

RESUMEN DE LAS CUESTIONES TRATADAS EN LA REUNIÓN DE LUNES 4.30 DE 25 DE MAYO DE 2015 RELATIVAS AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS CON EL REAL DECRETO-LEY, DE 27 DE FEBRERO DE 2015, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL

1.- INTRODUCCIÓN

2.- FASE INICIAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

3.- PUBLICIDAD DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO

4.- PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

5.-CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

6.- CONSECUENCIAS DE HABERSE ANOTADO EL INICIO DEL EXPEDIENTE DE MEDIACIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN REALIZADOS POR EL EMPRESARIO SOLICITANTE

7.- CONSECUENCIAS DE HABERSE ANOTADO EL INICIO DEL EXPEDIENTE DE MEDIACIÓN RESPECTO DE LOS ACREEDORES DEL DEUDOR

8.- COLISIÓN PROCEDIMIENTO DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL Y CONCURSO

9.- CUESTIONES RELATIVAS AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS APROBADO

10.- DIFERENCIAS REGISTRALES ENTRE ACUERDO DE PERSONA JURÍDICA Y DE PERSONA FÍSICA

1.- INTRODUCCIÓN

A través del Real Decreto-Ley, de 27 de febrero de 2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, se reforma el procedimiento para lograr el llamado “acuerdo extrajudicial de pagos” -que fue introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que añadió el Título X a la Ley 22/2003, de 9 julio, Concursal. Como gran novedad de este Real Decreto-Ley se permite el acceso a este procedimiento a toda persona física, empresaria o no. Por lo tanto, ya puede cualquier persona física aunque no sea empresaria acogerse al mismo.

El sobreendeudamiento personal y familiar es un problema social de primer orden, por ello quizás lo que más nos irá llegando a las oficinas serán acuerdos extrajudiciales de pagos de deudores personas físicas no empresarias.

2.- FASE INICIAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Las personas físicas sólo podrán instar el procedimiento ante el Notario del lugar del domicilio.

Las personas jurídicas podrán instar el procedimiento ante el Registrador Mercantil de su domicilio o ante la Cámara (cualquiera, ya que no se fija competencia sobre el domicilio).

La ley establece un criterio objetivo de distribución de competencias del siguiente modo:

Si el deudor es empresario o entidad inscribible es competente para iniciar el procedimiento el Registrador mercantil del domicilio del deudor.

Si el deudor es persona física empresario o persona jurídica empresaria podrá también acudir a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que hayan asumido funciones de mediación, y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España (esta posibilidad supone una novedad introducida con la reforma).

Si el deudor es persona natural no empresaria la solicitud deberá presentarse ante el Notario del domicilio del deudor.

Este expediente se inicia mediante instancia que debe dirigir el deudor instante al profesional competente, el cual se encargará de controlar la admisión de la solicitud y posteriormente proceder al nombramiento del mediador concursal para la tramitación del expediente.

Así pues, el Registrador, el Notario o la Cámara comprobarán que concurren en el deudor los requisitos necesarios para poder abrirse el procedimiento, así como que no se dan en el mismo ninguno de los supuestos de no admisión a los que se refiere el artículo 231 LC.

Incluyéndose como novedad la posibilidad de que si se advierte algún defecto, se concederá al deudor un único plazo de subsanación que no podrá exceder de cinco días. Además en caso de inadmisión, se prevé la posibilidad de volver a presentar una nueva solicitud. Así resulta del inciso final añadido al artículo 232.3 LC.

No entraremos en el análisis de los requisitos y presupuestos legales, sin embargo podemos destacar que la mayoría de estas circunstancias están referidas al deudor, y confirman que el procedimiento extrajudicial es concebido por la ley como un beneficio para deudores cuya trayectoria personal o empresarial denota credibilidad de cara a la conclusión de un acuerdo.

Como novedades de carácter formal o documental en la solicitud de apertura del acuerdo extrajudicial, distinguimos la introducción de un formulario normalizado de solicitud. Si bien este requisito no será exigible hasta la aprobación del modelo por el Ministerio de Justicia mediante Orden. Como resulta del artículo 232 LC y DT-1 RD ley 1/2015.

3.- PUBLICIDAD DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO

En este punto hay que partir del artículo 233.3 LC según el cual, "(...) *Una vez que el mediador*

concurzal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el "Registro Público Concursal". "4. Asimismo, dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social (...)" Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento".

La publicidad de la apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial se produce por las comunicaciones que debe realizar el Registrador mercantil, el Notario o la Cámara, ante quien se ha solicitado el inicio del expediente, a los Registros afectados de bienes (Registro de la Propiedad y Registro de Bienes Muebles), al Registro civil y al "Registro Público Concursal".

Brevemente recordamos que el Registro Público Concursal se configura como un Portal web, en el que se pone a disposición de los acreedores las diferentes resoluciones procesales, concursales y también los acuerdos extrajudiciales que nos ocupan, ordenados por fecha de publicación. El Registro Público Concursal depende del Ministerio de Justicia, que encomienda su gestión al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Su acceso es público, gratuito y permanente.

Como otra novedad de carácter formal destacamos que se suprime la publicación en el BOE de los acuerdos extrajudiciales de pagos aprobados y demás actos dictados a lo largo de la tramitación del acuerdo, como las sentencias de impugnación, el cumplimiento íntegro del acuerdo, etc. La publicidad de todos ellos queda reducida a su publicación en el Registro Público Concursal. Así se reconoce en los artículos 238, 239 o 241 LC

La ley obliga al Registrador, al Notario o a la Cámara a practicar una serie de comunicaciones:

- 1.- Comunicación de oficio de la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso. LA FECHA DE ESTA COMUNICACION ES IMPORTANTE A EFECTOS DE SUSPENSIÓN DE LAS EJECUCIONES.
- 2.- Comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.
- 3.- Comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social.
- 4.- Comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere.

* En caso de acuerdo extrajudicial de pagos de persona física ÚNICAMENTE se comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso

**Se plantea por qué no hay comunicación a los Ayuntamientos, ellos también tienen deudas con potenciales deudores instantes del proceso (Ibis, basura, multas, etc.).

4.- PRÁCTICA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

En relación a los Registros de bienes (Registro de la Propiedad y Registro de Bienes Muebles), el artículo 233.3 LC como hemos visto ordena la práctica de la preceptiva anotación preventiva 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.

El artículo 233 LC sólo habla de dar cuenta del hecho de que el mediador concursal acepte el cargo mediante certificación o copia del acta.

CUESTIONES QUE PLANTEAMOS

UNO.- ¿Que debería incluir la certificación o acta, cuyas circunstancias se haría constar en la correspondiente anotación?

La certificación en virtud de la cual se practicaría la anotación debería incluir la fecha y el contenido de la resolución registral o notarial o de la Cámara 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.

Parece que también debería constar la fecha de solicitud del nombramiento del mediador concursal, pues es la fecha a tener en cuenta para no anotar embargos posteriores a la misma, una vez practicada la anotación de apertura del procedimiento en el Registro de la Propiedad.

DOS.- ¿Sería necesario que se acreditase en la certificación o acta la práctica de todas las comunicaciones o sólo la comunicación al Juzgado competente para la declaración del concurso?

Quizá la más relevante sea esta última, ya que la fecha de esta comunicación es importante para el cómputo de la suspensión de las ejecuciones, siendo en consecuencia muy conveniente que la misma quedara recogida en el asiento de anotación.

TRES.- La certificación o copia del acta incluirá el inventario de todos los bienes o bien únicamente las fincas registrales, sin embargo se plantea lo siguiente, ¿y si en el Registro constan más bienes? ¿qué hacer? ¿anotar sobre todos o sobre los que lo piden?

Podría aplicarse por analogía el sistema que seguimos mayoritariamente con el concurso, esto es, anotar en las fincas concretas que señale el certificado o copia del acta, advirtiendo de la existencia de otras inscritas a favor del mismo titular, por si quieren incluirlas también.

CUATRO.- Si en Registro consta que la finca es vivienda habitual -en la actualidad las escrituras de constitución de hipoteca, las novaciones y las ampliaciones deben recoger la expresión o no de la habitualidad, y por tanto esta circunstancia será frecuente que conste en el asiento, ¿qué hacer en estos casos?

El artículo 232 LC dice que "*Cuando los cónyuges sean propietarios de vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro*".

En este caso, habría que calificar la legitimación del instante de la solicitud y exigir que en el procedimiento haya intervenido el cónyuge.

CINCO.- ¿Se puede extender al caso de que conste en el Registro que es vivienda habitual y sea propiedad de uno sólo con carácter privativo?

El artículo 232 LC se refiere al supuesto de que los dos cónyuges sean dueños, supuesto que necesariamente ha de exigir el consentimiento de ambos cónyuges copropietarios.

Se plantea si debería ser necesario que la solicitud fuera realizada por ambos cónyuges en el caso de

que la vivienda habitual que pueda verse afectada por el acuerdo perteneciera a uno solo de los cónyuges, por extensión del artículo 1320 Cc que dispone que *"Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial"*.

Frente a este criterio, se considera más razonable que no procede pedir el consentimiento del otro cónyuge para este procedimiento si la finca es propiedad únicamente del cónyuge deudor, aunque conste que es la vivienda habitual, sin perjuicio de que en el caso de que se llegue a un acuerdo con los acreedores que implique un acto de disposición sobre la vivienda habitual, sí sea necesario dicho consentimiento del cónyuge no titular para el otorgamiento del negocio jurídico de que se trate.

SEIS.- LIBRO DE INCAPACITADOS

Se plantea la duda de si, simultáneamente a la práctica de la anotación de inicio del acuerdo, procede extender algún asiento en el Libro de Incapacitados respecto del Empresario solicitante o de la Persona natural no empresaria.

Dado que en el Libro de incapacitados se hacen constar las personas físicas o jurídicas que se encuentran en situación de tener limitadas las facultades de disposición, y que este procedimiento limita dichas facultades, parece prudente anotar también en el Libro de Incapacitados.

SIETE.- PLAZO DE DURACIÓN DE LA ANOTACIÓN

A falta de previsión legal sobre el plazo de esta anotación y a pesar de que la tramitación del expediente y la suspensión de ejecuciones puede alcanzar una duración de tres meses, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 86 LH según el cual *"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 cuya duración es de cuatro años sin perjuicio de que la medida cautelar sea de seis o un año), nos lleva a concluir que la duración de tales anotaciones debe ser de cuatro años.

Quizás hubiera sido más razonable haber previsto un plazo específico de duración para estas anotaciones, mucho más breve que el general de cuatro años, atendiendo a la naturaleza del expediente.

5.-CANCELACIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

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 238.2 LC establece que *"(...) Por el notario o el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación 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(...)"*.

Por tanto, la ley prevé cuándo y por quién debe ordenarse la cancelación de la anotación practicada en caso de éxito del expediente.

Pero la ley no tiene regulación alguna para el supuesto de fracaso del expediente, bien por decisión propia del 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 nada se establece sobre el cierre del expediente ni sobre la cancelación de la anotación practicada en los Registros de bienes. En tanto dicha cancelación no se solicite, la anotación se mantendrá registralmente vigente hasta su vencimiento por caducidad.

Conforme a lo previsto en los artículos 236.4, 238.3 y 242 LC, en casos de no alcanzar un acuerdo, de no aprobación del plan de pagos propuesto o en caso de incumplimiento del mismo, la ley se limita a exigir 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, lo que se conoce en la propia ley como concurso consecutivo.

Aunque la ley utiliza el término “inmediatamente” tanto en la solicitud del mediador como en el acuerdo por parte del Juzgado competente, la realidad será otra, ya que la declaración de concurso y la práctica de la correspondiente anotación o inscripción de declaración de concurso, según que el auto sea o no firme, puede demorarse en el tiempo por muchos y muy diversos motivos.

Como consecuencia de ello, la vida registral de la anotación puede extenderse por plazo muy superior al de su efectividad, entorpeciendo el tráfico jurídico dando una publicidad ambigua sobre la verdadera situación de afectación del inmueble respecto a la insolvencia de su titular registral.

Desde un punto de vista de técnica registral podría haber sido acertada la solución de que la anotación de apertura de acuerdo extrajudicial de pagos quedase convertida en anotación o inscripción de concurso en virtud de testimonio del auto judicial declarando el concurso consecutivo del deudor, guardando para ésta 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.

6.- CONSECUENCIAS DE HABERSE ANOTADO EL INICIO DEL EXPEDIENTE DE MEDIACIÓN RESPECTO DE LOS ACTOS O NEGOCIOS JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE INSCRIPCIÓN REALIZADOS POR EL EMPRESARIO SOLICITANTE

Por lo que se refiere a los efectos que el inicio del expediente tiene para el deudor solicitante, la nueva regulación del artículo 235 LC viene a solucionar alguno de los puntos negros de la anterior regulación. Ha desaparecido la obligación de “abstenerse” de solicitar préstamos o créditos, la de devolver las tarjetas de crédito y la de no utilizar medios electrónicos de pago, y han sido sustituidas por la genérica obligación de “abstenerse” de realizar actos de administración y disposición que excedan de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

El deudor solicitante tiene limitadas sus facultades de administración y disposición, y desde el Registro de la Propiedad se velará por el cumplimiento de la limitación o prohibición legal de este artículo.

Practicada la anotación preventiva de inicio del expediente de mediación, no podrían acceder negocios jurídicos que excedieren del giro o tráfico de la actividad del deudor. Si bien no se establecen límites en el articulado en cuanto a la disposición de su vivienda habitual.

Aunque la ley no dice expresamente nada, podríamos entender que es necesario que el mediador concursal intervenga en todas las operaciones del deudor a los solos efectos de acreditar el carácter del bien transmitido, es decir, si se encuentra dentro del tráfico o giro de su actividad.

Esta intervención del mediador concursal funcionaría como garantía frente a los acreedores. Sin esta intervención la actuación del mediador concursal quedaría en papel mojado si durante la elaboración del plan de pagos, sin su conocimiento ni su consentimiento, el deudor pudiera enajenar libremente todo su patrimonio y además libre de carga o gravamen, aprovechándose de la imposibilidad legal de anotar los créditos ya en ejecución ni de iniciar nuevas ejecuciones.

En consecuencia, practicada esta anotación preventiva sólo podrían inscribirse aquellas escrituras que documentasen negocios jurídicos en las que compareciera el mediador concursal y en las que éste acreditase que los mismos se encuadran dentro del giro o tráfico propio de su actividad.

De este modo, practicada la anotación preventiva se cerraría el Registro a escrituras de venta, daciones de pago o negocios jurídicos de similar naturaleza, que pudiesen disminuir su activo, en detrimento de sus acreedores.

En relación con la constitución de hipotecas en garantía de créditos o préstamos, recordamos que la prohibición era expresa en la regulación anterior como hemos señalado. En la actual regulación no existe tal prohibición si bien la constitución de una hipoteca podría encuadrarse dentro de los actos que no son propios del giro o tráfico imprescindibles para la continuación de la actividad y por tanto no podría acceder al Registro. Parece que podría seguirse esta interpretación apoyándonos en el 235.2.b) LC al que nos referiremos posteriormente.

A modo de conclusión, parece pues que durante el breve periodo de tiempo que dura la negociación en este procedimiento no cabe realizar actos de administración y disposición que excedan de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad, por lo que no deberían ser objeto de inscripción tales actos de administración o disposición, salvo que conste de alguna manera que no exceden de los actos propios del tráfico de su actividad.

7.- CONSECUENCIAS DE HABERSE ANOTADO EL INICIO DEL EXPEDIENTE DE MEDIACIÓN RESPECTO DE LOS ACREEDORES DEL DEUDOR

UNO.- EJECUCIÓN ORDINARIA

En primer lugar, hay que atender al artículo 235.2.a) párrafo segundo LC que dispone que: *"Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante 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"*.

Este artículo obliga a cerrar el Registro a embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal. Salvo que se trate de embargos en garantía de créditos de derecho público (no sólo 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).

Hay que tener en cuenta esta fecha de la solicitud. Por tanto:

Si el decreto acordando el embargo es de fecha anterior a la fecha de presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, se podrá anotar el embargo.

Si el decreto acordando el embargo es de fecha posterior a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, no se podrá anotar el embargo.

En cuanto al plazo de SUSPENSIÓN DE EJECUCIONES, hay que diferenciar:

.- En acuerdo de persona jurídica, TRES meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente.

.- En acuerdo de persona física, DOS meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente, salvo que antes se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.

Por tanto, planteamos:

A) Respecto de los que SÍ se anotan, esto es, aquellos cuyo decreto acordando el embargo es de fecha anterior a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, o aquellos que ya están anotados con anterioridad en el Registro. Se suspende la ejecución hasta que transcurran tres o dos meses.

Durante este tiempo, en consecuencia, no podrá expedirse la certificación y hacerse constar por nota marginal, tratándose de ejecutivos ordinarios.

B) Respecto de los que NO se anotan, esto es, aquellos cuyo decreto acordando el embargo es de fecha posterior a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal.

Durante el plazo de tres o dos meses la ejecución estará suspendida, por lo que durante ese tiempo no será posible acordar un embargo, y no cabe anotar el embargo indebidamente acordado durante ese tiempo, aunque el mandamiento se vuelva a presentar después de ya transcurrido.

Llama la atención la disparidad de fechas a tener en cuenta para iniciar o continuar la ejecución judicial o extrajudicial y para anotar los embargos o secuestros, pues el artículo 235.2 LC establece que los acreedores no podrán iniciar o continuar la ejecución judicial o extrajudicial mientras se negocia el acuerdo extrajudicial y hasta un plazo máximo de tres o dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, mientras que la imposibilidad de anotar embargos o secuestros, una vez practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, se aplica a los posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal; parece, pues, que no podrán anotarse los embargos trabados durante el tiempo que media entre la solicitud de nombramiento de mediador concursal y la comunicación de la apertura de las negociaciones al Juzgado competente, cuando la suspensión del procedimiento se produce únicamente a partir de esta última fecha.

En cuanto a los créditos de derecho público no hay cierre registral, a diferencia de lo que ocurre en la regulación del concurso ordinario en la que sólo 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 (artículo 55.1 y 2 LC). Por tanto podrán extenderse anotaciones preventivas de embargo a favor de los Ayuntamientos, TGSS, AEAT, etc.

Sin embargo, como contrapartida es cierto que la ley prevé que en la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos se solicite el aplazamiento de los créditos públicos que no vayan a ser atendidos a sus vencimientos, de lo cual se deduce la intención del legislador por que las Administraciones Públicas acudan a esta vía, menos lesiva que la del apremio.

Así el artículo 236.2 in fine LC establece que “*También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, o al menos, las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.*”

DOS.- EJECUCIÓN GARANTÍAS REALES

En segundo lugar, en cuanto a los acreedores de crédito con garantía real, la nueva redacción que la ley da al artículo 235 LC, distingue si la garantía real recae sobre bienes o derechos, según sean o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o sobre su vivienda, en los siguientes términos:

1.- Si la garantía real recae sobre bienes o derechos que no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni son vivienda habitual, **PODRÁN INICIARSE** pero **SE PARALIZARÁN** las ejecuciones en marcha durante un plazo de tres meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración de concurso.

En caso de la garantía real más frecuente, la hipoteca, podría iniciarse el procedimiento de ejecución, pero una vez iniciado se paralizaría temporalmente.

De modo que constando la anotación de apertura de acuerdo extrajudicial sobre la finca objeto de la ejecución podría llegar a extenderse nota marginal de inicio del procedimiento de ejecución, la cual da publicidad en el Registro del inicio del procedimiento de ejecución hipotecario. Nos planteamos en este punto que, de forma análoga a lo que sucede en sede concursal según resulta de reiterada jurisprudencia de la DG, debería constar expresamente en el mandamiento ordenando la expedición de certificación a efectos de que ejecución, que la finca en cuestión no es necesaria para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni es la vivienda habitual.

Podrá extenderse nota 688 LEC, pero no podrá inscribirse un decreto de adjudicación en tanto no pasen tres meses o dos meses desde la fecha de la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente.

Se plantean una serie de cuestiones, ¿quién debe pronunciarse acerca de que no es vivienda habitual o de que no es necesario para la continuación de la actividad profesional o empresarial? ¿se incluirá en el mandamiento que ordena la nota del 688 LEC una manifestación del mediador concursal? Cómo sería esta manifestación, ¿a través de un acta notarial o bastaría instancia con firma legitimada ante Registrador?

2.- Si la garantía real recae sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o sobre su vivienda habitual, **NO PODRÁN INICIARSE Y SE PARALIZARÁN** las ejecuciones hipotecarias en marcha durante un plazo de tres meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración de concurso.

No podrá extenderse nota 688 LEC, ni inscribirse un decreto de adjudicación en tanto no pasen tres meses o dos meses desde la fecha de la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente.

*INCIDENCIA DEL ARTICULO 135 LH.

En cuanto las comunicaciones que debe realizar el Registrador a los juzgados en que haya procedimientos en ejecución según se ordena en el artículo 135 LH, hay que tener en cuenta que el Registrador vendrá obligado en consecuencia a comunicar a estos juzgados la práctica de la anotación de un acuerdo extrajudicial, a los efectos de la suspensión de las ejecuciones.

DOS BIS.- Otra interpretación en relación a los efectos de la iniciación del expediente para los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, en base al artículo 235.2.a) LC:

- Regla general: los acreedores no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres/dos meses. Se trata de las ejecuciones ordinarias.

Por ello, practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en el Registro de la Propiedad, 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.

En consecuencia, si consta anotado un embargo con anterioridad, y salvo que sea acreedor de derecho público, durante el indicado plazo no podrá extenderse la certificación y nota marginal de expedición de la misma.

- Excepción uno: los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Estos acreedores hipotecarios podrán iniciar y continuar la ejecución judicial o extrajudicial.

- Excepción dos: los acreedores de créditos con garantía real, que recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o sobre su vivienda habitual. Estos acreedores hipotecarios podrán ejercitar la acción real, pero, una vez iniciado el procedimiento, queda paralizado durante los plazos previstos anteriormente señalados.

Si se solicita la certificación y extensión de la correspondiente nota marginal en un procedimiento de ejecución hipotecaria, podrá despacharse, haciendo constar en la certificación la existencia de la anotación de la apertura del procedimiento, de manera que la Autoridad Judicial ante la que se sigue la ejecución hipotecaria decidirá si procede paralizar la ejecución o continuar con ella, según que los bienes o derechos hipotecados sean o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o se trate o no de su vivienda habitual. Si llega el Decreto de adjudicación, tramitado durante el plazo de tres/dos meses en cuestión, deberá constar en él la consideración de los bienes o derechos hipotecados como no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni su vivienda habitual, que justifica la continuación del procedimiento ejecutivo y su no paralización.

TRES.- OTRAS CUESTIONES

El artículo 235 LC también regula en su apartado 2.b) que "*Los acreedores deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar su situación respecto del deudor común*".

Este artículo puede interpretarse en el sentido de que probablemente no cabría una cancelación total o parcial de hipoteca por carta de pago, ni una ampliación de la garantía hipotecaria a otros bienes, ni una constitución de hipoteca para garantizar un crédito ordinario, etc.

El artículo 235 LC también regula en su apartado 4 que "*El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del*

deudor en perjuicio del ejecutante".

Así pues, por un lado la negociación de un acuerdo extrajudicial de pagos no afectará a las garantías personales de que el acreedor disponga, por tanto podrá ejercitarlas siempre que hubiera vencido el crédito; por otro lado, los garantes no podrán oponer la solicitud del deudor del expediente acuerdo extrajudicial de pagos en perjuicio del ejecutante.

Esto supondrá que hay vía libre a las ejecuciones frente a fiadores o avalistas.

8.- COLISIÓN PROCEDIMIENTO DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL Y CONCURSO

El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial de pagos no podrá ser declarado en concurso en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis. 5 LC.

El artículo 5 bis. 5 LC dispone que "Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia".

En consecuencia, practicada la anotación preventiva de inicio del expediente de mediación y en tanto no transcurra ese período de tiempo, nunca podría declararse el concurso, ni obviamente llegar a practicarse en el Registro de la Propiedad una inscripción o anotación de declaración de concurso.

9.- CUESTIONES RELATIVAS AL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS APROBADO

El acuerdo extrajudicial de pagos aprobado se eleva a escritura pública y estará a disposición de los acreedores interesados en la Notaría, el Registro Mercantil o la Cámara de comercio, según los casos.

El contenido del acuerdo puede comprender:

.-Esperas y quitas

.-Cesiones de bienes a acreedores

Como ya hemos adelantado anteriormente en caso de aprobación del plan de pagos, la consecuencia registral inmediata de la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos es que se cancelará la anotación de apertura del expediente en virtud de certificación o copia que remitirá el Notario, el Registrador mercantil o la Cámara de Comercio, respectivamente, a los Registros de la Propiedad y de Bienes Muebles, donde conste extendida.

Parece que para cancelar la anotación del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, basta la certificación del hecho de haber llegado a un acuerdo, sin que sea necesario que simultáneamente se inscriba lo que deriva de su contenido (por ejemplo una dación en pago).

Los negocios jurídicos en que se concreten los acuerdos alcanzados deberán ser otorgados en el título correspondiente, con los consentimientos necesarios, y serán objeto de inscripción registral (si

tienen trascendencia real y/o por su contenido son susceptibles de acceso al Registro) si y cuando se presente el título correspondiente.

Por tanto, en relación con las cesiones de bienes, el propio acuerdo extrajudicial elevado a escritura pública, no sería suficiente para inscribir la cesión, sería necesario el otorgamiento de la pertinente escritura pública en la cual concurrieran deudor cedente y acreedor cesionario.

Hay que tener en cuenta además que el artículo 236 LC pone límites a los bienes que se pueden incluir en la cesión y los que no, ya que dispone que "*Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional*".

Se considera que sería el propio mediador bajo su responsabilidad quién debiera hacer una manifestación expresa en la escritura de la pertinencia de su inclusión.

EFFECTOS DEL ACUERDO APROBADO PARA EL ACREEDOR HIPOTECARIO

El acreedor hipotecario queda incorporado al acuerdo y debe ser convocado por el mediador concursal suprimiéndose la necesidad de solicitud expresa para su incorporación voluntaria del artículo tal y como venía recogida con anterioridad en el apartado cuarto del artículo 234 LC, el cual ha sido suprimido con el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero.

En cuanto a los efectos del acuerdo aprobado para el acreedor hipotecario, todavía se mantiene cierto trato preferencial frente al resto de acreedores, pero muy limitado y concretado en la parte de su crédito que quede cubierto por el valor del bien en garantía.

Los efectos que el convenio tiene para los créditos hipotecarios se establecen en el nuevo artículo 238 bis LC. De una primera lectura de dicho artículo se desprende que:

- el acreedor hipotecario que hubiera votado a favor del acuerdo extrajudicial de pagos se verá afectado y vinculado por el mismo en su totalidad;
- el acreedor hipotecario que no hubiera votado a favor del acuerdo, no quedará vinculado ni afectado por el mismo respecto de la cuantía de su crédito que no exceda del valor de la garantía, pero en la parte de crédito que exceda del valor de la garantía quedará vinculado, como uno más de los acreedores afectados por los acuerdos adoptados. No obstante, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: siempre que se hubieran aprobado con las mayorías reforzadas exigidas en este caso del 65% (medidas del apartado 1 del artículo 238 LC) y del 80% (medidas del apartado 2 del artículo 238 LC) frente a las mayorías ordinarias del 60 y 75% del mismo artículo 238 LC.

Debe tenerse en consideración que con la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, el acuerdo extrajudicial de pagos puede extenderse a los acreedores con garantía real, aunque no hayan consentido, como regula el artículo 238 bis 3 LC. Se exige para ello que una mayoría del 65 o 80% de esta clase de acreedores vote en favor del acuerdo. Sin embargo esto puede llegar a constituir un imposible, porque en la insolvencia del deudor consumidor es lo más probable que sólo exista un acreedor con garantía real, por lo que no podrá formarse en su contra una mayoría dentro de la misma clase.

CONSECUENCIAS REGISTRALES EN CASO DE LLEGAR A ACUERDO EXTRAJUDICIAL

El acuerdo alcanzado en "mediación concursal" extingue la acción ejecutiva, esto es, los acreedores afectados por el acuerdo no podrán iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente (artículo 240.1 LC).

En línea a la extinción de la acción ejecutiva, la ley permite al deudor solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del secretario que los hubiera acordado (artículo 240.1 LC). De esta manera, al Registro de la Propiedad o de Bienes Muebles llegarían mandamientos ordenado la cancelación de estos embargos.

10.- DIFERENCIAS REGISTRALES ENTRE ACUERDO DE PERSONA JURIDICA Y DE PERSONA FÍSICA

1) Gratuidad del procedimiento en caso de acuerdo de personas físicas no empresarios, ya que según queda recogido en el artículo 242 bis. 4.º LC "*Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna*".

2) En acuerdo de persona jurídica, la comunicación de inicio del expediente se extiende al: Juez, Registro civil, Registro público concursal, Agencia Estatal de la Administración tributaria, Tesorería General de la Seguridad Social y representantes de trabajadores.

En acuerdo de persona física, la comunicación de inicio del expediente se limita al Juez.

3) En acuerdo de persona jurídica, no hay plazo para nombramiento y aceptación de mediador concursal.

En acuerdo de persona física, hay plazo para nombramiento (5 días) y aceptación de mediador concursal (5 días), si no llevase el Notario las negociaciones.

4) En acuerdo de persona jurídica, el plazo para comprobar la existencia y la cuantía créditos y para realizar la convocatoria entre deudor y acreedores será de 10 días desde la aceptación de mediador.

En acuerdo de persona física, el plazo para comprobar la existencia y la cuantía créditos y para realizar la convocatoria entre deudor y acreedores será de 10 días desde aceptación de mediador, si hay mediador, o 15 días si fuere Notario el mediador.

5) En acuerdo de persona jurídica, la reunión se celebrará a los 2 meses de aceptación del mediador.

En acuerdo de persona física, la reunión se celebrará a los 30 días de su convocatoria.

6) En acuerdo de persona jurídica, el mediador remitirá a los acreedores una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, con una antelación mínima de 20 días naturales.

En acuerdo de persona física, el mediador remitirá a los acreedores una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, con una antelación mínima de 15 días naturales.

Alicia M^a de la Rúa Navarro
Inmaculada García Fabra