

SEGUNDA OPORTUNIDAD PARA LAS PERSONAS NATURALES NO EMPRESARIOS: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS EN SU TRAMITACIÓN

Ángel Serrano de Nicolás

Notario de Barcelona

Prof. Asociado Dr. de Derecho civil

Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen: Conforme a la actual regulación del artículo 242 bis Ley Concursal, se examinan los principales problemas prácticos (tales que posibles beneficiarios, competencia territorial, supuestos de exoneración, etc.) a que puede dar lugar la tramitación ante notario del acta de acuerdo extrajudicial de pagos, bajo la perspectiva de que a esta segunda oportunidad únicamente pueden acogerse las personas naturales no empresarios (que incluye a los consumidores), y que su finalidad última es liberar del pasivo insatisfecho.

Palabras clave: Segunda oportunidad, personas naturales no empresarios, Notario público, acuerdo extrajudicial de pagos, beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

Title: SECOND OPPORTUNITY FOR NATURAL PERSONS NO ENTREPRENEURS: ISSUES IN YOUR HANDLING PROBLEMS

Abstract: Under current regulation article 242 bis Insolvency Act, the main practical problems (such that potential beneficiaries, notarial jurisdiction, cases of exemption, etc.) are discussed which may result in the proceedings before notary public act according extrajudicial payment under the perspective that this second opportunity not only natural persons entrepreneurs (including consumers) are eligible, and that their ultimate goal is to free the unsatisfied liabilities.

Keywords: Second opportunity, natural persons not entrepreneurs, public notary, settlement of payments, the benefit of exemption from liability dissatisfied.

SUMARIO. 1. El artículo 242 bis Ley Concursal como normativa especial para las personas naturales no empresarios: supletoriedad de la legislación notarial al tramitarse ante notario. 2. Relevancia exclusiva del pasivo, y consiguiente irrelevancia del activo para excluir esta acta de acuerdo extrajudicial de pagos. 2.1.

Función finalista de esta acta de AEP para los acreedores e incluso para gozar el mismo deudor del BEPI. 2.2. Inexistencia de una pretendida acta notarial de insostenibilidad del acuerdo extrajudicial de pagos por activo irrelevante. 3. Notario hábil para tramitar esta acta de acuerdo extrajudicial de pagos: Deudas conexas y pluralidad de domicilios de los deudores. 4. Posibles requirentes y beneficiarios, dada la irrelevancia del origen de las deudas, del acta de AEP y del BEPI. 5. Aportación del formulario y de la documentación en él requerida, y comunicaciones inmediatas necesarias para garantizar la eficacia del posible acuerdo extrajudicial de pagos. 6. Reconocimiento expreso de la elección por el deudor de que se designe mediador concursal o, en su falta, por el notario. 7. Breve reseña de las comprobaciones y tramitación para lograr el posible acuerdo extrajudicial de pagos. 8. Contenido taxativo de la propuesta de convenio de acuerdo extrajudicial de pagos. 9. Imposibilidad de alcanzar un acuerdo, concurso consecutivo en fase de liquidación y aplicación del beneficio de exoneración de activos. 9.1. Exoneración versus condonación o transacción. 9.2. Impugnación de la exoneración por inexactitud en los elementos patrimoniales sea activo o pasivo, o simulación. 10. Retribución: Aranceles notariales y registrales y determinación de posible responsabilidad por razón de la actuación notarial.

1. El artículo 242 bis Ley Concursal como normativa especial para las personas naturales no empresarias: supletoriedad de la legislación notarial al tramitarse ante notario

Este artículo 242 bis Ley Concursal (en adelante, LC) como su misma rúbrica indica, y como de su primer párrafo (art. 242 bis.1 LC) resulta, no es un régimen autónomo para estas concretas personas no empresarias, e independiente de la regulación general del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP), sino que es simplemente, y aunque ello pueda dar lugar a una mayor dificultad interpretativa, un conjunto de especialidades respecto de la dicha regulación general del AEP, contemplada en su mismo Título (o sea, en los artículos precedentes desde el art. 231 LC).

En consecuencia, la interpretación tiene que ser la propia entre norma especial (que no excepcional) y norma general, se trata de un desarrollo –no una excepción– que respetando las reglas generales del AEP se adapta a la problemática propia de las persona naturales no empresarias (aunque nuestro código aún es Código de Comercio, y comerciantes lo que define). Dado este carácter de norma especial, que no excepcional, no procederá interpretación restrictiva, ni excluye la analógica, sino que convendrá una interpretación teleológica para alcanzar el fin pretendido, ante el Juez de 1ª Instancia, que será en última instancia, previa y necesaria tramitación del AEP, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante, BEPI), del artículo 178 bis LC, y, por tanto, poder comenzar con una segunda oportunidad.

Finalmente, en cuanto a la supletoriedad de la legislación notarial, no cabe olvidar que la tramitación es ante notario, de ahí su carácter extrajudicial, y el notario actúa como tal (no al modo –por otra parte sería figura inexistente– “pseudo judicial”), por lo que la normativa aplicable como supletoria –en defecto de lo expresamente previsto en el artículo 242 bis LC y demás normativa

concursal supletoria para la regulación general del AEP- será la propia legislación notarial; aunque aquí, como se ve seguidamente, la determinación del notario hábil la hace, y de forma imperativa, el propio artículo 242 bis LC. Esta aplicación supletoria de la legislación notarial implica que *los recursos contra la actuación del notario*, tal que denegación de la autorización del acta, de algún trámite o diligencia, etc., será el pertinente -conforme a la propia legislación notarial- recurso de queja (art. 145,2 Reglamento Notarial, en adelante, RN)¹ ante la Junta Directiva del correspondiente Colegio Notarial, y, en su caso, de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (art. 334 RN), contra los acuerdos de las Juntas en los asuntos de su competencia, como lo sería en este caso.

2. Relevancia exclusiva del pasivo, y consiguiente irrelevancia del activo para excluir esta acta de acuerdo extrajudicial de pagos

En el orden patrimonial, y dado que nada dice el propio art. 242 bis LC, para fijar los presupuestos, que permitirán el inicio de este acta de AEP, deberá estarse al artículo 231.1 primer párrafo LC, que en el orden económico -que ahora interesa- únicamente exige que "la estimación [no la cifra exacta, basta pensar en intereses de demora (incluso abusivos), alguna cuota pendiente de concretar si está o no pagada, etc., aunque sí deberá fijarse alguna cantidad y lo más aproximada] inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros". Es de ver que nada precisa del activo, cuya situación será la que toma en consideración el propio artículo 2 LC, en suma, que no puede hacer frente a las obligaciones exigibles. Al activo, por otra parte, tampoco le es aplicable el artículo 231.2.c) cuando exige que "disponga de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo", dado que este se refiere a las "personas jurídicas, sean o no sociedades de capital", y aquí, por el contrario, se habla de "personas naturales no empresarios".

La cifra pues relevante es única y exclusivamente la del pasivo, puede no tener incluso ningún activo, o sencillamente ser inembargable, su inexistencia no impide -ni excluye- el inicio de este acta de AEP, y, además, justo esta inexistencia actual de activo, e incluso previsión de que no lo habrá -al menos embargable- exige hacer las dos matizaciones que se tratan seguidamente.

2.1. Función finalista de esta acta de AEP para los acreedores e incluso para gozar el mismo deudor del BEPI

¹ Este artículo 145,2 RN precisa que la "autorización e intervención tiene carácter obligatorio para el notario con competencia territorial a quien se sometan las partes o corresponda en virtud de los preceptos de la legislación notarial", o, cabría añadir, de la ley especial aplicable al efecto, como es el caso de este art. 242 bis LC. No puede ocultarse que aquí, frente a la escritura pública, y por ser acta, viene imperativamente determinado el notario hábil, aunque también debe distinguirse entre denegación o negativa a autorizar el acta -en este caso trascendental pues puede ser determinante, al no haberse tramitado previamente, de que no se llegue a gozar del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, art. 178 bis LC), de lo que, frente a la denegación, es mera puesta en conocimiento de la necesidad de subsanación o complemento de documentos, junto a que como ya señaló la RDGRN de 7 de julio de 1992 (*Anuario DGRN*, 1992, pág. 943) el dicho art. 145 RN no precisa un plazo concreto para señalar los mismos, por lo que deberá estarse a los usos y reglas de la buena fe.

La autorización de este acta de AEP cumple una evidente función finalista, desde luego, al menos dos finalidades, así, primera, constatar la situación patrimonial de la persona natural no empresario (singularmente de su pasivo que –como he dicho- es el determinante para poder elegir esta vía); y, segunda, la posible verificación por los acreedores de que su crédito o créditos están incluidos y su importe, lo que en sí ya les permite poder decidir su futura actuación, como también el poder alegar la ocultación por el deudor de bienes o de deudas, con los consiguientes efectos. Estos no pueden ser los derivados del *error en su formulación*, es decir, la anulabilidad propia de los contratos, incluso aunque con la diligencia propia de un buen padre de familia haya omitido alguna deuda, ni tampoco la derivada de la *conducta dolosa o de mala fe*, dado que aquí –y en esta fase- la inexactitud puede ser irrelevante por no influir en los presupuestos del art. 231.1 LC o de sí influir lo que sucede es que falta un presupuesto, y, por tanto, conlleva la inadecuación, por inexactitud (o incompleta descripción con relevancia jurídica), de lo que necesariamente tiene que derivarse su nulidad. Ello al margen de que pueda haber cifras irrelevantes, que la Autoridad Judicial en fase ulterior admita que se sane, o incluso de que el mismo notario -si se le acredita documental y fehacientemente el crédito o la omisión de bienes- pueda suspender la tramitación o dar por concluida la tramitación, por inexistencia de los presupuestos para acudir a esta vía del art. 242 bis LC². Los acreedores también pueden estar interesados en su autorización dado que podrán hacer sus contraofertas al mediador concursal, por tanto, su autorización -incluso aunque sea previsible que no se logrará el acuerdo- es imprescindible, incluso para poder ofrecer al deudor otras soluciones o remedios diferentes a los que derivarán necesariamente del acta de AEP (*v.gr.* dación en pago, condonación de deuda, etc.).

Finalmente también puede estar interesado el mismo deudor, por lo que indicaré en el sub-epígrafe siguiente, como paso previo imprescindible para poder acudir ya directamente a la fase de liquidación y, además, consiguiente goce de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis. 5 LC).

2.2. *Inexistencia de una pretendida acta notarial de insostenibilidad del acuerdo extrajudicial de pagos por activo irrelevante*

Una de las cuestiones que pueden plantearse en la práctica es el pretendido –para evitar costes, tiempo, incerteza en la tramitación, etc.- rechazo *in limine*, por el notario, de esta acta de AEP, sobre la base de que no tendría finalidad en sí su misma autorización, al no existir activo (o ser totalmente irrelevante respecto del pasivo o incluso ser inembargable), y, en consecuencia, pretenderse ya directamente no iniciarla como tal acta de

² La omisión de datos, o su inexactitud, será relevante según la incidencia que tenga en los presupuestos del acta de AEP (así puede ser irrelevante que no estén bien calculados o que se desconozcan los intereses de demora, singularmente si se está negociando o pleiteando sobre su carácter abusivo o sobre la retroactividad de la cláusula suelo), y, además, porque pudiera dar lugar a considerarse culpable y, en consecuencia, denegársele judicialmente el BEPI.

AEP, y, sí, sustituirla por una simple acta notarial “de insostenibilidad” (en terminología que parece estar consolidándose en la práctica forense) en que el notario –tras su misma autorización- declare la improcedencia de continuar su tramitación, pero que, sin embargo, sí surta los efectos mismos del acta de AEP de poder ir directamente a la liquidación como contempla el artículo 242 bis.1.9.º LC.

Parece necesario rechazar tal posibilidad³, dado que sí se dan los presupuestos (art. 231 LC), y se dan al solo considerar presupuesto necesario, para la persona natural no empresario, el pasivo, pero no el activo (que no será infrecuente que sea inexistente o irrelevante frente a la deuda), junto a exigir imperativamente el artículo 178 bis.3.3.º LC que haya “al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos”, por lo que aunque el activo sea inexistente, inembargable o prácticamente equivalente por irrelevante frente al pasivo, lo cierto es que sí deben ser notificados los acreedores, dado que deben tener al menos la opción de negociar un AEP, incluso aunque sea con quitas de casi la totalidad de la deuda, pues tal es lo que se contempla imperativamente; además, aunque no sean préstamos hipotecarios o pignoraticios (en los que sí habría activo, es decir, lo hipotecado o pignorado), por ser deudas simplemente garantizadas personalmente (como sería el caso de los fiadores), no puede desconocerse que incluso en este supuesto, de práctica inexistencia de activo, también pueden encontrarse acuerdos o soluciones –aunque *ab initio* sean hipotéticas- que no requieran de tener que acudir a la liquidación y ulterior BEPI; así, por ya concederse la liberación por los acreedores (*v.gr.* mediante la aceptación de una dación en pago o la misma cesión de bienes del art. 1175 CC, con pacto de liberación de lo que no se cobre con su realización). También a los acreedores puede interesarles la mayor celeridad en el arreglo o acuerdo, y, en todo caso, tienen derecho a dicha notificación previa antes de acudir ya a la fase de liquidación.

3. Notario hábil para tramitar este acta de acuerdo extrajudicial de pagos: Deudas conexas y pluralidad de domicilios de los deudores

Conforme al artículo 242 bis.1.1.º LC la solicitud del acta del AEP debe presentarse necesariamente, por ser el notario hábil para su tramitación, “ante

³ Lo que no parece admisible es rechazar su autorización sin constancia documental de que se ha intentado, y esta constancia documental únicamente puede ser el acta notarial de AEP; así resulta de que los instrumentos públicos notariales también están tasados, es decir, únicamente pueden ser (dado que es obvio que no puede ser ni un testimonio ni una póliza mercantil) o una escritura pública (que aquí no procede) o un acta notarial, que sí es lo que procede, y dentro de estas únicamente puede ser la expresamente contemplada por la legislación que no es otra que este acta de AEP, y, con su tramitación mínima, sí el mismo notario asume la actuación de mediador concursal, pero lo que no puede obviarse es la notificación a los acreedores, dado que ellos son los únicos legitimados para lograr o no un acuerdo extrajudicial previo a entrar ya directamente en la fase de liquidación, no puede acudir a esta sin previamente haber, al menos, intentado el acuerdo, por insuficiente que sea el patrimonio.

el notario del domicilio del deudor⁴, lo que plantea cuando menos dos cuestiones, así:

- a) una primera⁵, la forma de acreditarlo, la acreditación tendrá que ser con el DNI (incluso Pasaporte, pero no carnet de conducir), y de no ser ya éste su domicilio (es decir, necesariamente el del art. 40,1 CC, aunque pueda tener otro domicilio de hecho o habitual), o, en su caso, por no ser infrecuente la inexactitud del domicilio que consta en el DNI, mediante el certificado de empadronamiento; desde luego, puede haberse cambiado recientemente e incluso en forma intencional, *v.gr.* ubicación del despacho del Letrado asesor, ser el domicilio de otros obligados o garantes, etc., pero, en todo caso, no parece tener especial sentido buscar interesadamente uno u otro notario, pues se trata de un acta en que el notario se limita a constatar y formalizar los trámites desde el requerimiento inicial hasta la diligencia de cierre final (art. 242 bis.1.9.º LC), pero incluso sea cual sea la fecha o intención del cambio de domicilio no altera la competencia o determinación del notario hábil;
- b) otra segunda, tiene lugar cuando un mismo procedimiento notarial de AEP se pretenda utilizar –lo que, además, será lógico por la coaligación de las deudas y negocios jurídicos que las originaron e incluso del activo que se puede ofrecer en o para pago- *para ambos cónyuges* (lo que no plantearía problemas de domicilio, art. 68 CC) o incluso ya *ex cónyuges*, estos con distinto domicilio, ahora relevante tanto para la competencia notarial, como la judicial, por ser competente el Juzgado de 1.ª Instancia y ya no los Mercantiles (de carácter provincial); en este último caso –de diferentes domicilios- parece que se debería considerar como *un AEP conexo*; pues, aunque el artículo 25.1 LC expresamente lo contempla para los cónyuges (sin distinción de régimen económico matrimonial), no obstante, cabría aplicarlo con una interpretación teleológica del art. 25 bis.1.2.º LC, cuando habla de “patrimonios confundidos” (*v.gr.* deuda hipotecaria o codeudores del mismo crédito o préstamo personal), lo que puede ser procedente dado que las deudas no siempre serán privativas o personales⁶, e incluso al margen de que

⁴ Para el supuesto de plazas con más de un notario ante cualquiera de ellos (art. 117,1 RN), en el caso de notaría vacante el sustituto y cuando pueda actuar más de un notario en la población, por no haber notaría demarcada, pues también cualquiera de ellos (*cf.* art. 117,2 RN).

⁵ El que la tramitación se haga ante notario inhábil (al margen de la responsabilidad disciplinaria que pudiera hipotéticamente haber) no afectará a la validez del acta de AEP, y así debe entenderse dado que el interés protegido es el del deudor; al margen quedan supuestos patológicos de elección fraudulenta, no tanto por tal sino por cuanto impida ejercitar sus derechos o los dificulte gravemente a los acreedores, por razón de su propio domicilio u otras circunstancias.

⁶ Para la problemática de las deudas privativas y gananciales me remito, por todos, a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid (Complutense), Madrid, 1989, págs. 256-259, singularmente nota (121) donde precisa que como cada cónyuge puede contratar libremente será el cónyuge contratante el que “queda personalmente obligado con la otra parte del contrato. [Y se pregunta:] ¿En qué supuestos la deuda será, además, deuda de la sociedad de gananciales? En los casos antes vistos”, y estos casos o deudas son: las deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro, art. 1367 CC; las enumeradas en el art. 1365 CC –sin olvidar que aquí no cabe que sean deudas de comercio, salvo que cuando se inste este acta de AEP, como se verá ya no se sea

los cónyuges estén en régimen económico matrimonial de gananciales⁷ u otro (comunidad universal, participación en las ganancias, uno atípico, etc.) que no sea el de separación de bienes (*cfr.*, como supletorio al ser el régimen general del AEP, art. 232.2, cuarto párrafo LC), lo que ya contempla el propio art. 232.2 último párrafo LC, para el supuesto, muy frecuente, de que ambos –sea ganancial o en cuotas proindivisas– sean propietarios de la vivienda familiar, en que necesariamente “la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro”.

Distinto, sin duda, tendría que ser *el caso de fiadores u otro garantes* (hipotecante no deudor) que sí pueden tener otro domicilio diferente al de los deudores e incluso entre sí, en cuyo caso –y siempre que ya se les tenga que considerar deudores, incluso aunque sean solidarios, y no meros responsables⁸– parece que lo más procedente sería *la tramitación coordinada*, art. 25 ter LC, “sin consolidación de masas”; eso sí –y aunque se está en una tramitación notarial– sin olvidar que es presupuesto necesario para la tramitación coordinada que los concursos –aunque aquí se está todavía ante el acta o actas de AEP– estén acumulados, o, más propio, por ser en el ámbito notarial, que hayan sido

empresario o comerciante; y, para las obligaciones extracontractuales, *cfr.* art. 1366 CC. Es decir, sí será habitual que la deuda hipotecaria sea ganancial cuando se ha contraído por ambos, que, por otra parte es lo más frecuente, incluso en el régimen de separación de bienes, pues también en este régimen económico matrimonial lo habitual es que adquieran ambos cónyuges en proindiviso.

⁷ Incluso divorciados o separados legalmente podrá estar disuelto (arts. 1392 y 1393 CC) pero no liquidado, supuesto de los *post* gananciales, pues el art. 1396 CC únicamente prescribe que “se procederá” y el mismo art. 1409 CC contempla que se puedan liquidar gananciales de dos o más matrimonios.

⁸ Aquí, en materia de fiadores, no cabe olvidar (aunque sea fianza solidaria, e incluso con renuncia a los beneficios de excusión, división y orden) que siguen rigiendo las notas esenciales –que no naturales– de la fianza como son las de subsidiariedad y de accesoriedad, al efecto, STS 2944/2014, de 8 de julio de 2014, en la que, justo materia concursal, y en base a la nota de subsidiariedad incluso aunque sea solidaria, proclama que: “la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, *también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad.* El carácter *subsidiario* de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, *significa un determinado orden en la responsabilidad*, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual *el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión.* La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. = *Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal.* = En esto se diferencia, como muy bien apuntó la sentencia de primera instancia, la obligación del fiador solidario de la obligación del deudor solidario: la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En el presente caso, esto conlleva que las cuotas hayan vencido y no hayan sido pagadas por el deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente” [sin cursivas en el original].

declarados conjuntamente (o sea con acumulación inicial, para lo que debería ser notario hábil el que inicie el de los deudores principales)⁹; sin embargo, aunque se pueda excepcionalmente (art. 25 ter.2 LC) consolidar en la forma legalmente prevista, parece lo adecuado que sean los propios mediadores concursales, a fin y efecto de no "incurrir en un gasto o en una demora injustificados (v. art. 25 ter.2 *in fine* LC). A ello, debe añadirse, que, no obstante la nota de subsidiariedad de la fianza (y como mayor motivo, por no gozarla, el hipotecante no deudor), en todo caso, y cuando sea evidente -y por eso lo inicia el deudor- que no se podrá pagar que también lo soliciten -el AEP- los fiadores, garantes o hipotecantes no deudores (también mal conocidos, por su muy diferente régimen jurídico, como "fiadores reales"), no cabe desconocer, que sin ser todavía deudores, sí se podrá dar, claramente, el presupuesto del artículo 231.1 primer inciso LC de "que se prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones" (basta pensar en los cónyuges jubilados que viven de su pensión inembargable por la cuantía que perciben).

4. Posibles requirentes y beneficiarios, dada la irrelevancia del origen de las deudas, del acta de AEP y del BEPI

La determinación de *los posibles sujetos requirentes* del acta de AEP (art. 242 bis LC) se tiene que hacer tomando en consideración:

- a) su propia delimitación positiva, así se incluyen exclusivamente -en el art. 242 bis LC- a *las personas naturales no empresarios*, sin hacer distingo alguno de si son o no consumidores, por lo que, sin duda, se incluyen a consumidores y a quienes no lo son, y, por tanto, sin distinguir las deudas entre particulares y a las que tienen su origen en cualquier contrato en que el deudor sí era consumidor;
- b) por su delimitación negativa, o de contraposición del artículo 242 bis LC a la regla general del artículo 231.1 primer y segundo párrafo LC, ambos insertados en el Título X; en esta delimitación están excluidos -del dicho régimen especial del art. 242 bis LC- no solo los que sean empresarios de acuerdo con la legislación mercantil (que no puede reducirse exclusivamente al Código de comercio, en que por otra parte se habla de comerciantes que no de empresarios), sino que, también, quedan excluidos "aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos", todos estos últimos -insertos en el régimen general del art. 231 LC- no pueden acudir a la vía especial del art. 242 bis LC, como tampoco obviamente las personas jurídicas, sin que quepa aquí plantearse si son o no empresarios o ejercen actividad mercantil, pues para poderse incluir se requiere un doble elemento, así ser persona natural (por lo que quedan excluidas todas las que no lo son) y, a la vez, no ser empresario. Basta para excluir de la aplicación del art. 242 bis LC que no se dé alguno de los dos elementos, positivo, o ser

⁹ Destaca CABANAS TREJO, R., "El Notario en el acuerdo extrajudicial de pagos", *La Notaria*, núm. 1, 2015, pág. 72, que para la tramitación coordinada de diversos expedientes será necesario que haga de MC el propio notario, pues de no hacerlo aboca a que tenga que haber dos MC por haber dos expedientes.

persona natural; y, negativo, que excluye a todos los que sí son empresarios (justo por requerirse el no serlo).

En consecuencia, y *por ser personas jurídicas, quedan excluidas, las cooperativas* (cualquiera que sea su clase y legislación que se les aplique, dado que siempre son personas jurídicas, además de mercantiles); *las asociaciones y fundaciones*; y, también, *las sociedades civiles* –salvo que sean internas- pues aunque no sean empresarias sí son personas jurídicas; y, por el contrario, *no quedan excluidas las comunidades de bienes* (por lo que sí pueden beneficiarse del art. 242 bis LC), salvo que sus integrantes se dediquen –pues las comunidades de bienes nunca alcanzan a tener personalidad jurídica- a algunas de las actividades dichas, o *de facto* –como puede suceder con las sociedades civiles- sean auténticos empresarios los que se han acogido –inadecuadamente- a estas formulaciones, de comunidad de bienes o sociedad civil, estas últimas en tanto no son personas jurídicas sí cabría incluirlas, pero, sin embargo, se les tiene que excluir en tanto, incluso aunque sea *de facto*, sean empresarias o sus integrantes realicen a su través una actividad empresarial.

Delimitado quienes sí pueden acogerse a esta vía del art. 242 bis LC, también es imprescindible delimitar si tiene alguna relevancia *el origen de la deuda*, es decir, si queda excluida su aplicación cuando la deuda tiene origen de naturaleza empresarial. Al efecto, ya *hay que comenzar rechazando que el legislador haya tomado en consideración el origen de la deuda*, al únicamente exigir la situación positiva o negativa del sujeto requirente (ser persona natural y no empresarial), y justo *en dicho momento de inicio del acta notarial*; nada dice –por lo que no se puede distinguir- del cómo se ha originado la deuda con anterioridad, basta que no supere el pasivo –al margen de que pueda haber o no deudas de origen empresarial- los cinco millones de euros, art. 231.1 LC, y, ciertamente, raro será poder superar dicho importe si no se ha tenido actividad empresarial, pero -incluso aunque se haya tenido- si al instarse el acta notarial de AEP ya no se es –otra cosa es determinar cuándo se es o se deja de ser empresario- nada puede excluir que se le aplique la regla especial del art. 242 bis LC, pues hay que reiterar que el legislador para el pasivo lo único que limita es la cifra, nada dice, sin embargo, del origen de la deuda.

El no ser empresario podrá acreditarse mediante la baja censal en la actividad, aunque incluso todavía no se haya dado de baja en el Registro Mercantil, pues uno de los presupuestos –*cf.*, cierto que para las sociedades mercantiles y en su caso concreto con un único acreedor, RDGRN de 29 de abril de 2011- para inscribir la cancelación registral mercantil es haber liquidado las deudas o quedar exoneradas en el correspondiente procedimiento concursal, que ahora –y en tanto la cifra no supere los cinco millones de euros dichos- será el art. 242 bis LC.

5. Aportación del formulario y de la documentación en él requerida, y comunicaciones inmediatas necesarias para garantizar la eficacia del posible acuerdo extrajudicial de pagos

La previsión del artículo 232.2 LC de que “la solicitud se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor” se ha desarrollado

reglamentariamente a través de la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (BOE núm. 311, de 29-12-2015) (en adelante, "formulario" o, simplemente, OF), y, por tanto, ahora, necesariamente, la solicitud se deberá iniciar completando –en lo menester- este "formulario", aunque resulte claro del mismo que no es exclusivo para las personas naturales no empresarios; su necesaria presentación –aunque en la práctica se vea discutida- resulta tanto del "se hará" (art. 232.2 LC), como del artículo 1 OF que ya comienza precisando que es "el formulario de solicitud de inicio del procedimiento", otra cosa es que, como he dicho, en buena parte de su contenido esté pensando en el AEP general del artículo 231 LC y no en la especialidad del artículo 242 bis LC, pero ello no excluye que también para éstas últimas se tenga que presentar¹⁰.

Junto con el "formulario" se hace necesario, siquiera sea por las comunicaciones que se tendrán que hacer, aportar los siguientes documentos (al margen del ya dicho DNI o Pasaporte y de, desde luego el "formulario") así:

- a) *Certificado de penales*, artículo 231.3.1.º LC, para acreditar que no se encuentra en ninguna de las situaciones que le impedirían acudir al AEP.
- b) *Consulta al Registro Público Concursal*, que el notario puede realizar personalmente, por su medios telemáticos, para acreditar que no se da ninguno de los supuestos que le impediría iniciarlo conforme al artículo 231.3.2.º LC.
- c) *Escrituras públicas o títulos acreditativas de sus titularidades*, también pueden ser documentos privados, dado que no siempre pueden estar inscritas todas las propiedades o titularidades (*v.gr.* patentes u otros derechos de propiedad intelectual que, desde luego, sean realizables y no vayan unidos a condición de empresario, por justo estar excluido de este art. 242 bis LC). No parece necesaria la certificación de cargas, dado que basta completar el "formulario" y eso sí tener datos exactos del Registro de la Propiedad u otro al que haya que comunicar la autorización de inicio del AEP.

Lo trascendente a los efectos personales y patrimoniales del artículo 235.1 LC es la solicitud misma, es decir, la autorización del acta notarial, no en vano literalmente dice que: "Una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional [obviamente estas dos últimas queda excluidas en este expediente del art. 242 bis LC]. Desde la presentación de la solicitud [no pues -aunque como se verá sí tiene su trascendencia- desde que se hagan las comunicaciones obligatorias al Registro Civil o de la Propiedad o al Juzgado de 1.ª Instancia,], el deudor se abstendrá de

¹⁰ Para un muy preciso comentario –por lo que soslayo aquí un comentario del mismo- de la actuación notarial, no solo –aunque sí con precisiones al efecto- para cuando son personas naturales no empresarios, cabe acudir a RIVAS, A. y GOMÁ, F., "Actuación notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos", en <http://www.notariosregistradores.com/web/tag/acuerdo-extrajudicial-de-pagos/> (última consulta: 29/02/2016), págs. 1-15.

realizar cualquier acto de administración y [debe entenderse y/o] disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad"¹¹, es evidente que está pensando en el deudor que sí es empresario, profesional o autónomo, pero incluso para el del art. 242 bis LC, también es aplicable al quedarle prohibido cualquier acto de administración y/o disposición que no sea la administración ordinaria de su vida personal o familiar, *v.gr.* venta de bienes, acciones, etc.

No obstante la clara *falta de legitimación* ("se abstendrá" dice literalmente el artículo 235.1 LC), que conllevará la ineficacia de los actos dispositivos (pues aunque no se le altere la capacidad de obrar, sí se le limita el poder de disposición), su plena eficacia frente a terceros requiere de las comunicaciones prevenidas en el artículo 233 núms. 3 y 4 LC¹². Dentro de las comunicaciones, y justo por la trascendencia de la falta de legitimación o poder de disposición que la autorización del acta de AEP implica, y, además, por su necesaria oponibilidad a terceros, entiendo que se hace necesario distinguir las siguientes comunicaciones:

Primero. *Comunicación al Juzgado de 1.ª Instancia*, impuesta por el art. 242 bis.1.2.º LC. Procede hacerla ya tras la autorización inicial del acta de AEP, pues en sí ya implica el exigido intento de lograr el AEP (*cf.* art. 178 bis.3.3.º LC); y, por tanto, ya despliega sus efectos sea el que sea el resultado del pretendido AEP, y, sin duda, así tendrá que ser de actuar el propio notario como mediador concursal (en adelante, MC), y no aparece justificada que tenga que ser otra la solución –pues los efectos que se despliegan son los mismos– de nombrarse MC, en que, además, sería necesario esperar a su aceptación¹³, lo que de rechazarlo

¹¹ Conviene tener presente que, conforme a la Disposición Adicional Primera, 3.ª LC, las prohibiciones, modificaciones y desarrollo de cualquier actividad se aplicará "a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación", aquí justo es evidente que no se ha producido, dado que se realiza para que puede accederse ya directamente a la fase de liquidación, art. 178 bis.3.3.º LC, lo que no impide, y justo por ser norma especial, que se apliquen ya las reglas –durante su tramitación notarial– contempladas en el artículo 235.1 LC.

¹² Es de observar –al efecto, RIVAS, A. y GOMÁ, F., "Actuación notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos", *loc. cit.*, págs. 8-9– que se tendrá que comunicar además de al Juzgado de 1.ª Instancia (que no al Mercantil), al Registro Civil o a los de la Propiedad u otros registros de bienes, y la publicación en el Registro Público Concursal, también precisa imperativamente el propio art. 233.4 LC que se "dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria [en adelante AEAT] y a la Tesorería General de la Seguridad Social [en adelante, TGSS] a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, [y acto seguido precisa] conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor con su nombre y Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por éste"; lo que evidencia, una vez más, que el nombramiento del mediador –salvo que lo sea el propio notario, art. 242 bis.1.3.º LC, es el primer paso y únicamente tras su aceptación procede la comunicación a la AEAT y la TGSS.

¹³ Defienden la comunicación al Juzgado, tras la aceptación del mediador concursal, RIVAS, A. y GOMÁ, F., "Actuación notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos", *loc. cit.*, pág. 8, en base al artículo 233.2 *in fine* LC y, sobre todo, artículo 235.2.c LC, en razón de que los acreedores puedan proporcionarle una cuenta de correo al mediador que se comunique al Juzgado de 1.ª Instancia tras el nombramiento y aceptación, pero dado que la práctica parece demostrar que puede no aceptar el primer MC, ni el segundo o ulterior de los mediadores designados por el sistema (en concreto, Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia (REMEDIA), accesible mediante certificado digital a través de:

varios mediadores (lo que parece no es algo absolutamente aislado) podría dilatar la situación indebidamente, no obstante la brevedad de los plazos de cinco días hábiles de nombramiento y aceptación, artículo 242 bis.1.3.º LC¹⁴.

Segundo. *Comunicación, al mismo tiempo, al Registro Civil y Registro de la Propiedad (u otros registros de bienes, tal que el de Muebles)*, a estos también debe ser inmediata –y telemática, al ser posible, al Registro de la Propiedad, a los demás Registros tendrá que ser mediante la oportuna copia autorizada en papel- estos también garantizan que, efectivamente, se haga real la previsión del artículo 235.1 LC, dado que no únicamente se trata de paralizar cualquier posible solicitud concursal, sino también de que se pueda proceder contra los bienes o derechos patrimoniales, durante el tiempo que puede durar su tramitación, que es de dos meses “desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado” (art. 242 bis.1.8.º LC).

Cualquier retraso implica ampliar el plazo, y ello no encuentra amparo legal, ni siquiera finalista, pues no se trata de dilatar la situación en aras a un hipotético acuerdo –que a buen seguro se ha intentado antes de acudir a este acta de AEP- ni siquiera en la confianza de que el mediador concursal aceptará y tendrá más plazo para poder alcanzarlo. Ciertamente se le puede reducir el plazo –caso de sucesivas renunciaciones- al poder transcurrir fácilmente algunas semanas sin que se tenga todavía mediador concursal y, por tanto, sin posibilidad de alcanzar acuerdo, pero, la *ratio* de la norma no es únicamente la mediación, sino como claramente se deduce del propio artículo 178 bis.3.3.º LC el que “al menos” se ha intentado, y, por tanto, basta que el deudor, en efecto, se haya sometido a ello, aunque por la causa que sea no se ha logrado y, en consecuencia, ya se puede entrar en fase de liquidación, sin tener que demorar más el que el deudor pueda gozar de la prevista “segunda oportunidad” y no continuar en el “calvario” de lo que es evidente que no se pueda pagar.

Tercero. *Otras comunicaciones*, además de las ya dichas también se deberá proceder a la comunicación –telemática y a sus respectivas sedes electrónicas¹⁵-

<https://extranet.boe.es/index.php?referer=/dmc/index.php>), parece lo adecuado comunicarlo de forma inmediata a la autorización del acta de AEP, sin perjuicio de la ulterior comunicación al Juzgado del correo electrónico del MC, aunque no pueda desconocerse que si juega en contra, de esta solución, el que el plazo de dos meses, art. 242 bis.1.8.º LC, ya está corriendo, pero la literalidad es la que es, y, en verdad, no se trata de lograr el acuerdo –ciertamente difícil cuando se llega a esta situación- sino de “al menos” haberlo intentado, y, caso de no lograrlo, entrar ya directamente en la fase de liquidación (*cf.* art. 178 bis.1.3.º LC).

¹⁴ No procede aquí considerar, dado que poco problema puede ofrecer, lo que es la mera mecánica del nombramiento del mediador concursal, que imperativamente deberá ser “en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud [en verdad de la autorización del acta de AEP] del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días”, el plazo debe considerarse preclusivo por lo que no puede entenderse sino automáticamente renunciado caso de no aceptar, y por tanto desde esta mis fecha comenzarían otros cinco días para el nombramiento de un nuevo mediador y así sucesivamente, lo que por otra parte, y a salvo que lo haya solicitado el deudor, nada impediría que tras sucesivas renunciaciones pudiera el notario optar por actuar de mediador concursal.

¹⁵ Como indican, al efecto, RIVAS, A. y GOMÁ, F., “Actuación notarial en el acuerdo extrajudicial de pagos”, *loc. cit.*, pág. 9, en cuanto a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en:

a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) y a la Tesorería General de la Seguridad Social, artículo 233.4 LC, incluso, aunque como precisa el mismo, "conste o no su condición de acreedoras".

6. Reconocimiento expreso de la elección por el deudor de que se designe mediador concursal o, en su falta, por el notario

El artículo 242 bis LC concede al propio deudor la elección de si tiene que haber o no mediador concursal, así literalmente dice que el notario impulsará las negociaciones, entre deudor y acreedores (en plural), "pudiendo designar, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor, un mediador concursal", por lo que el MC tendrá que existir siempre que lo solicite el deudor, o incluso de no solicitarlo si lo considera conveniente el notario. No podrá hacer, por tanto, de MC el notario si el deudor quiere que se designe uno, de la misma forma que el notario no está obligado a serlo, pues basta que lo estime conveniente para que designe un MC.

Por otra parte, y como es un derecho que se concede al deudor, nada impide que se retracte de su voluntad de que haya MC, lo que sin duda deberá recoger expresamente en el acta notarial de AEP, y, sí, en este caso podría serlo el mismo notario¹⁶.

7. Breve reseña de las comprobaciones y tramitación para lograr el posible acuerdo extrajudicial de pagos

En lo fundamental, ya se ha dicho que, el acta notarial de AEP se inicia comprobando que se dan sus presupuestos de hecho, y, al efecto, se requerirá la documentación dicha para acreditar que el notario requerido es hábil para otorgar el acta (art. 242 bis.1.1.º LC); que, además, no se da ningún presupuesto que excluye el acta de AEP (art. 231.3 LC); y, por tanto, que procede autorizar el acta de AEP y el inicio de las negociaciones, para lo que, de oficio (y sin demora, incluso sin tener que esperar a la aceptación del mediador, si se quiere garantizar la efectividad del posible ulterior acuerdo, o incluso la

https://www.agenciatributaria.gob.es/AEAT.sede/Inicio/Procedimientos_y_Servicios/Otros_servicios/Otros_servicios.shtml; para la Tesorería General de la Seguridad Social, a su vez, en su portal: https://sede.segsocial.gob.es/Sede_1/ServiciosenLinea/EmpresasyProfesionales/195831#195831, y, aunque previamente ya se haya consultado, ahora, su inicio también al Registro Público Concursal en: <https://www.registradores.org/registroVirtual/init.do>; podrá pensarse que no tendrá trabajadores por ser no empresario, pero no es algo pacífico, pues, desde luego, podrían ser deudas originadas como empresario aunque ya no lo es, y, la literalidad del artículo 242 bis.1 LC y del artículo 231.1 segundo párrafo LC, no es un criterio objetivo del origen de las deudas, sino el subjetivo de su situación concreta al iniciarse, así literalmente dice: "que ejerzan", no que hayan ejercido o que las deudas tengan un concreto origen, puede haberlas de origen empresarial y personal. No obstante, lo relevante es que sean de presente al tiempo de instar el acta notarial de AEP, por lo que también debería consultarse el Registro Mercantil de haber deudas de origen empresarial y de contar aún inscrito entiendo que debería rechazarse su inicio, no bastaría pues el simple expediente de la baja censal.

¹⁶ Conviene precisar que mediador concursal (MC), incluso aunque obviamente no sea el propio notario, y administrador concursal (AC) no son una misma figura, aunque sí puedan coincidir y así el que actúa de MC que luego pueda ser AC, pero para que ello sea así se deberán cumplir con los requisitos de AC, aunque otra cosa pudiera parecer deducirse del artículo 233.1 párrafo primero LC.

mayor eficacia de una posible exoneración, art. 178 bis LC) se comunicará "al juzgado competente", así como a los registros correspondientes, Civil y, correspondientes, de la Propiedad, en que se practicará la correspondiente nota marginal de autorización del acta notarial de AEP.

Hechas las comprobaciones pertinentes y autorizada el acta de inicio del AEP, y ya de oficio, el notario deberá –como se acaba de indicar en el epígrafe anterior- proceder –siempre dentro de los cinco días hábiles siguientes- al nombramiento de MC y éste lo deberá aceptar en otro plazo igual de cinco días hábiles, el plazo en verdad es para aceptar o rechazar, pues no es obligatorio que el mediador acepte, aunque sí que transcurrido el breve plazo se considere rechazado, y, en consecuencia, procederá -en otro nuevo plazo de cinco días hábiles- un nuevo nombramiento, con reiteración de plazos, si se sucedieran renunciaciones de MC. Y, desde luego, es ya al MC al que corresponde (tal y como contempla el artículo 242 bis. 1.5.º LC, y al margen de la inicial que haya podido hacer el notario para ver que no se daba el límite máximo del pasivo) realizar "la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores [que] será [dentro de los] quince días desde la notificación al notario de la solicitud [y si actúa el propio notario de MC, pues el propio legislador precisa que será] de diez días [hábiles, siempre por ser un plazo procesal que no civil, conforme a la Disposición Final Quinta LC] desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiere designado mediador", para concluir precisando que la "reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria", en el bien entendido de que como precisa el mismo artículo 242 bis.1.6.º LC la "propuesta de acuerdo [presentada por el deudor y comunicada por el MC] se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales [obsérvese que aquí no son hábiles] a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores remitir propuestas alternativas o de modificación [obviamente al propio MC] dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquél [es decir, del escrito de convocatoria].

En estos plazos debe el MC lograr o no el AEP, no cabe prórroga, pues como precisa imperativamente el propio artículo 242 bis.1.8.º LC, y al fin y efecto, de que no esté suspendidas *sine die* la tramitación de otros procedimientos (singularmente hipotecarios): "El plazo de suspensión de las ejecuciones previstas en el art. 235 [LC] será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso"¹⁷, por lo que queda claro que en dichos dos preclusivos meses, de fecha a fecha, se tiene que haber logrado o no el AEP, y de no lograrse proceder a su comunicación al Juzgado en la forma que se considera en epígrafe ulterior.

¹⁷ Entre las suspensiones que se producirán está la ejecución hipotecaria de la vivienda; sin embargo, no puede decirse lo mismo del desahucio, por impago de la renta, que sí podrá proseguirse hasta llegar al lanzamiento de la vivienda del deudor, dado que no se le extenderán los efectos del art. 235.2 LC, al no poder hablar de ejecución sobre el patrimonio del deudor.

Antes de seguir adelante no debe olvidarse la Disposición Adicional Séptima LC que justo precisa que lo dispuesto en el Título X, en el que se inserta el artículo 242 bis LC, "no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social".

8. Contenido taxativo de la propuesta de convenio de acuerdo extrajudicial de pagos

El AEP tal y como contempla taxativamente el artículo 242 bis.1.7º LC, propuesto por el deudor y, en su caso, modificado a propuesta de los acreedores, cfr. art. 242 bis.1.6.º LC, en su redacción final de tal propuesta de AEP "únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a) ["Esperas por un plazo no superior a diez años"], b) ["Quitas", sin límite, pero quitas, que no, todavía, exoneración de la deuda] y c) ["Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos"] del art. 236.1 LC".

No cabe nada más, que acuerdos sobre dichos tres extremos, pues junto a que las otras previsiones del propio artículo 236 LC no están pensando en la persona natural no empresario, es que, además, la norma es taxativa, y, por ende, incluso aunque todos los acreedores y el deudor estuviesen de acuerdo en otra solución, lo que procedería es, en efecto, lograr tal acuerdo (extrajudicial y extra AEP) y como medida complementaria desistir de este procedimiento del artículo 242 bis LC, pero lo que es en sí este procedimiento y con los beneficios que le da el art. 178 bis LC, única y exclusivamente puede comprender los tres aspectos dichos, de esperas, quitas o cesión en pago o para pago, que en este último caso y de haber sobrante debería reintegrarse al deudor.

Sin duda que de lograrse dicho acuerdo extrajudicial y extra AEP e incumplirse nada impediría acudir de nuevo a esta vía del artículo 242 bis LC, pues, hay que entender que no se ha dado el presupuesto excluyente contemplado en el artículo 231.3.2.º LC, pues -justo aquí- faltaría la homologación judicial, al ser estrictamente un acuerdo extrajudicial con desistimiento del ya iniciado AEP del art. 242 bis LC.

9. Imposibilidad de alcanzar un acuerdo, concurso consecutivo en fase de liquidación y aplicación del beneficio de exoneración de activos

Aunque la práctica es todavía mínima, no parece que se estén logrando muchos AEP sino que está siendo la vía para acudir a la ulterior exoneración que contempla el artículo 178 bis LC, y, en consecuencia, de no lograrse el AEP -en el plazo de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado correspondiente de lo civil, cfr. artículo 242 bis.1.9.º LC- lo que procede por el notario si ha actuado de MC o si hay tal MC por este último es instar "el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un

informe razonado con sus conclusiones”, y, hay que entender que ello como diligencia final del cierre del acta notarial de AEP.

Es difícil -como regla general- indicar qué debe entenderse por “un informe razonado con sus conclusiones”, pero cual silogismo sí debería contemplar los problemas surgidos que han impedido el acuerdo, aunque podrán deducirse incluso de la misma acta de AEP, y, en consecuencia, posibles soluciones si es que pueden deducirse de las propuestas de los acreedores o, simplemente, la imposibilidad si es que el desfase entre activo (existente y previsiones de futuro, no meras expectativas) y pasivo impide cualquier posible AEP que no sea la liquidación.

De no lograrse el AEP, y dado que es evidente que se ha intentado, lo que procede es -como indica el propio artículo 242 bis.1.10.º LC- abrirse “directamente en la fase de liquidación”, con la consiguiente exoneración del pasivo, determinada por el resultado que respecto del AEP, propuesto por el deudor, haya obtenido el MC con los acreedores; así, debe distinguirse entre:

Primero. La vía, principal, del artículo 178 bis.3.4.º LC, aunque aquí no será de aplicación la previsión de “si no hubiera intentado [pues sí lo ha intentado a través del acta de AEP] un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, [habrá tenido que satisfacer] el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios”¹⁸.

Segundo. La vía, alternativa, del artículo 178 bis.5 LC¹⁹, que contempla la exoneración (“del pasivo insatisfecho”) resultante del plan de pagos del artículo 178.3.5.º LC²⁰, que como indica el propio articulado es “alternativamente al

¹⁸ Para la determinación del pasivo exonerado, incluso créditos de derecho público y por alimentos, cabe acudir, con una visión crítica de la solución, a CUENA CASAS, M., “¿Una segunda oportunidad para la persona física insolvente?, *blog ¿Hay Derecho?*, 3 de marzo de 2015, págs. 2-3.

¹⁹ Resulta de especial interés la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca, 370/2015, de 2 de diciembre de 2015 (rec. 330/2010), en que entre otras cosas el Abogado del Estado (en representación de la AEAT) alega para que se deniegue el BEPI el que no se invoca “expresamente si se acoge al nº 4 o al nº 5”, y es de interés por precisar que donde “está la clave es en el plan de pagos, que fruto de la escasa regulación al respecto, se puede concluir que será un simple documento en el que se asuma por el deudor el compromiso de pagar los créditos de obligado cumplimiento en el plazo de cinco años [...], para concluir en el FALLO, que]: “1. Las deudas que no pueden ser objeto de exoneración (créditos contra la masa y privilegiados) se pagarán conforme al plan de pagos presentado por el deudor concursado. = Vigente que esté el plazo de cumplimiento del plan de pagos, no cabe que los acreedores afectados por la liberación de las deudas puedan ejecutar sus créditos en aras a cobrar su importe. = 3. Quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida. = 4. Quedan exonerados provisionalmente los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de la conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuados los créditos de derecho público y por alimentos”.

²⁰ Conviene destacar aquí la expresa mención que se hace al supuesto de que “(s)i el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad [basta pensar en los supletorios legales navarro y aragonés, incluso en otros foráneos o pactados] y no se hubiere procedido a la

número anterior, o sea el artículo 178 bis.3.4.º LC; con -en este supuesto- la especial problemática que puede presentar el párrafo tercero del propio artículo 178 bis.5 LC, respecto de los derechos de los acreedores "frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida"²¹.

9.1. Exoneración versus condonación o transacción

Debe destacarse tanto desde la misma óptica civil, como desde la fiscal, que esta exoneración del artículo 178 bis.5 LC no es ningún supuesto ni de transacción (ex art. 1814 CC), pues nada se transige o renuncia por ninguna parte, ni es -aunque como será habitual no se cobre toda la deuda- ningún supuesto de condonación, sino que se trata de una exoneración -legal- derivada de la situación concursal que es como finalmente acaba, por la vía del artículo 178 bis LC, a salvo que no se haya tenido que acudir por haberse logrado el previo AEP, en que, obviamente, cabrían quitas -que no condonaciones o transacciones- o esperas, o que como consecuencia de la cesión en pago, únicamente haya pago parcial, pero, en todo caso, extinción total de la deuda.

9.2. Impugnación de la exoneración por inexactitud en los elementos patrimoniales sea activo o pasivo, o simulación

Puede ser de forma involuntaria, acreedores de poco importe, o bien intencionadamente, que se omitan acreedores, que no se fijen cifras exactas, etc., o incluso que se pueda llegar a simular un acuerdo sin que todos los acreedores hayan tenido la propuesta de AEP, o no habiéndola tenido en plazo pertinente, desde luego, y al margen los trámites

liquidación de dicho régimen, el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común"; nada debe impedir, al modo ex artículo 1373 CC, que se proceda a la extinción de los gananciales, así cuando no sean deudas gananciales; por otra parte, tampoco conviene olvidar, incluso en los regímenes de separación de bienes, la habitual existencia de proindivisos y que no siempre serán todos los condóminos -sean o no cónyuges- deudores por lo que también podría procederse a la cesación en el proindiviso, para lo que los únicos legitimados son los propios condóminos, incluso formando lotes.

²¹ Para esta materia -singularmente la liberación del fiador solidario- me permito remitirme a SERRANO DE NICOLÁS, Á. y SÁNCHEZ GARCÍA, J.M.ª, "La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4º del apartado tercero del artículo 178 bis del RDL 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social", *Revista de Derecho vLex*, núm. 132, 2015, págs. 1-12; y, frente a la interpretación teleológica que sostenemos, la diferente postura sostenida por CUENA CASAS, M., "La insolvencia de la persona física: prevención y solución", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. LV, 2015, págs. 460-518. Trata también de la improcedencia de la acción de reembolso, tanto para los fiadores como para los codeudores, en CUENA CASAS, M., "Segunda oportunidad. Novedades de última hora", *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, pág. 51.

procesales, lo que no podrá entenderse es que hay AEP, pues justo faltarán sus presupuestos, salvo que las omisiones sean tan irrelevantes que no alteren en verdad los presupuestos para poderlo aplicar, y, por tanto, dependiendo de la situación concreta que pueda darse, podrá ser cualquier acreedor omitido –pues si se le ha notificado y no hace constar las inexactitudes tendrá que pasar por ellas- o incluso de oficio el Órgano judicial el que pueda desestimar la continuación de la tramitación.

No puede ocultarse que ciertas inexactitudes u otras circunstancias lo que pretendan sea esquivar la aplicación del artículo 178 bis LC para pedir el consecutivo con conclusión simultánea del artículo 176 bis.4 LC.

10. Retribución: Aranceles notariales y registrales y determinación de posible responsabilidad por razón de la actuación notarial

A falta de aprobación de unos nuevos aranceles notariales y registrales, sobre esta concreta materia, se seguirán aplicando los ahora vigentes, como documento sin cuantía, lo que es el acta AEP en sí, y, sin embargo, cualquier posible acuerdo -que se instrumente ya en la pertinente escritura pública- quedaría sujeto a los aranceles por cuantía²². Así se deduce, en sentido contrario, del propio artículo 242 bis.1.4.º LC cuando precisa que: “Las actuaciones notariales o registrales descritas en el art. 233 [LC, es decir, exclusivamente, lo concerniente al nombramiento de mediador concursal] no devengarán retribución arancelaria alguna”, excepción que indica que sí devengan el correspondiente arancel, notarial o registral, las demás actuaciones; y, además, cuando actúe el notario como mediador concursal, habrá que estar al propio artículo 242 bis.2 LC del que resulta que cuando actúe como mediador: “Su retribución será la prevista para los mediadores concursales”²³.

Este artículo 242 bis.2 primer inciso LC también precisa que reglamentariamente será determinado el “régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los acuerdos extrajudiciales de pago de las personas naturales no empresarias”, pues lo que es su actuación como notario, no como MC que es a lo único que se refiere este inciso, ya viene determinada en la propia legislación notarial.

²² En este mismo sentido, por poder ser incluso otro notario el que formalice la escritura pública, CABANAS TREJO, R., *op. loc. cit.*, pág. 73.

²³ Para estos mediadores concursales les será de aplicación la “Disposición Adicional Octava. Remuneración de los mediadores concursales. Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”.