria reflexión e integración normativa con el resto del ordenamiento.

No quiero extenderme demasiado sobre esta cuestión de gran calado registral. Me limitaré solo a dejar planteada la cuestión: ¿Qué pasará cuando, transcurridos los tres meses de suspensión de ejecuciones, se presente en el Registro un mandamiento de anotación de embargo?

Entiendo que habrá que estar a la fecha de la providencia de embargo; si esta es anterior al vencimiento del plazo de suspensión, habrá que denegar la anotación, pero, ¿y si es posterior? ¿Y si la providencia de embargo de dicho mandamiento de anotación se dictó con posterioridad al vencimiento del plazo de suspensión de ejecuciones consecuencia del acuerdo anotado? ¿Se podrá practicar la anotación de embargo solicitada existiendo sin cancelar la anotación de inicio de expediente de acuerdo extrajudicial de pagos? ¿Corresponde al Registrador de la Propiedad o de bienes muebles, la responsabilidad de concluir sobre la vigencia o caducidad del plazo de suspensión de tales ejecuciones?

Esta situación hubiera sido fácilmente evitable si se hubiera previsto un plazo específico de duración para estas anotaciones, mucho más breve que el general de cuatro años, atendiendo a la naturaleza del expediente, no extendiendo más allá de lo necesario las dudas sobre el contenido y extensión del cierre registral que esta anotación conlleva a ulteriores ejecuciones.

Esta situación nos lleva a plantearnos la cuestión relativa al procedimiento recogido en la ley para la cancelación de la anotación de incoación ordenada.

A este respecto es cierto que la ley prevé, en caso de aprobación del plan de pagos propuesto por el mediador concursal, el cierre del expediente y su notificación a todos los Registros donde estén inscritos los bienes afectos ordenando la cancelación de las anotaciones practicadas. En estos supuestos de aprobación del plan de pagos, el artículo 238 LC establece: «[...] Por el notario o el registrador se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas [...]». La ley prevé cuándo y por quién debe ordenarse la cancelación de la anotación practicada. En tanto que dicha cancelación no se solicite, la anotación se mantendrá registralmente vigente hasta su vencimiento por caducidad.

Pero la ley no tiene regulación alguna para el supuesto de fracaso del expediente, bien por decisión propia de mediador concursal a la vista de la inviabilidad del expediente, bien por desistimiento del solicitante, o bien por la no aprobación del plan de pagos propuesto.

En estos supuestos, la actual regulación nada establece sobre el cierre del expediente, ni sobre la cancelación de la anotación practicada en los registros de bienes.

Conforme a lo previsto en los artículos 2346-4, 238-3 y 242 LC, en estos supuestos la ley se limita a ordenar al mediador concursal que solicite inmediatamente al Juzgado de lo Mercantil competente la declaración de concurso del empresario, ordenando al Juez que así lo acuerde también de forma inmediata.

Aunque la ley utiliza el término «inmediatamente», tanto en la solicitud del mediador como en el acuerdo por parte del Juzgado competente, la práctica nos demuestra que la notificación de dicha declaración de concurso y la práctica de la correspondiente anotación o inscripción, según que el auto sea o no firme, puede demorarse en el tiempo por muchos y distintos motivos.

Ello implica que, en los supuestos de no aprobación del plan de pagos propuesto, la anotación de inicio del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos no tiene previsto el momento de su cancelación ni el legitimado para su solicitud. Como consecuencia su vida registral puede extenderse por plazo muy superior al de su efectividad,

entorpeciendo el tráfico jurídico dando una publicidad ambigua sobre la verdadera situación de afección del inmueble frente a la insolvencia de su titular registral.

Debería valorarse la posibilidad de subsanar esta situación de confusión o ambigüedad sobre la duración y extensión de la anotación de apertura de acuerdo extrajudicial de pagos, previendo en la propia ley que en los supuestos de no aprobación del plan de pagos, la anotación de apertura de acuerdo extrajudicial de pagos quedará convertida en anotación o inscripción de concurso en virtud de testimonio del auto judicial declarando el concurso consecutivo del deudor, guardando para esta la prioridad de aquella y todos los efectos derivados del Registro, siempre que esa conversión se hiciera dentro del plazo de vigencia de la propia anotación.

Si el presente acuerdo extrajudicial de pagos se establece como desjudicialización de la fase común del Concurso, y el ulterior concurso consecutivo, que el mediador concursal está obligado a solicitar de manera inmediata, se inicia directamente con la apertura de fase de liquidación, según el artículo 242 -2 LC, que establece: «En el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley, con [...] determinadas especialidades»; parece congruente apostar por la solución propuesta de convertir la anotación de acuerdo extrajudicial en anotación o inscripción de concurso, trasladando desde aquella los efectos de cierre registral del proceso concursal consecutivo ulterior, cuando el mismo sea necesario.

El segundo de los efectos para los acreedores que me gustaría comentar en estas notas, es el efecto que tiene sobre la calificación y reconocimiento de los créditos, la actuación de los acreedores titulares durante la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos. El legislador intenta potenciar al máximo la participación y el voto favorable de los acreedores en el acuerdo extrajudicial tanto mediante la amenaza de calificaciones perjudiciales, como mediante la atribución del premio o ventaja de verse eximidos de ulteriores acreditaciones:

—De conformidad con el artículo 237.1:

«1. Los acreedores convocados deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común.»

Se trata de potenciar al máximo la intervención de todo acreedor en la adopción del acuerdo, evitando abstenciones, bajo pena de la sanción de calificar el crédito de subordinado a los efectos de la posterior liquidación en sede de concurso.

— Por su parte, el artículo 242 establece en su apartado 4º, como especialidad de todo concurso consecutivo posterior a un acuerdo extrajudicial de pagos fracasado, que: «No necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial».

En este caso se trata de una medida para potenciar el voto favorable al acuerdo mediante la concesión de un premio o ventaja como es la exoneración de la obligación de acreditar la existencia y cuantía de los créditos de aquellos acreedores que voten a favor del plan de pagos propuesto por el mediador concursal en la fase previa del acuerdo extrajudicial de pagos que, por cualquier causa, no llegue a tener éxito.

Dado lo fácil y tentador que puede resultar, en situaciones de insolvencia, la creación de créditos a favor de personas cercanas —pensemos en los cónyuges o en parientes cercanos, o en créditos a socios o administradores, puesto que son créditos de fácil creación y documentación, créditos que pueden alterar el régimen de mayorías e incluso el hecho de que se apruebe o no el plan propuesto y se apliquen las quitas y esperas aprobadas a todos los acreedores, y los importantes efectos que sobre calificación y reconocimiento de créditos se reconocen en la ley—, hace que en este punto considere también necesaria una modificación de su actual regulación, incluyendo en la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos una fase de discusión sobre la realidad de los créditos y su cuantía, que pueda ser objeto de impugnación por los demás acreedores afectados.

Coherentemente, deberían ampliarse las posibles causas de impugnación del plan de pagos aprobado, actualmente tasadas en el artículo 239-2 LC al establecer que tal impugnación «[...] solo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas.» Concurrentemente con estas causas de impugnación debería permitirse la impugnación por inexistencia en todo o parte de alguno de los créditos reconocidos configurantes de quórum de votación en virtud del cual se aprobó el plan de pagos, por cuanto de la acreditación o no de tales créditos pueden alterarse dichos quórums e incluso el resultado de la votación.

Igualmente sería más que recomendable para evitar recelos y desanimar la creación de situaciones simuladas, establecer para el reconocimiento de créditos en esta fase las mismas cautelas, valoración y derechos que la regulación concursal establece en los artículos 91 y siguientes LC para los créditos a favor de personas cercanas a la persona del concursado.

5.- REMISION DE DEUDAS. «*FRESH START*» O «*DISCHARGE*»

Por último, en cuanto a la regulación del llamado «*fresh start*» o «*discharge*». Es novedad en nuestra ley y supone la posibilidad de que los deudores concursales que cumplan con unos mínimos puedan ver canceladas la totalidad de sus deudas se cubran o no con lo obtenido de la liquidación concursal.

Es una medida de gran trascendencia es cuanto supone una excepción legal al principio general de nuestro ordenamiento jurídico de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 CC.

Esta remisión de deudas tiene dos manifestaciones:

— La primera, en sede de acuerdo extrajudicial de pagos, tras la aprobación del plan de pagos, al establecer el artículo 240.1 que «Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado.»

— La segunda, en sede de concurso consecutivo ulterior, regulada por el artículo 242 LC, apartado 5, LC al establecer que «En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.»

En cuanto a esta segunda manifestación, no se puede dejar de poner de manifiesto que esta regulación es contradictoria con la regulación de la misma figura hecha en el artículo 178-2 de la Ley Concursal, al establecer:

«La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiere intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.»

Se trata de una regulación diferente en uno y otro caso en cuanto a:

1. Al ámbito de las deudas que son objeto de remisión: en el concurso consecutivo no quedan exoneradas de las deudas de derecho público no abonadas, sean o no créditos concursales privilegiados; mientras que en el concurso ordinario o sin trámite previo de acuerdo extrajudicial, todas exonerados de todas las deudas impagadas.

2. A los requisitos exigidos para dicha remisión, ya que en el concurso consecutivo posterior a un acuerdo de financiación solo se exige el pago de la totalidad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados, muchos de los cuales no habrán formado parte del acuerdo previo, mientras que en el concurso ordinario sin acuerdo extrajudicial previo se exige un tercer requisitos a mayores que es el pago de al menos el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios.

Entendemos que esta doble regulación de la remisión de deudas en caso de concurso consecutivo por una parte en el artículo 242 y por otra parte en el artículo 178 LC debe reconducirse a una única regulación, evitando duplicidades, y abogamos firmemente por una regulación única e igual, se llegue a la liquidación con fase previa de acuerdo extrajudicial o no, al no poder encontrar razones que justifiquen el trato discriminatorio actual, sobre todo en supuestos en los que el fracaso del acuerdo extrajudicial de pagos se puede haber debido al incumplimiento por el mismo deudor del plan de pagos aprobado.

Tras estas notas, que ni mucho menos pretenden ser un examen exhaustivo de la figura, sino solo poner de manifiesto algunas de las disfunciones que la actual regulación plantea analizadas desde la perspectiva de un Registrador de la Propiedad, resulta evidente concluir la necesidad de acometer la reforma legislativa necesaria que permita pulir la regulación existente, dando solución a los problemas planteados, con el único afán de potenciar la utilización de esta figura de una manera segura, poniendo los medios necesarios para evitar abusos o simulaciones, potenciando la competencia y responsabilidad de los profesionales intervinientes, asegurándonos un expediente que pueda realmente ser alternativa al proceso concursal ordinario, y que aun en aquellas casos que no resulte posible prescindir de la fase ulterior de liquidación en sede judicial, permita aprovechar con plena eficacia y garantía todo lo en él actuado, permitiendo una fase de liquidación mucho más ágil, y un fundamento legal y procedimental suficiente al efecto de remisión de deudas que conlleva para el deudor su tramitación, con la máxima seguridad y proporcionalidad para los acreedores afectados.

Fecha de recepción: 04.03.2015

Fecha de aceptación: 11.03.2015