

FACULTAD DE DERECHO  
TRABAJO DE FIN DE GRADO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO MERCANTIL  
CURSO 2018/19  
Mayo 2019

**EL ARTÍCULO 242 BIS LC:  
ESPECIFICIDADES DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS DE  
PERSONAS NATURALES NO EMPRESARIOS**

Autor

MARIO CÓRDOBA GALÁN

Tutor

JOSÉ MARÍA MAYOR CIVIT

## ABREVIATURAS

**AC:** Administrador Concursal

**AEP:** Acuerdo Extrajudicial de Pagos

**ART/s:** artículo/s

**BEPI:** Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho

**CC:** Código Civil

**CCom:** Código de Comercio

**DA:** Disposición Adicional

**ID vLex:** fuente extraída de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es>

**JPI:** Juzgado de Primera Instancia

**LAE:** Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización

**LC:** Ley Concursal

**LEC:** Ley de Enjuiciamiento Civil

**Ley 5/2012 de MACM:** Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

**LGSS:** Ley General de la Seguridad Social

**LSO:** Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social convalidada por el Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

**MC:** Mediador Concursal

**NIF:** número de identificación fiscal

**OJ:** Ordenamiento Jurídico

**Ppio:** principio

**RC:** Registro Civil

**RM:** Registro Mercantil

**RRM:** Reglamento del Registro Mercantil

**RP:** Registro de la Propiedad

**RPC:** Registro Público Concursal

**SS:** Seguridad Social

**TFG:** Trabajo de Fin de Grado

## ÍNDICE

<b>1. Introducción</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Contexto económico y normativo del AEP y su evolución</b> .....	<b>7</b>
2.1 Contextualización general.....	7
2.2 Íter legislativo.....	7
2.3 Por qué instaurar este procedimiento.....	9
<b>3. El AEP general frente al AEP especial de persona física no empresaria ..</b>	<b>10</b>
3.1 Visión normativa .....	10
3.2 Especificidades del AEP para personas naturales no empresarias.....	11
3.2.1 Requisitos subjetivos (beneficiarios) .....	11
3.2.2 Requisitos objetivos (pasivo) .....	12
3.2.3 Momento temporal en que deben concurrir estos requisitos.....	12
3.2.4 Supuestos excluidos .....	15
<b>4. Inicio de la tramitación del procedimiento para la adopción del AEP.....</b>	<b>16</b>
4.1 El notario como órgano competente .....	16
4.1.1 El turno obligatorio .....	17
4.2 El Registrador Mercantil como órgano competente .....	19
4.3 Las Cámaras de Comercio como órgano competente .....	19
<b>5. Presentación de la solicitud del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.....</b>	<b>20</b>
5.1 Legitimación.....	20
5.2 Postulación procesal .....	21
<b>6. Profesionales intervinientes en el procedimiento .....</b>	<b>23</b>
6.1 El mediador concursal .....	23
6.1.2 Requisitos subjetivos e inscripción en el Registro de Mediadores .....	24
6.1.2 La aceptación del cargo de mediador .....	25
6.1.3 Las funciones del mediador .....	27
6.2 El notario como mediador .....	28
<b>7. De la adopción del AEP .....</b>	<b>31</b>
7.1 Mayorías necesarias para la adopción del AEP.....	31
7.2 Efectos del inicio del AEP .....	31
7.2.1 Efectos para el deudor.....	32
7.2.2 Efectos para los acreedores .....	33
7.2.3 Plasmación concreta de los efectos .....	34
<b>8. El AEP de cara al BEPI.....</b>	<b>36</b>
8.1 La buena fe del deudor.....	37
8.2 Formas de obtención del BEPI.....	39
8.2.1 La obtención automática ex art. 178bis.3.4 LC .....	39
8.2.2 La obtención diferida ex art. 178bis.3.5 LC.....	40
<b>9. Conclusiones.....</b>	<b>43</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>45</b>
<b>Jurisprudencia .....</b>	<b>47</b>
<b>Normativa .....</b>	<b>47</b>

## **1. Introducción**

El año 2007 se produjo el quebranto económico a nivel mundial más importante y con más incidencia del sistema capitalista contemporáneo. Nuestra sociedad fue testigo de cómo el sistema financiero se derrumbaba por completo, sepultando bajo sí gran parte de la economía española.

Encontramos un elevado número de operadores del mercado que vieron imposibilitada su subsistencia, con independencia de su tamaño. Ello puso de relieve las deficiencias de la Ley Concursal, pues todos aquellos debieron acudir a ésta.

Pero otro factor, no solo ignorado sino también fomentado hasta el momento salió a la luz: el altísimo nivel de endeudamiento de las personas físicas y consumidores.

Encontramos que los poderes públicos debían dar respuesta legislativa, entre otros aspectos, a dos grandes problemas: por un lado, un gran colectivo de emprendedores vieron frustrados sus proyectos, quienes impulsados por los incentivos que el propio mercado les proporcionaba, emprendieron una actividad económica por cuenta propia, sin que la inversión pudiera ser amortizada o simplemente el declive de los ingresos por la quiebra de los mercados supuso el fin de la rentabilidad de su actividad.

Por otro lado, un elevadísimo grupo de quienes habían sido trabajadores por cuenta ajena, que se vieron afectados por las reestructuraciones de personal que sus empresas empleadoras se vieron obligadas a efectuar, debido a las mismas causas económicas. De un día para otro, se encontraron sin ingresos y con unos gastos familiares que no podían satisfacer.

En cierto modo, aquellos disponían de instrumentos, aunque con el tiempo se demostró que claramente deficientes, para tratar de solucionar esta situación. Sin embargo, no era así para el caso de éstos.

Finalmente, en 2015 y tras varios cambios en la LC y varios intentos de incorporación de otros mecanismos, apareció la Segunda Oportunidad para personas físicas, una adaptación del procedimiento concursal vigente que trata de dar solución a ambos problemas.

Un mecanismo cuyo fin es, a título principal, el dar una vía de escape, una segunda oportunidad propiamente dicha a aquellas personas quienes cargaban con un nivel de endeudamiento del que, de buenas a primeras, sería imposible que pudieran liberarse, suponiendo un obstáculo para el resurgir económico que vagamente relucía al final del túnel.

Con este propósito se aprueba la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social convalidada por el Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introduce un régimen concursal para las personas físicas no empresarias, hasta el momento inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

Este procedimiento, cuyo fin es eliminar por completo el endeudamiento del mismo mediante la inclusión de la figura del BEPI, no podía dejar de lado el principio de proporcionalidad que rige nuestro Ordenamiento, por lo que en *pro* de mantener un equilibrio, extiende la fase preconcursal del AEP para estos supuestos, salvaguardando así los intereses de los acreedores y haciéndolo preceptivo para optar a la exoneración.

De manera que, el objetivo es la exoneración, siempre que la reestructuración no sea posible. Objeto de estudio del presente será, concretamente, las adaptaciones del Título X de la LC del Acuerdo Extrajudicial de Pagos para el caso de los no empresarios, recogidas en un único artículo: el 242 bis.

Para ello, contextualizaremos la época inmediatamente anterior a su aprobación, recordando la situación económica que atravesábamos y los mecanismos que nuestro Ordenamiento preveía como posibles soluciones. Así, haremos un breve recorrido por la evolución legislativa de estos mecanismos, poniendo de relieve algunas deficiencias a las que la LSO ha tratado de dar respuesta y haciendo un análisis de la fase preconcursal que ésta prevé para las personas naturales no empresarias, desde el inicio de la solicitud y los requisitos necesarios para su instancia, así como el procedimiento para su adopción, los efectos que ello conlleva y la incidencia que el AEP tiene en la posterior fase judicial.

Debido a la novedad del procedimiento la principal dificultad a la hora de estudiar la materia ha sido la escueta bibliografía al respecto y la falta de aportaciones que éstas proporcionan, pues la gran mayoría se reducen al parafraseo de los preceptos legales en cuestión.

De modo que, dada esta deficiencia bibliográfica, y como consecuencia de tener la oportunidad de aplicar el procedimiento en la práctica al realizar personalmente prácticas académicas en un despacho especializado en los concursos de persona física, me he tomado la libertad de tratar de hacer algunas aportaciones derivadas de la –escuetísima- práctica profesional. Si bien la corta experiencia impide hacer un análisis crítico en su plenitud, sí permite hacer apuntes, matices o aclaraciones de lo que se dice sobre el papel y lo que la práctica refleja.

Por lo que, lejos de tratar de solucionar las deficiencias de este procedimiento, con el estudio de la materia se pretende hacer un análisis normativo y doctrinal de la cuestión, contrarrestado con la humilde ilustración de su aplicación práctica, pues son muchas las lagunas legales que existen al respecto, y que deben ser cubiertas con urgencia.

El mecanismo de la Segunda Oportunidad se ha mostrado altamente efectivo, si bien la falta de conocimiento debido, por un lado, a las modificaciones del procedimiento concursal general, y la inclusión y adaptación del concurso de acreedores de persona física, ha supuesto que los profesionales necesariamente intervinientes no supieran, en muchos casos, como actuar.

Ello ha frenado y dificultado su tramitación, si bien, después de casi 4 años desde su implantación su aplicación e interpretación se va armonizando y homogeneizando, aspecto que se pretende plasmar en las siguientes páginas.

Con todo ello, espero que disfruten de su lectura y que, en la medida de lo posible sirva, si no para extraer posibles soluciones aplicables, para hacerse una idea de la realidad práctica de su aplicación en contraposición con lo regulado por la norma.

Espero sea de agrado y, sobre todo, de utilidad.

## **2. Contexto económico y normativo del AEP y su evolución**

### **2.1 Contextualización general**

Para entender y comprender las especificidades del procedimiento extrajudicial para la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos para personas naturales no empresarias, debemos empezar por analizar la primera figura que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico orientado a tal fin y el motivo de su instauración, así como los cambios que ha ido incorporando desde entonces.

Esto se produjo con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización<sup>1</sup>. Nos encontramos en un momento en que España se encontraba sumergida en una profunda crisis económica y una gran cantidad de emprendedores habían fracasado económicamente, cargando con un elevado nivel de deuda que no podían soportar ni, por supuesto, hacer frente.

Esto supondría que todos ellos habrían de cargar con un pasivo imposible de satisfacer, lo que conllevaría que no volverían a reemprender una actividad económica por cuenta propia, bien porque no serían capaces de liberarse de tal losa o, porque tras haberlo conseguido, no volverían intentarlo.

Posteriormente, en 2015, y tras la observancia de que este problema no afectaba solo a los emprendedores, sino que se extendía también a las personas físicas no empresarias; consumidores y usuarios, el Real Decreto 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, introdujo las especificidades del concurso de acreedores de personas físicas en la LC.

### **2.2 Íter legislativo**

La LC 22/2003 unificó todos los procedimientos concursales de nuestro ordenamiento y puso fin a la tradicional distinción entre las quiebras de comerciantes y concursos de no comerciantes, optando por un sistema de unidad<sup>2</sup>.

Pero para instar este procedimiento, uno de los requisitos exigidos era la inscripción en el Registro Mercantil, por lo que la persona natural no empresaria no

---

<sup>1</sup> Para personas físicas empresarias, pero no para naturales no empresarias.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor; BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro; DÍAZ REVORIO, Enrique. “El concurso de acreedores de la persona física, con especial atención a la mediación concursal y a la Ley de Segunda Oportunidad”. Editorial Wolters Kluwer. Madrid. 2016, pág. 21

podía acceder al mismo. Esta reforma de la LC se aprobó en una época de bonanza económica al principio del s.XXI, cuando se pensaba que en un escenario de globalización no se producirían crisis en el sistema financiero y económico, desoyendo el legislador a las recomendaciones de algunas instituciones europeas que advertían de las peculiaridades del sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de abordar esas situaciones de insolvencia en el marco de una legislación que combinara elementos civiles o mercantiles, así como factores sociales, culturales y económicos propios del sobreendeudamiento<sup>3</sup>.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización crea el nuevo Título X de la LC: Acuerdo Extrajudicial de Pagos. Se introduce aquí una fase preconcursal para la adopción de un AEP en la que interviene un profesional externo: el mediador. El objetivo principal era evitar la declaración de concurso que acabe en liquidación, dando una oportunidad al deudor a hacer frente a sus obligaciones contraídas con los acreedores sin que ello suponga poner fin a su actividad profesional<sup>4</sup>.

Pero el acuerdo extrajudicial no estaba al alcance de cualquier deudor, sino únicamente de aquellos que cumplan los requisitos legales:

- i. Que cumplan con la condición de empresarios o asimilados,
- ii. Personas jurídicas o naturales que ejerzan actividades profesionales o asimilados en Seguridad Social o autónomos,
- iii. Con un límite de 50 acreedores y
- iv. Estimación de activo y pasivo no superior a cinco millones de euros.

Finalmente la LSO excluye los dos primeros requisitos, legitimando a las personas naturales no empresarias a instar el procedimiento extrajudicial para la adopción de un AEP y el ulterior concurso consecutivo en caso de imposibilidad de cerrar la fase extrajudicial, con la intervención de un mediador concursal legitimado

---

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, José María. “Concurso de personas físicas y problemas inmobiliarios. Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”. Observatori DESC, septiembre 2009. [www.descweb.org](http://www.descweb.org)

<sup>4</sup> MARTÍN MOLINA, Pedro B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José M<sup>a</sup>, LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup> Antonia. “La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas”. Madrid. Editorial Dykinson. 2014, pág. 409

para solicitar el concurso del deudor si no ha sido posible aceptar un AEP o, una vez adoptado y a lo largo de la vida del mismo, no ha sido posible su cumplimiento.

Esta última reforma equipara el procedimiento concursal de persona física y de persona jurídica prácticamente en su totalidad, con algunas especificidades que serán objeto de estudio posterior.

De manera que en los últimos años los concursos de personas físicas están en auge, como consecuencia sobre todo de dos reformas legislativas; la mencionada LSO que faculta a la persona natural instar el procedimiento extrajudicial para la adopción de un AEP y el posterior concurso; y la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio, por la cual se le atribuye competencia objetiva a los juzgados de Primera Instancia para conocer de los concursos de las personas físicas no comerciantes.

### **2.3 Por qué instaurar este procedimiento**

Como claramente se expresa en la exposición de motivos de la LSO<sup>5</sup>, el procedimiento concursal de personas físicas no empresarias se instaura con la finalidad de contribuir a un bien económico común, del conjunto de la sociedad y no únicamente al deudor, aun que el objetivo sea la exoneración de las deudas cuando sea insolvente (como también dice claramente el citado párrafo).

De modo que el mecanismo de la segunda oportunidad se configura como una limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal del 1.911 CC<sup>6</sup>, equiparando el principio de limitación de responsabilidad en las personas jurídicas a favor de las personas físicas con la finalidad de permitir la viabilidad económica del deudor<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo.” Exposición de motivos LSO, párrafos 3º y 4º.

<sup>6</sup> Artículo 1911CC. Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

<sup>7</sup> ADAN, Federico et al. “La Segunda Oportunidad de las Personas Físicas: su aplicación práctica”. Barcelona. Editorial Vlex, 2018

Pero por otro lado, la principal exigencia del art. 178 bis 3 LC para la exoneración es la concurrencia de buena fe por parte del deudor, no solo durante la tramitación del concurso, sino también anterior a la declaración del mismo. Es decir, en la fase preconcursal en la que se encuentra el AEP.

Este precepto considera necesario para que concurra buena fe que el deudor “*haya celebrado, o al menos, haya intentado celebrar un AEP*”<sup>8</sup>. De manera que, para la consecución del Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho (BEPI), será necesario intentar adoptar un plan de pagos.

En este sentido, si el objetivo del mecanismo de la segunda oportunidad es la exoneración del pasivo el cual el deudor es incapaz de hacer frente como consecuencia de su situación de insolvencia siempre que concurra por su parte buena fe, el máximo indicador de ésta es el intento de adoptar una forma de pago viable a su situación económica en el momento de la adopción del mismo, instando a las entidades acreedoras a conceder quitas y/o esperas para cobrar su crédito en atención a las nuevas circunstancias económicas del deudor.

De manera que el principio inspirador del AEP por el cual el mismo es de naturaleza voluntaria para el deudor pero obligatorio para los acreedores quedaría en entredicho, pues la adopción o el intento de adopción conlleva por un lado la constatación de la buena fe<sup>9</sup>, siempre que exista una verdadera intención de negociar y no sea una mera solicitud formal, lo que conllevaría no solo la falta de buena fe, sino también un fraude de ley; y por otro lado la situación en una situación “privilegiada” del deudor respecto a la solicitud de la exoneración<sup>10</sup>.

### **3. El AEP general frente al AEP especial de persona física no empresaria**

#### **3.1 Visión normativa**

El Título X de la LC correspondiente a los arts. 231 a 242bis, es decir, el último del texto normativo, se destina a la regulación de las condiciones para la adopción del AEP. En este sentido, los arts. 231 a 242 LC establecen un régimen general para su adopción por parte de personas jurídicas así como de personas naturales empresarias, mientras que el art. 242bis establece un régimen específico

---

<sup>8</sup> Art. 178 bis 3 apartado 3º.

<sup>9</sup> Vid. Infra apartado 8.1 de la buena fe

<sup>10</sup> F. ADAN, o.c., pág. 52-53

para las personas naturales no empresarios. Se trata de “especificidades”, de manera que no es una regulación propia, sino la enumeración de las especificidades respecto al régimen general. Cuestión relevante pues en virtud del ppio. de especialidad será de aplicación preferente cuando se trate de personas naturales no empresarios<sup>11</sup>.

De aquí se desprende pues, para determinar la aplicabilidad del régimen general o especial, la consideración o no de persona física no empresario por parte del deudor que insta el procedimiento. Ello supone la necesidad de determinar los criterios a seguir para la calificación del deudor como uno u otro, así como el momento temporal en que deben ser tenidos en cuenta.

### **3.2 Especificidades del AEP para personas naturales no empresarias**

Como hemos indicado, la aplicación del régimen general del AEP de los arts. 231 y ss. LC o el régimen especial del art. 242bis dependerá de la concurrencia de una serie de requisitos objetivos y subjetivos, que calificarán la condición del deudor y determinarán el régimen aplicable.

#### **3.2.1 Requisitos subjetivos (beneficiarios)**

Los requisitos subjetivos que deben concurrir son los que mayor dificultad presentan. Se desprenden del propio título del art. 242bis, así como el apartado primero donde introduce las reglas para el AEP de las *personas naturales no empresarias*.

El primero de ellos, ser persona natural (o física), frente a la persona jurídica que quedaría excluida, no plantea especiales problemas si no es en contraposición con las que discute si tienen o no personalidad jurídica<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Regulación y aspectos problemáticos de la segunda oportunidad para personas físicas no empresarias”. ID vLex nº 731199653

<sup>12</sup> A. SERRANO DE NICOLÁS, o.c., pág.36: para el autor, se incluirían las comunidades de bienes, al margen de que tengan o no NIF salvo que realicen operaciones típicas de empresario, en cuyo caso quedarían excluidas, a lo que debería de sumarse la posible consideración de los comuneros como autónomos, lo que también los excluiría. Frente a ello, queda inicialmente excluida la sociedad civil, pues como regla general tiene personalidad jurídica, al margen de que por su actividad, pueda ser una sociedad mercantil irregular, por lo que también la excluiría, junto a que los socios puedan considerarse autónomos.

Más discutible es cuando se es o no empresario. Para ello, hemos de acudir al art. 231.1 segundo párrafo LC donde proporciona un concepto autónomo de empresario. A tal efecto, considera empresarios personas naturales:

- a) Aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil;
- b) Aquellos que ejerzan actividades profesionales
- c) Aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación de la SS
- d) Los trabajadores autónomos

En este sentido, podrán acudir al AEP las personas naturales no empresarios siempre que no concurra ninguna de las causas de denegación que prevé el art. 231.3 LC<sup>13</sup>.

### **3.2.2 Requisitos objetivos (pasivo)**

El aspecto objetivo es más fácil de determinar, pues el art. 231 LC únicamente exige el pasivo no supere los 5 millones de euros. Cuestión relevante, como veremos a continuación, es el momento de la estimación del mismo.

### **3.2.3 Momento temporal en que deben concurrir estos requisitos**

Respecto a los requisitos objetivos, la redacción del art. 231.1 LC parece no dar lugar a dudas, pues exige que “la estimación inicial del pasivo no supere los 5 millones de euros”, por lo que el momento para determinarlo será al de instar el AEP. Por lo que podrían darse casos en los que el pasivo superara esta cifra como consecuencia de discusión sobre liquidación de intereses abusivos, cláusulas suelo o nulidad de swaps, por ejemplo, o por el mero desconocimiento de alguna deuda, sin ánimo fraudulento.

Además, en la aplicación práctica nos encontramos con un problema añadido a este extremo para el cual la ley tampoco prevé solución. Los concursos de persona física no resultan especialmente atractivos para los mediadores concursales, por lo

---

<sup>13</sup> Vid infra apartado 3.2.4, supuestos excluidos del AEP.

que nos encontramos con deudores a los que no se le ha asignado mediador concursal tras rechazar el cargo cinco, seis o siete mediadores<sup>14</sup>.

En estos casos, se solicita la apertura de concurso consecutivo en virtud del apartado 10º del art. 242bis.1 LC y se nombra Administrador concursal, y será en estos momentos cuando se haga el llamamiento a los acreedores para que dispongan de su crédito. De manera que, tenemos un deudor que en el Acta notarial ha declarado un pasivo conforme a los datos actualizados en el momento de la preparación para su firma, pero no es hasta pasados cinco, seis o hasta siete<sup>15</sup> meses que los acreedores disponen de su crédito. En este periodo de tiempo, se devengan infinidad de intereses (en muchos casos abusivos) y/o recargos, vencen impagadas otras deudas, etc. lo que supone que el montante que se declaró adeudado, y por el que finalmente se resolverá el concurso, puede verse considerablemente aumentado<sup>16</sup>.

Tal circunstancia parece tener difícil solución, pues obviamente la disposición del crédito por parte de los acreedores y su determinación concreta ha de producirse una vez iniciado el procedimiento, pues hacer este llamamiento a los acreedores antes de su inicio, es decir, acudir a la notaría habiendo solicitado ya a los acreedores que dispongan de su crédito determinando una cuantía exacta y fija resultaría especialmente peligroso por el hecho de que éstos conocerán las intenciones del deudor, peligrando los efectos que supone el inicio de las negociaciones que veremos más adelante.

Una opción podría ser, por ejemplo, una vez instada la solicitud al Notario éste, previamente al requerimiento de nombramiento de MC o de la remisión de la propuesta de AEP por el propio Notario<sup>17</sup>, hacer un llamamiento a los acreedores para que determinen su crédito, constanding así en documento público la cuantía

---

<sup>14</sup> Por otro lado, encontramos notarías que se autoimponen la política de cerrar el Acta automáticamente tras el nombramiento de X mediadores (normalmente entre 3 y 5), sin tener en cuenta la voluntad del deudor. Pongamos el caso de que tiene una vivienda familiar gravada por una garantía hipotecaria por lo que le interesa cerrar el procedimiento en la fase extrajudicial; se le excluye la opción de negociar el AEP y muy probablemente pierda su vivienda.

<sup>15</sup> Es cierto que estos plazos se han ido reduciendo precisamente por la mencionada práctica de las notarías de cerrar el Acta si X mediadores son han aceptado el cargo, si bien este extremo no conduce a solucionar este aspecto por cuanto se obliga al deudor a prescindir de la fase preconcursal.

<sup>16</sup> Debemos tener en cuenta que en muchas ocasiones, habrán uno o varios créditos con intereses leoninos de todo punto desorbitados.

<sup>17</sup> Vid. Infra apartado 6.2 del notario como mediador.

exacta por la que se tramitara tanto la fase concursal como preconcursal<sup>18</sup>. En tal caso, lo más sensato sería que los efectos del inicio de las negociaciones se extendieran a este momento temporal.

Sin embargo, esto dilataría el conjunto del procedimiento, y plantearía el problema de qué pasa con los acreedores que no acudieran a este llamamiento. Obviamente habría que dotarlo de efectos “coercitivos” para evitar estas situaciones, así como de mecanismos para evitar la dilatación temporal del procedimiento.

Por otro lado, lo que no parece exigir es que se tenga activo alguno, frente al apartado c) del punto 2º del 231 LC que exige, en referencia a las personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, “*que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo*”. Sin embargo, la práctica revela que, independientemente de que no sea una exigencia legal, tanto para la solicitud del procedimiento por vía notarial, como por vía registral, se viene exigiendo una provisión de fondos que ronda los 200 a 300 euros (sin los cuales ni la notaría ni el RM proceden a iniciar el proceso) y que, posteriormente, en la fase judicial, el auto de declaración de concurso exige que tanto estos gastos, como los honorarios del mediador concursal (que se fijan reglamentariamente<sup>19</sup>), así como el resto de créditos contra la masa<sup>20</sup> han de estar cubiertos. De lo contrario, se prevé en el art. 176 bis de la LC la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, concretamente por imposibilidad de satisfacer los créditos contra la masa, vía por la que, en la práctica, concluyen la gran mayoría de concursos de persona natural no empresaria.

Respecto a los requisitos subjetivos se plantea el problema de concretar cuál es el momento relevante para la calificación del deudor como persona natural empresario o no empresario, así como la influencia del origen de las deudas (mercantiles, profesionales o personales) pues ello determinará la atribución de competencia a los Juzgados de 1ª instancia o de lo Mercantil.

Inicialmente, no se dice nada sobre el origen de las deudas que forman la masa pasiva. Podría pensarse, por su cifra de hasta cinco millones de euros que

---

<sup>18</sup> Vid. Infra en este sentido apartado 7.2 de los efectos del inicio del AEP

<sup>19</sup> Anexo del Real 1860/2004

<sup>20</sup> Por lo que habrá que estar a lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, de la composición de la masa pasiva.

establece el art. 231.1LC incluye también las de origen empresarial o profesional, pues raramente se alcanzará tal cifra por consumidores o personas naturales, junto a que el art. 242bis LC, por ser norma especial, debe interpretarse restrictivamente<sup>21</sup>.

Sin embargo, la práctica revela que independientemente de la condición de empresario o no del deudor en el momento de la solicitud, será el origen de las deudas el que delimite la competencia objetiva para conocer del concurso. Así, y como se da muy habitualmente en pro del fin de la norma, si un emprendedor que años atrás fracasó y se endeudó, y actualmente es un trabajador asalariado, conocerán los Juzgados de lo Mercantil siempre que cualitativamente la deuda sea mayoritariamente de origen empresarial, con independencia de que se incluyan créditos adquiridos a título de persona natural no empresaria (en calidad de consumidor). *A sensu contrario*, por esta regla de tres conocerían del concurso los Juzgados de Primera Instancia cuando las deudas tuvieran origen personal y no empresarial, independientemente de que en el momento de la solicitud del deudor tuviera la consideración de empresario, si bien en la práctica es difícil encontrarnos en esta situación (al menos personalmente no he conocido de ningún caso) siendo la anterior situación la más común.

#### **3.2.4 Supuestos excluidos**

El art. 231.3 LC enumera una serie de supuestos en los que queda expresamente prohibida la posibilidad de solicitar el inicio del AEP. Éstos son:

A) Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

Debe ser sentencia condenatoria firme, por lo que se excluyen los supuestos en los que puedan estar instruyéndose causas de esta naturaleza, así como en los

---

<sup>21</sup> A. SERRANO DE NICOLÁS, o.c., pág. 38

casos de condena por sentencia no firme, estableciendo como punto de referencia la sentencia, no la fecha en que se pudieron cometer los hechos delictivos<sup>22</sup>.

B) Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

A estos efectos, para el cómputo de estos plazos, computará desde la publicación en el RPC de la aceptación del AEP, de la homologación del acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso<sup>23</sup>.

C) Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite<sup>24</sup>.

D) Tampoco podrán acceder al AEP las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

#### **4. Inicio de la tramitación del procedimiento para la adopción del AEP**

Como hemos visto, la calificación del deudor como persona natural no empresaria determinará el régimen legal aplicable.

En tal sentido, la competencia para la tramitación de ese procedimiento recae principalmente en tres órganos: el notario, el Registro Mercantil y las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

##### **4.1 El notario como órgano competente**

Cuando el deudor ostenta la condición de persona natural no empresaria de acuerdo con los requisitos objetivos vistos, el órgano competente para tramitar la

---

<sup>22</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVA, Inmaculada; OLMEDO CARDENETE, Miguel, Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as. Ed. Aranzadi, 2015, pág. 876.

<sup>23</sup> Art. 231.3.2º de la LC, en su segundo párrafo.

<sup>24</sup> Como excepción, conforme a la Disposición transitoria 1.5 de la LSO, no sería exigible este requisito durante el año siguiente a la entrada en vigor de dicha ley, es decir hasta el 30 de julio de 2016.

solicitud para la consecución del Acuerdo es el notario. Concretamente, y por imperativo del art. 242 bis, el notario del domicilio del deudor, siguiendo el mismo criterio imperativo en cuanto a la competencia territorial que el art. 232 de la LC<sup>25</sup>.

#### 4.1.1 El turno obligatorio

Durante los inicios de esta institución y el aspecto novísimo que suponía en nuestro Ordenamiento Jurídico, la institución se encontró en varias ocasiones huérfana de órgano tramitador. Para dar salida a esta deficiencia, algunos Colegios Notariales, como el Colegio de Notarios de Cataluña, han buscado soluciones mediante la implantación de un turno “de oficio” rotativo y obligatorio para los notarios.

Pero esta solución no está exenta de problemática, pues la existencia de este turno rotativo de carácter preceptivo plantea la duda de si lo es también para el deudor acudir al Notario designado por el turno o, por el contrario, puede escoger libremente, siempre que se trate de un Notario de su domicilio.

Dado que no hay precepto legal que establezca ni lo uno ni lo otro, lo más prudente es considerar que el turno de oficio es residual, en base a la literalidad del art. 126 del Decreto de 2 de Junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado<sup>26</sup>, según el cual *“todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública tiene derecho a elegir al Notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico”*. En tal sentido el deudor tendría derecho a acudir al Notario de su elección ejerciendo donde aquel tenga su domicilio.

Por otro lado, el mismo precepto legal, en su último apartado reza que *“los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados”*, de manera que la necesidad de la creación del turno rotativo parece innecesaria, por cuanto desde el primer momento, el Notario que recibiera una so-

---

<sup>25</sup> Recordemos que, como venimos viendo, éste es un artículo generalista en tanto regula el denominado régimen general, frente al régimen especial que establece el art. 242 bis de la LC.

<sup>26</sup> F. ADAN, o.c., pág. 71-72.

PARDO IBÁÑEZ, Borja, El mecanismo de la segunda oportunidad. Del acuerdo extrajudicial de pagos al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Editorial Wolters Kluwer. Madrid, 2017, pág. 80

licitud de designación de mediador concursal para la consecución del un AEP estaría legalmente obligado a atenderla, independientemente de su desconocimiento del procedimiento.

Como hemos dicho, son muchos los casos en los que se acude a la notaría del domicilio del deudor, quien inicialmente rechaza el encargo indicando que se dirija al turno de oficio, con la paradoja de que, en la mayoría de estos casos, el turno de oficio recae en la misma notaría.

Además, también podrá conocer el Notario de las solicitudes presentadas por las personas jurídicas no inscribibles en el RM por exclusión del inicio del art. 232.3 de la LC<sup>27</sup>. Así, fundaciones, asociaciones civiles (a excepción de las Sociedades Civiles Profesionales, inscribibles en el RM en virtud del art. 16.1.7º del CCom), así como las cooperativas (a excepción de las cooperativas de crédito, inscribibles según el art. 81.1 del Reglamento del Registro Mercantil) deberán dirigir su solicitud al notario de su domicilio. En cualquier caso, las personas jurídicas mencionadas podrán dirigir también su solicitud, con carácter potestativo, a las Cámaras de Comercio siempre que éstas hayan asumido dicha función, pues la previsión relativa a estos organismos no exige el carácter inscribible del solicitante<sup>28</sup>.

Cabe decir que, en la práctica, las notarías que no han tramitado ningún procedimiento de esta naturaleza, cuando se acude a ellas por la vía de la libre elección, constituye una válvula de escape escudarse en este turno.

Cabe decir también, que este turno ha dotado al deudor de seguridad jurídica en aquellos casos en que, dado que el propio domicilio del deudor no dispone de notaría, y pudiendo haber varias aparentemente competentes, acude a este sistema de asignación, evitando así una posible futura impugnación del AEP, bien sea en la fase extrajudicial, o en la judicial<sup>29</sup>. Pues se refuerzan las medidas que el propio Reglamento del Notariado prevé en sus arts. 117 por le cual los notarios residentes en una misma localidad podrán ejercer su ministerio indistintamente tanto dentro de su término municipal como en los demás municipios pertenecientes al mismo

---

<sup>27</sup> Precepto que reza “en el caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación de mediador concursal al Registro Mercantil del domicilio del deudor”

<sup>28</sup> B. PARDO, o.c., pág. 81

<sup>29</sup> Se está pensando en la solicitud del BEPI.

distrito notarial en los que no exista notaría demarcada, así como en el art. 120 que regula los casos en que un distrito se quede sin Notario en servicio por muerte, jubilación, ausencia o cualquier otra causa y no estuviera previsto en el Cuadro de sustituciones, que soluciona acudiendo al Decano del Colegio Notarial a otro distrito colindante, siendo este el mariniismo del turno de oficio.

#### **4.2 El Registrador Mercantil como órgano competente**

Para aquellos casos en que la condición del deudor sea la de persona física empresaria inscrita o inscribible en el RM, de acuerdo con los requisitos subjetivos vistos, será este el órgano competente para la tramitación de la solicitud.

Condición *sine qua non* para ello es, previo a la solicitud de designación de mediador concursal, figurar inscrito en el RM como empresario individual. Dado que éste no se encuentra incluido en la lista de sujetos de obligada inscripción del art. 81 del RRM, la inscripción es voluntaria. Por lo que de no estarlo, deberá inscribirse como tal siguiendo las exigencias de los arts. 87 a 93 del Reglamento del Registro Mercantil.

#### **4.3 Las Cámaras de Comercio como órgano competente**

En los casos de persona natural empresaria, la solicitud también se podrá presentar ante las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, si bien es cierto que en la práctica me atrevería a decir que absolutamente nadie acude a este organismo. Para ello será necesario que éstas hayan asumido funciones de mediación conforme a su normativa propia y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

Concretamente, la normativa específica cameral deberá establecer los necesarios criterios de competencia territorial, pues la LC no proporciona respuesta alguna en tal sentido<sup>30</sup>.

Como hemos dicho anteriormente, de forma residual también podrán acudir a este organismo las entidades no inscribibles en el RM, de forma alternativa al Notario de su domicilio.

---

<sup>30</sup> B. PARDO, o.c., pág. 79

Visto lo anterior, la competencia para conocer de la solicitud de designación de mediador concursal, quedaría ilustrada de la siguiente manera:

Tipo de deudor	Receptor de la solicitud
Persona natural no empresaria	Notario del domicilio del deudor
Persona natural empresaria	Registro Mercantil del domicilio del deudor
	Cámara de Comercio
Persona física inscribible	Registro Mercantil del domicilio del deudor
	Cámara de Comercio
Persona jurídica no inscribible	Notario del domicilio del deudor
	Cámara de Comercio (cuando la normativa específica lo permita)

## 5. Presentación de la solicitud del Acuerdo Extrajudicial de Pagos

Este apartado resulta especialmente relevante y requiere ciertos matices conceptuales, pues el art. 232 LC presenta, literalmente, la (solicitud de AEP). Sin embargo el deudor lo que insta es un trámite para, una vez constatada la concurrencia de ciertos requisitos procesales y materiales, optar a la convocatoria de una reunión de una parte de sus acreedores (cuyos créditos puedan verse afectados por el AEP<sup>31</sup>) y podrá debatir un posible AEP<sup>32</sup>.

En el momento de la solicitud del Acuerdo, éste no existe ni se le exige al deudor que lo presente, pues esto se hará una vez designado el mediador concursal. *In fine*, la presentación de la solicitud no garantiza la consecución del acuerdo, pues puede que este no reúna las mayorías necesarias para su adopción<sup>33</sup> o puede que no se llegue a presentar por imposibilidad de designación de mediador concursal, como sucede, desafortunadamente, en innumerables casos.

### 5.1 Legitimación

La persona legitimada para la presentación de la solicitud es el propio deudor. Como excepción a esta regla general, cabe mencionar las típicas formas de nuestro Ordenamiento de limitación de la capacidad, tales como los casos de representación

<sup>31</sup> Vid. *Infra* apartado 7.1 de las mayorías necesarias para la adopción del AEP

<sup>32</sup> Así lo expone J.M. FERNÁNDEZ, o.c., pág 37

<sup>33</sup> Vid *infra* apartado 6.1.

obligatoria en menores o de limitación judicial de la capacidad de obrar, en cuyos casos por *mor* del art. 222 del CC será el tercero que ostente la tutela quien disponga de la facultad para presentar la solicitud.

De igual forma pasará en los supuestos de representación voluntaria cuando ésta este efectivamente constituida de acuerdo con el régimen general del CC.

Finalmente la LC contempla casos de limitación a la legitimación derivados del estado civil y de la naturaleza de bienes afectos por el Acuerdo. Nos estamos refiriendo al último párrafo del artículo 232.2 de la LC, el cual exige que en caso de que el deudor este casado y los cónyuges sean propietarios de la vivienda habitual y la misma pueda verse afectada por el Acuerdo, la solicitud debe presentarse de forma conjunta o, en todo caso, la presentación de la solicitud por uno de ellos quedará condicionada a que el otro preste su consentimiento<sup>34</sup>.

## **5.2 Postulación procesal**

Recordemos que el procedimiento para la adopción del AEP es una fase extrajudicial, por lo que no se encuentra sometido a las reglas de intervención de profesionales del derecho de los arts. 21 y 31 de la LEC. Consecuentemente, no se exige la representación por parte de procurador ni abogado. Ello se traduce en que, la solicitud del inicio del Acuerdo ha sido normalizada mediante formularios para su presentación.

Sin embargo, dada la complejidad del procedimiento y las repercusiones que supondrá con carácter posterior en la vida del deudor resulta prácticamente imprescindible el asesoramiento por parte del deudor de un profesional del derecho, tanto en la cumplimentación de la solicitud como en la posterior tramitación del AEP<sup>35</sup>.

Se hace evidente el riguroso conocimiento de la norma necesario para que el procedimiento en su totalidad pueda llegar a buen puerto. Inicialmente, la complejidad de la correcta presentación de la solicitud supone la necesidad del pleno conocimiento del contenido de la misma. A este extremo, hay que añadir el cortísimo plazo que se prevé para la subsanación de la solicitud. El art. 232.3 de la LC, en su

---

<sup>34</sup> F. ADAN, o.c., pág. 81

<sup>35</sup> Así lo defienden, tal y como se expone a continuación, F. ADÁN, o.c., págs. 82 y 83; y B. PARDO, o.c., págs. 65, 66 y 67

último párrafo, determina que si el receptor de la solicitud<sup>36</sup> estimara que adolece de algún defecto o que resulta insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para el inicio del procedimiento, señalará un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de 5 días. Todo ello, bajo el apercibimiento del art. 164.2.2º de la LC por el cual la inexactitud grave o incorrección de los documentos incorporados puede suponer la calificación del concurso como culpable, lo que excluye la posibilidad de obtención del BEPI.

Se nos vuelve a presentar el problema de que la LC no enumera los casos que suponen inexactitud grave o incorrección de los documentos. Acudiendo otra vez a la bola de cristal, podemos intuir que serían calificadas como tales, por ejemplo, el inflar excesivamente los gastos en la relación de ingresos y gastos, disminuyendo así la capacidad de pago de cara al AEP<sup>37</sup>; no aportar a la solicitud, cuando el deudor sea divorciado, la sentencia de divorcio que establece el pago de alimentos a favor del progenitor que ostenta la custodia de un hijo<sup>38</sup>; o no declarar un bien propiedad del deudor sito en el extranjero.

Por si no fuera suficiente, hay que tener en cuenta también que en contra de lo establecido en subapartado 4º del art. 242bis apartado 4, por el cual las actuaciones notariales o registrales del art. 233 LC referente al nombramiento de mediador concursal, no devengarán retribución arancelaria alguna, tanto en el Registro Mercantil como el Notario requieren una provisión de fondos de entre 200 y 300 euros. Concretamente en el RM de Barcelona requiere junto con la presentación de la solicitud el abono de una provisión de fondos de 200 euros, a los que habrá que añadir, prácticamente en la totalidad de los casos, otros 80 euros aproximadamente de la inscripción como empresario individual, cifras que no se alejan de lo requerido por

---

<sup>36</sup> Debemos tener en cuenta, como hemos apuntado en otras ocasiones, que este artículo comprende la regulación del régimen general, por lo que comprende tanto al RM, como a las Cámaras de Comercio y al Notario, éste último tanto para las solicitudes que reciba de entidades y sujetos no inscribibles en el RM, como para las de persona física no empresaria, puesto que el régimen especial para estos casos que prevé el art. 242 bis de la LC no se pronuncia sobre los plazos de subsanación lo que supone la aplicación del régimen general.

<sup>37</sup> Tengamos presente que en la solicitud de designación de mediador concursal se ha de aportar una relación de ingresos y gastos básicos tales como alquiler de vivienda o hipoteca, agua, luz, teléfono, ropa, alimentos, etc. siendo la diferencia entre estos y aquellos la cantidad destinada para el AEP.

<sup>38</sup> Teniendo éstos la consideración de créditos contra la masa en atención al art. 84.2.4º de la LC, de los créditos concursales y créditos contra la masa.

las notarías. Por lo que, en el caso de presentar de forma defectuosa la solicitud, y no subsanarla en el plazo concedido, supondrá la caducidad del procedimiento y la necesidad de volver a abonar estas cantidades.

En segundo lugar, de la literalidad de la norma se extrae que es el deudor quien presenta el plan de pagos, y dada la constante remisión a la LC que la confección de éste requiere, hace necesario de nuevo el estricto conocimiento de la norma.

Además, la práctica revela los pocos casos en los que se adopta un AEP. Por lo que se deberá instar el concurso consecutivo que, a tenor del art. 242 bis.1.10º, se abrirá directamente en la fase de liquidación del patrimonio del deudor. De manera que, tras el Auto de declaración de concurso y el nombramiento de AC, el deudor verá intervenidos todos los actos de disposición de su patrimonio, lo que en la práctica se traduce en el cierre de todas sus cuentas bancarias a excepción de una, que controlará el Administrador en su integridad.

Otro problema añadido es, en los numerosos casos en que no se consigue designar mediador, si el deudor no está asistido por un letrado facultado para, más que presentar que sí puede hacer el deudor por sí solo, confeccionar y redactar la demanda de concurso consecutivo y los documentos que deben acompañarse por imperativo del art. 6.2 LC<sup>39</sup>, le será prácticamente imposible la correcta solicitud de concurso consecutivo.

## **6. Profesionales intervinientes en el procedimiento**

### **6.1 El mediador concursal**

El artículo 231 de la LC nos proporciona la regulación de la figura del mediador concursal. Regulación expansiva en tanto que regula las condiciones que ha de cumplir una persona para que pueda ejercer el cargo de administrador concursal, así como los necesarios para su posterior función de AC en la fase judicial y sus funciones.

---

<sup>39</sup> A grandes rasgos, en persona natural no empresaria deberá acompañarse memoria histórico jurídica y económica, inventario de bienes y derechos con expresión de su naturaleza, localización, identificación registra, etc. y relación de acreedores.

### **6.1.2 Requisitos subjetivos e inscripción en el Registro de Mediadores**

Respecto a la fase extrajudicial, al mediador se le exige la observancia de los requisitos recogidos en la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Concretamente, los recogidos en el art. 11 que comprenden, a grandes rasgos:

- a) Hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y en caso de ser persona jurídica, designar para el ejercicio del cargo de mediador a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la ley.
- b) Poseer título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con los cursos de formación específica, impartidos por instituciones debidamente acreditadas
- c) Suscribir seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuaciones en los conflictos en que intervenga

Pero debemos tener en cuenta que en virtud del art. 242.2.2º de la LC<sup>40</sup> el MC, una vez finalizada la fase extrajudicial bien por imposibilidad de aceptar el Acuerdo por falta de quorum, o por su eventual incumplimiento, como regla general será designado como AC. De manera que, en definitiva, para ejercer el cargo de MC en la fase extrajudicial será necesaria la concurrencia de los requisitos exigidos para el ejercicio del cargo de AC en la posterior fase judicial<sup>41</sup>.

Los arts. 11 y 12 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regulan la inscripción de los mediadores, pues tal y como la propia norma expone la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación permitirá acreditar la condición de mediador y, por ende, los requisitos exigidos anteriormente expuestos.

Consecuentemente, la inscripción en el registro habilita para ejercer el cargo de mediador, máxime cuando el propio art. 231.1 de la LC dice que la designación de mediador se efectuara a partir de la lista oficial suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de justicia.

---

<sup>40</sup> Art. 242.2.2ª LC: Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.

<sup>41</sup> Art. 27 de la LC, de las condiciones subjetivas para el nombramiento de AC.

Respecto de la inscripción, debemos recalcar los requisitos que recoge el art. 18 del Real Decreto 980/2013. El primer apartado nos dice que para la inscripción será necesario cumplir los requisitos exigidos en el art. 231.1 de la LC, es decir, ostentar la condición de mediador concursal conforme a las exigencias de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles; así como las condiciones previstas en el art. 27 de la LC de las condiciones subjetivas para el nombramiento de AC y, concretamente, en el apartado segundo del art. 18 del Real Decreto 980/2013 exige para la inscripción la aportación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los apartados primero y segundo del art. 27 de la LC.<sup>42</sup>

De manera que, en base a un estudio conjunto de los textos normativos implicados: el Real Decreto 980/2013, la Ley 5/2012 y la LC, se considera que para ser nombrado mediador en un procedimiento de AEP, será necesario cumplir los requisitos exigidos a los administradores concursales.<sup>43</sup>

### **6.1.2 La aceptación del cargo de mediador**

Una vez constatada la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para el ejercicio del cargo, que culmina con la inscripción del mediador en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, cuando el notario, en la tramitación del expediente en cuestión para la designación de mediador concursal, accede al Portal del BOE y solicita los datos del mediador concursal que según el listado corresponda. Para su concreción se recogen una serie de criterios de prioridad:

Primero: mediador con domicilio en la provincia designada por el solicitante;

Segundo: de no haber mediador disponible en la provincia, el que corresponda según las provincias limítrofes;

Tercero; si tampoco fuera posible, se designara mediador con domicilio en la Comunidad Autónoma del solicitante y, en última instancia si tampoco fuera posible, se señalará el Portal que corresponda dentro de todo el territorio del Estado.

---

<sup>42</sup> Art. 27.1 LC anterior a la última reforma:

<sup>43</sup> F. Adan, o.c., págs. 88 a 92.

Una vez determinado el mediador que por turno procede, el Notario o Registrador le proporciona los datos relativos al deudor para que decida sobre la aceptación o no del cargo. Estos datos se corresponden por un lado a información de carácter personal del deudor tal como identidad, acreedores o régimen económico conyugal para determinar si concurre alguna causa de recusación.

Por otro lado, se le proporcionan datos de información económica correspondientes a la estimación del importe global de las deudas y de los bienes y derechos.

Éste es probablemente el extremo más controvertido en la designación de mediador, pues con esta información, atendiendo a la DA 2ª, el MC puede determinar la retribución que por la tramitación del expediente en cuestión recibiría. Como vemos, tal remuneración se extrae a partir de aplicar considerables descuentos a lo que percibiría por un expediente que no fuera de persona natural no empresaria, lo que hace muy poco atractivos para los mediadores la llevanza de estos procedimientos y es precisamente la causa de los excesivos casos en los que no se consigue la aceptación del cargo.

Respecto a los plazos de aceptación o renuncia del cargo, el art. 242 bis.1.3º de la LC concreta el plazo de designación de mediador en los 5 días siguientes a la recepción por el Notario de la solicitud presentada por el deudor. Se plantea el problema de qué ocurre en los casos de persona física empresaria, pues el art. 233.3 de la LC no prevé plazo alguno en tal sentido. Tal problema se ha solucionado con la aplicación analógica del art. 242bis LC a estos supuestos. De igual manera sucede en cuanto al plazo de aceptación del cargo, que el art. 242bis.1.3º de la LC exige que sea en los cinco días siguientes a su nombramiento y que ha sido resuelto con la misma fórmula.

Este momento del procedimiento de la aceptación del cargo de MC, como decimos, es la más problemática de la fase extrajudicial y la que más perjuicio causa al deudor, tanto a su patrimonio como al desenvolvimiento del procedimiento, pues la aceptación del cargo supone unos efectos directos que veremos a continuación, cuyo retraso supone un considerable perjuicio para el deudor.

### 6.1.3 Las funciones del mediador

las funciones que ejerce el mediador concursal se pueden observar desde tres perspectivas<sup>44</sup>:

En primer lugar como impulso procesal, pues el mediador se encarga de la comprobación de la documentación, la convocatoria de la reunión e instar el concurso consecutivo en caso de fracaso del AEP, por lo que se convierte en el director de la tramitación del AEP.

En segundo lugar como órgano verificador en virtud de la tarea de comprobación de la documentación. De manera que podrá instar al deudor a la subsanación de cuantos extremos considere necesarios. Tal verificación se encuentra sometida al plazo de los 10 días siguientes a la aceptación del cargo que establece el art. 234.1 de la LC, plazo se amplía a 15 días en los casos que el Notario ejerza las funciones de mediación, como veremos a continuación. Una vez constatada la suficiencia y veracidad de la información aportada, procederá a la convocatoria de los acreedores<sup>45</sup>.

En tercer lugar, la principal función del mediador es la remisión de la propuesta de AEP junto con un plan de viabilidad. Tal función, recogida en los arts. 236 y 242bis.1.6º de la LC y exige que realice con 20 días de anterioridad a la celebración de la junta de acreedores en caso de personas físicas empresarias, o de 15 días en los casos de persona física no empresaria. Respecto del deudor, el art. 236 LC exige que preste su consentimiento a la propuesta remitida por el deudor. Por lo que el deudor se limitara a prestar su aceptación a la propuesta, siendo el responsable de su elaboración el mediador, tras el análisis de la documentación aportada.

---

<sup>44</sup> Así lo expone F. ADAN, o.c., págs. 94 y 95

<sup>45</sup> Debemos tener en cuenta que la documentación que se aporta al Acta de solicitud de MC es acreditativa de la situación del deudor en ese momento, situación que puede verse sustancialmente alterada debido al tiempo que transcurre hasta la aceptación del cargo del MC, por lo que puede ser necesario aportar nueva información acreditativa de la situación actual.

## 6.2 El notario como mediador

En un momento inicial, éste pretendía ser el objeto principal de estudio en el trabajo. Si bien, esta pretensión se vio frustrada debido a la falta de materiales bibliográficos, pues era inviable la confección de un TFG únicamente alrededor de la figura del notario como mediador. Por ello se pretende dar una visión totalmente crítica al respecto, ya que ningún autor se detiene a examinar con detenimiento este extremo del régimen especial de AEP de persona natural no empresaria.

El apartado 3º del art. 242bis.1 de la LC establece que “*el notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, pudiendo designar, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor, mediador concursal.*” Parece ser que, de la literalidad del precepto se extrae que la regla general para la fase extrajudicial en los casos de persona natural no empresaria, es que quien asume las funciones de mediador es el notario, siendo la designación de mediador residual.

Sin embargo, la práctica revela que el proceder habitual es el intento de nombramiento de mediador, siendo los casos en que es el notario quien asume las funciones de mediación muy reducidos.

Ello acrecienta el problema, como venimos reiterando de los excesivos expedientes que ha de declararse el concurso consecutivo por la imposibilidad de nombramiento de mediador concursal, con todo lo que ello supone que, de inicio, es la indefensión del deudor por verse obligado a prescindir de una fase del procedimiento que, en muchos casos, le puede ser de gran interés. Ello supone una laguna en la regulación del procedimiento para la que no se ha dado respuesta, siendo el principal aspecto objeto de controversia el plazo para la presentación del concurso<sup>46</sup>.

Por lo que, en todos aquellos casos, el hecho de que el notario ejerciera las funciones de mediación no privaría al deudor, en ningún caso, de esta fase extrajudicial.

---

<sup>46</sup> Una posible solución podría ser el plazo de dos meses del art. 242bis.1.9º LC, bien lo que se viene exigiendo dadas las circunstancias es su presentación en “la mayor brevedad posible”, sin estar determinado lo que se debe entender por tal plazo.

Sin embargo, Amanay Rivas y Fernando Gomá nos indican dos inconvenientes al respecto<sup>47</sup>. Por un lado, puede encarecer los costes del procedimiento al deudor, pues en caso de que las negociaciones no surtan efecto y haya que solicitar el concurso consecutivo, requerirá el nombramiento de AC que cobrará sus propios honorarios, a no ser que el notario esté acreditado como AC y conste inscrito como tal en el Registro de Administradores Concursales. Por el contrario, si nombra MC y no se consigue adoptar un AEP, tenemos que estar a lo establecido en el art. 242.2.2ª de la LC<sup>48</sup> y será el propio mediador quien, como regla general, se subroga en el cargo de AC, por el que no percibirá más retribución que la que le correspondiera por la mediación. Por el contrario, si el notario ejerce las funciones de mediación, éste tendrá derecho a percibir la retribución prevista para los mediadores, tal y como determina el art. 242bis.2 de la LC, y posteriormente el AC cobrará sus propios honorarios.

Por otro lado, la cualificación que la propia LC en su art. 233.1 exige formación específica conforme a los parámetros establecidos en la Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles así como profundos conocimientos de la LC. Además, ejercer las funciones de mediación supone adquirir la responsabilidad de dirigir el proceso de negociación, lo que conlleva comprobar la existencia y cuantía de los créditos, convocar en plazo a los acreedores a la reunión y previamente elaborar una propuesta de acuerdo, bien sea AEP o plan de viabilidad, calcular si las mayorías que votan el acuerdo para determinar si son suficientes para su adopción y, en caso de que no sean suficientes, o que durante la pendencia del acuerdo éste se incumpla, solicitar la declaración de concurso. Funciones que ejerce el notario y que, no en todos los casos, estará facultado para desarrollar, pues un notario o notaria no dispone, en la mayoría de los casos, de tales conocimientos.

---

<sup>47</sup> RIVAS, Amanay; GOMÀ, Fernando. “Acuerdo Extrajudicial de Pagos”. Notarios y Registradores, 10 de febrero de 2016, pág. 5 y 6, en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/actuacion-notarial-en-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/> [visitado el 19.2.19]

<sup>48</sup> Art. 242.2.2ª LC: Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.

En mi opinión, el papel del notario como mediador no debería de ser tal. Debemos recordar, como hemos visto en el apartado de postulación procesal en el inicio de la solicitud de designación de MC se hace prácticamente necesario para el deudor la asistencia de un profesional que le proporcione los conocimientos necesarios para el correcto desarrollo del procedimiento en su integridad. Tales profesionales, que a mi juicio deberían ser siempre abogados para asegurar la representación en la fase judicial, sí que disponen (o deberían disponer) de los conocimientos suficientes para ejercer las funciones del MC e impulsar las negociaciones en los términos más convenientes para el deudor. Todo ello, siempre con la debida consideración de los intereses de los acreedores, por lo que resulta imprescindible el conocimiento de la práctica concursal para proporcionarle al deudor un asesoramiento estrictamente sincero y honesto en cuanto a las posibilidades de exoneración que es, en definitiva, el objetivo de cualquier deudor que acude a este procedimiento.

De manera que, corriendo las negociaciones a cargo de este profesional, que será por supuesto de elección del propio deudor, mediante la fe pública notarial se dejaría constancia, principalmente, de la concurrencia de los requisitos expuestos<sup>49</sup>, la veracidad de la documentación aportada y su contenido así como el correcto desarrollo de la fase extrajudicial; que se remita y se reciba de forma efectiva el AEP propuesto por el deudor y las posibles propuestas de los acreedores, así como la celebración de la junta de acreedores y los votos favorables al acuerdo.

Todo ello bajo el límite que el propio precepto establece en los casos en que el notario así lo considere o a instancia del deudor, se nombre MC. Debemos recalcar que, del propio redactado se desprende que el primer límite lo establece el notario, de manera que aun que el deudor no lo quiera así, si lo considera necesario procederá al nombramiento de MC.

Ello es lo que sucede –o ha sucedido- en los expedientes en los que he tenido la oportunidad de participar que se han tramitado por esta vía, pues aun que la notaría exige los honorarios de la mediación, quien efectivamente se encarga de ello son los abogados del deudor, limitándose la función de la notaría a la remisión del

---

<sup>49</sup> Vid. Supra apartado 3.2 de Especificidades del AEP de persona natural no empresaria.

AEP dejando constancia en el correspondiente Acta, cosa que en muchos casos también ocurre aún habiendo mediador asignado.

Por ello creo el procedimiento debería evolucionar hacia un principio inspirador por el cual se opte por la total llevanza del procedimiento de un profesional del derecho a elección del deudor el cual, bajo la fe pública notarial, se encargara de la fase preconcursal o extrajudicial en su totalidad, sin perjuicio del –necesario– nombramiento de AC<sup>50</sup> en la posterior fase judicial. Todo ello para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento y la tutela judicial efectiva del deudor, con todo lo que esta en juego.

## **7. De la adopción del AEP**

### **7.1 Mayorías necesarias para la adopción del AEP**

Inicialmente es necesario determinar qué créditos se van a someter al AEP y cuáles no. Del propio art. 238 LC se desprende que se someterán al acuerdo: los créditos que no gocen de garantía real; y los créditos con garantía real por la parte de los cuales que exceda del valor de dicha garantía. En la mayoría de los casos, por no decir en la totalidad, las personas físicas únicamente dispondrán, con garantía real, de un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda. Por ello, resulta especialmente relevante realizar una tasación en el momento de la confección del AEP, lo que supone un gasto extra para el concursado al que, en muchas ocasiones, no puede hacer frente y retrasará aún más el proceso.

Una vez determinados los créditos que se van a ver afectados por el AEP, estaremos a lo establecido en el art. 238 de la LC para determinar la aceptación o no del acuerdo, lo que supondrá la necesidad o no de presentar el concurso consecutivo tal y como establece el apartado tercero.

### **7.2 Efectos del inicio del AEP**

Las consecuencias, tanto para el deudor como para los acreedores, las encontramos reguladas en el art. 235 LC. En relación al deudor, a tenor del apartado primero del precepto mencionado, los efectos se iniciaran con la presentación de la solicitud, pues establece que los mismos se producirán una vez solicitada la apertura

---

<sup>50</sup> Como veremos a continuación, la declaración del concurso conlleva unas consecuencias que necesariamente han de ser controladas por el AC designado por el Juzgado competente, que trabajará codo con codo con el abogado (o profesional que lo asesore)

del expediente<sup>51</sup>. Estos efectos tendrán incidencia tanto en el deudor como para los acreedores.

### 7.2.1 Efectos para el deudor

El apartado primero del art. 235 LC establece obligaciones tanto positivas como negativas una vez solicitada la apertura del expediente, es decir, de hacer y no hacer.

Establece que el deudor podrá seguir ejerciendo sus actividades laborales, empresariales o profesionales.

Por el contrario, “*se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad*”<sup>52</sup> de manera que el poder de disposición se encuentra legalmente restringido. Se plantea el problema de que la LC no determina tampoco que actos exceden de los actos u operaciones propias de su actividad. En tal sentido, podemos extraer el concepto de tales actos a partir del art. 43.3 LC en relación con el art. 44.1 LC<sup>53</sup>.

Tampoco especifica la LC sanción alguna a estas actuaciones. De manera que podrían establecerse medidas análogas a la acción de anulabilidad de estos actos, similar a lo acontecido en el art. 40.7 LC, pudiendo ser éstas actuaciones causantes de la calificación de culposo el concurso consecutivo.<sup>54</sup>

Lo que si que parece claro, es que la realización de un acto de esta naturaleza, o de cualquier otra que suponga detrimento para alguno o varios acreedores, así como para el procedimiento en general, supondrá la minoración de la buena fe<sup>55</sup> que exige el art. 178 bis 3 LC para la obtención del BEPI.

Además, el inicio de las negociaciones supone la paralización de la declaración de concurso. El apartado quinto del citado art. 235 LC dice que no podrá declararse en concurso en tanto el deudor se encuentre negociando el acuerdo, siempre que no se sobrepase el plazo de 3 meses del art. 5.5 bis LC.

---

<sup>51</sup> F. Adan, o.c., pág. 100

<sup>52</sup> Art. 235.1 LC

<sup>53</sup> Art. 44.1 LC. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

<sup>54</sup> F. Adan, o.c., pág. 100

<sup>55</sup> Vid. Infra apartado 8

Sin embargo, y dado que el art. 5 bis LC es un artículo generalista, frente a este “régimen general” el art. 242 bis, en su apartado noveno del primer punto, reduce este plazo a los dos meses.

Todo ello, con la finalidad de que ningún acreedor pueda incoar el concurso necesario durante la tramitación de las negociaciones<sup>56</sup>.

### **7.2.2 Efectos para los acreedores**

Los efectos de la iniciación de las negociaciones sobre los acreedores quedan condicionados a la publicidad de la misma en los registros públicos pertinentes. Pues a tenor del art. 233.3 LC, cuando el MC acepte el cargo, el notario o el registrador mercantil informará de ello al RP para su anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al RC<sup>57</sup> y a los demás registros públicos correspondientes para la inscripción de tal circunstancia.

De manera que, a diferencia que para el deudor, los efectos del inicio de las negociaciones respecto de los acreedores surtirán efecto con la aceptación del cargo del MC.

Surge aquí el problema en el caso de que, dando cumplimiento a lo establecido en el art. 242bis 1.3º, el notario ejerza las funciones de mediador “*impulsando las negociaciones entre deudor y los acreedores*”, precepto que será objeto de estudio posterior. En tal sentido, el notario debería comunicar no el nombramiento de MC, sino simplemente el inicio de las negociaciones para la adopción del AEP tras la firma del correspondiente Acta (estableciendo que el impulso de las negociaciones corre a cargo del notario en cuestión), con los datos de contacto de la propia notaría a efectos de notificaciones de los posibles acreedores que pudieran tener interés en el concurso en cuestión.

Del mismo modo, y respecto a la comunicación de oficio por parte del notario al juzgado competente para la declaración de concurso, el art. 242 bis 1. 2º exige por parte de aquel la constatación de la documentación aportada así como la procedencia de la negociación del AEP. De forma que la literalidad de la norma exige la

---

<sup>56</sup> F. ADAN, o.c., pág. 102

<sup>57</sup> Por este motivo es que se exige, con la documentación aportada para instar el procedimiento, el certificado de nacimiento literal del deudor.

aceptación del mediador, pues la habilitación es lo que habilita para hacer las comunicaciones, pues de no existir mediador, no existe negociación<sup>58</sup>.

De manera que la publicidad, con los consiguientes efectos para los acreedores se producirá, bien con la aceptación del cargo del mediador concursal designado, o bien con la firma del Acta notarial por el que impulsará las negociaciones.

### 7.2.3 Plasmación concreta de los efectos

Visto lo anterior, los efectos para el deudor persona física del inicio de las negociaciones no parece tener mayor incidencia en su vertiente de obligaciones positivas.

Pero conlleva unas consecuencias de cara a los acreedores que si que tendrán incidencia directa en la vida económica del deudor.

La tramitación del AEP supone, como regla general, (a) *la imposibilidad de incoar un proceso ejecutivo contra el patrimonio del deudor* mientras se negocia el AEP por un plazo máximo de 2 meses del art. 242 bis 1.8º de la LC<sup>59</sup>. Como excepción a esta regla, encontramos los créditos con garantía real que no recaigan sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional del deudor ni sobre su vivienda habitual, extremo con más incidencia en las personas físicas. Éstos podrán, a su voluntad, iniciar el proceso de ejecución sin perjuicio de que queden en suspenso por los plazos antes mencionados. Del mismo modo, y dado que los créditos de derecho público no pueden verse afectados por el AEP<sup>60</sup>, tampoco les afecta esta primera regla general.

Ello puede plantear dos problemas<sup>61</sup>:

- a) Cuál sería el órgano competente para determinar qué bienes son o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, a lo que el art. 5 bis 4.e) resuelve que en caso de controversia se

---

<sup>58</sup> SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. Segunda oportunidad de las personas físicas: cuestiones todavía problemáticas. Editorial Marcial Pons. Barcelona. 2018, pág. 25.

<sup>59</sup> En este caso, el art. 242 bis vuelve a establecer un plazo especial frente al régimen general que establece art. 235 LC, siendo éste de tres meses. De manera que, en la tramitación de un AEP de persona física, el plazo de prohibición de inicio y suspensión de acciones ejecutivas frente al deudor se reduce de 3 a 2 meses.

<sup>60</sup> Art. 231.5 LC (2º párrafo): Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, o.c., pág. 55.

podrá recurrir el decreto ante el juez competente para conocer del concurso, refiriéndose al Decreto por el que se tiene por efectuada la comunicación del expediente y en el que se ha de hacer constar cuál de las ejecuciones señaladas en comunicación recaen sobre bienes que considera necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

b) Cómo hacer efectiva la prohibición de iniciar o continuar ejecuciones, pues el legislador no ha arbitrado un mecanismo para hacer valer esta prohibición ya que únicamente ha establecido el modo de la comunicación al juez competente para la declaración del concurso<sup>62</sup>, al modo de la comunicación del art. 5 bis de la LC. Sin embargo, no parece que el Juez del concurso, ya sea de Primera Instancia o Mercantil, haya de comunicar a los Juzgados que conocen de los procedimientos ejecutivos la apertura del expediente para ordenar la suspensión. Ello no significa que pueda alegarse la nulidad de las ejecuciones que se inicien o prosigan durante las negociaciones, pudiendo además oponerse al amparo del art. 559 de la LEC<sup>63</sup>.

Como otro efecto concreto, identificamos que *b) una vez practicada la correspondiente anotación en los registros públicos del inicio del expediente, no podrán anotarse embargos contra el patrimonio del deudor posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento del MC*. Respecto de esta regla general, quedan excluidas, del mismo modo, las anotaciones posteriores a la presentación de la solicitud que efectuaren los acreedores de derecho público, que si que podrán practicar dichas anotaciones.

Por otro lado, *c) los acreedores tienen la obligación de abstenerse de realizar actos dirigidos a mejorar la situación en que se encuentran respecto del deudor común*, respecto de acreedores cuyo crédito pueda verse afectado por el AEP y una vez publicada la apertura del expediente.

---

<sup>62</sup> Art. 233.3 de la LC.

<sup>63</sup> Artículo 559. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales. 1. El ejecutado podrá también oponerse a la ejecución alegando los defectos siguientes: 1.º Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda. 2.º Falta de capacidad o de representación del ejecutante o no acreditar el carácter o representación con que demanda.

Como hemos visto, el inicio de las negociaciones también supone *d) la imposibilidad de que el deudor sea declarado en concurso* tal y como hemos visto en el apartado anterior.

Otro efecto importantísimo y de gran importancia para el deudor en la aplicación práctica, es que *e) durante las negociaciones se suspenderá el devengo de intereses respecto de los créditos que puedan verse afectados por el AEP*. Ello permite favorecer las negociaciones al mismo modo que fijar una cantidad fija e inmovible sobre la cual aplicar quitas y/o esperas, excluyéndose así el problema mencionado anteriormente en los casos en que no acepta el cargo ningún mediador.

## **8. El AEP de cara al BEPI**

Tal y como venimos reiterando, el objetivo principal de la LSO es la exoneración total de la deuda, liberando así al deudor y concediéndole una literal “segunda oportunidad”.

En tal sentido, se incluye en la LC el artículo 178 bis, del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI). Figura de gran interés y que, dada la complejidad de su funcionamiento, no puede ser objeto de estudio detallado en el presente trabajo.

Sin embargo, encontramos que el AEP resulta especialmente trascendente en la concesión de este Beneficio, de manera que, lo que se pretende en este apartado, es poner de relieve el papel que tiene el Acuerdo aquí estudiado en esta figura de nueva incorporación.

Para ello, debemos tener en cuenta las formas de obtención de este beneficio, y la incidencia que el AEP tendrá para ello.

Pero antes de entrar en detalle, resulta necesario hacer referencia a la buena fe, pues es el primer requisito exigible para la obtención del Beneficio sin la cual, aun concurriendo los demás requisitos exigidos, no resultara concedido.

## 8.1 La buena fe del deudor

El ordinal tercero del art. 178 bis de la LC establece que “*solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe*”.

Sin embargo, previo a este requisito, dada la ubicación este nuevo precepto<sup>64</sup>, para que en la fase concursal sea de aplicación se requiere que se den tres circunstancias<sup>65</sup>:

1. Que se haya liquidado totalmente el patrimonio del deudor.
2. Que no existan mas bienes de los que se pueda disponer, justificando la insuficiencia de la masa activa, sirviendo igualmente aquellos supuestos en que el activo sea insuficiente para atender los créditos contra la masa en aplicación de lo establecido en el art. 176 bis de la LC relativo a las especificidades de la conclusión por insuficiencia de la masa activa.
3. Que se declare la conclusión del concurso

De forma que, una vez liquidado la totalidad del patrimonio del deudor, no habiendo más bienes disponibles y declarada la conclusión del concurso, procede determinar la concurrencia de la buena fe por parte del deudor.

Para ello, el propio precepto nos da unas pautas de lo que se debe entender por concurrencia de buena fe:

i) Que el concurso no haya sido declarado culpable o que, en caso de haber obtenido tal calificación conforme al art. 165.1.1<sup>66</sup>, es decir, por incumplir el deber de solicitar la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no apreciare dolo o culpa grave del deudor.

---

<sup>64</sup> Debemos tener en cuenta que el artículo 178 bis se encuentra en el Capítulo único del Título VII, de la conclusión y de la reapertura del concurso, siendo el artículo inmediatamente anterior el 178 de los efectos de la conclusión del concurso.

<sup>65</sup> SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA; OLMEDO CARDENETE, o.c., págs. 772, 773

<sup>66</sup> Artículo 165. Presunciones de culpabilidad. 1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: 1.o Hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.

Este requisito concurrirá tanto cuando la sección de calificación no llega a tramitarse al acordarse la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa como cuando concluya la calificación como fortuita<sup>67</sup>.

ii) Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la S.S. o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración del concurso. Además, establece que de haber un proceso penal pendiente cuyo objeto sea el enjuiciamiento de un delito subsumible en las categorías expuestas, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración hasta que exista sentencia penal firme.

En tal sentido, respecto al cómputo de plazos habrá que estarse, a mi entender, a la firmeza de la resolución que condene al deudor y ponga fin al proceso penal, pues así lo establece el propio art. 178 bis.2 en su ordinal tercero al versar “*que el deudor no haya sido condenado por sentencia firme*”. Además, según B. Pardo también es lo mas razonable, pues dada la duración de la tramitación del proceso penal en todas las instancias, si tomamos como *dies a quo* el de la comisión del ilícito penal, si a los 10 años del plazo han de añadirse los años de tramitación nos situaríamos en un periodo de casi 20 años desde la comisión del delito<sup>68</sup>.

iii) Que el deudor haya celebrado o, al menos, haya intentado celebrar un AEP.

De manera que la tramitación del Acuerdo es una exigencia legal para la obtención del BEPI. Se plantea en este sentido qué debe entenderse por “intentar” celebrar un AEP.

Dicho requisito debe ser interpretado de manera flexible y amplia<sup>69</sup>. De manera que ha de entenderse intentado el AEP en los casos que:

---

<sup>67</sup> HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar. La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia. Editorial Lefebvre - El Derecho. Segunda Edición. Madrid, 2015, págs.. 186, 187.

<sup>68</sup> PARDO IBÁÑEZ, o.c., pág. 302.

<sup>69</sup> Tal y como han considerado los Magistrados de lo Mercantil en la conclusión II B2. de las “Conclusiones del encuentro de Magistrados de lo Mercantil 2016”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, núm 26/2017, núm 26, 1 de enero de 2017, Wolters Kluwer; en PARDO IBÁÑEZ, o.c., pág. 306

- a) No se otorgue el consentimiento del conyugue del deudor exigido en el art. 232.2 de la LC,
- b) El MC considere inviable una propuesta de acuerdo razonable,
- c) El MC solicitare la declaración de concurso al amparo del art. 236.4 LC
- d) Falta de mayorías necesarias para la aceptación del Acuerdo
- e) Ningún mediador acepte el cargo y el Notario no asuma tal función<sup>70</sup>

Probablemente, esta última causa sea la más encontrada en la practica derivado de la problemática, como hemos visto, que supone la aceptación del cargo de MC.

Finalmente, y una vez constatada la concurrencia de estos tres requisitos expuestos, los ordinales 4º y 5º del art. 178bis.3 exigen dos requisitos alternativos, que determinaran, como veremos a continuación, la forma de obtención del BEPI.

## **8.2 Formas de obtención del BEPI**

### **8.2.1 La obtención automática ex art. 178bis.3.4 LC**

En este caso, esta formula exige unos requisitos de pago en relación a determinados créditos, siendo condición sine qua non para la obtención del mismo. En tal sentido, se exige:

#### *a) El pago de los créditos contra la masa*

De manera que deberán estar satisfechos en su integridad los créditos que conforme al art. 84.2 de la LC tienen la consideración de créditos contra la masa. Hay que tener en cuenta que, en estricto cumplimiento de tal circundancia, el abono integro implica el pago de los intereses que tales créditos hayan podido devengar de conformidad a su naturaleza propia, y ello, hasta el integro pago<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Auto JPI núm. 7 de Pamplona núm. 132/ 2017  
Auto AP Barcelona núm. 118/2018

<sup>71</sup> SENDRA ALBIÑANA, Álvaro. “El Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2018, pág. 186, 187

En relación a los créditos contra la masa resulta destacar aquellos que en cualquier caso se darán, es decir, los honorarios del abogado que ha proporcionado asistencial deudor, pues aún no siendo preceptivo, tal y como hemos visto, resulta necesario, así como los honorarios de la Administración concursal.

*b) El pago de los créditos privilegiados*

Dada la ausencia de distinción debemos entender incluidos tanto los créditos generales como los especiales comprendidos en los arts. 90 y 91<sup>72</sup>.

*c) El pago de los créditos ordinarios*

Para este tipo de créditos se exige, para la concesión del BEPI, que se haya satisfecho el 25% de los mismos siempre que el deudor *no* haya intentado adoptar un AEP. De manera este precepto parece dejar sin eficacia el inmediatamente anterior, pues si el deudor aun cumpliendo los requisitos del art. 231 LC, no intentara celebrar un AEP, pero que cumpla los requisitos exigidos por este apartado 4º, podría ser beneficiario del BEPI.

### **8.2.2 La obtención diferida ex art. 178bis.3.5 LC**

El apartado 5º nos proporciona una vía alternativa a la obtención inmediata debiendo satisfacer los créditos anteriormente mencionados. Esta vía consiste en la concesión provisional del BEPI condicionada a diversos requisitos y a la adopción de una concreta conducta por parte del deudor.

Parece configurarse como una vía alternativa, subsidiaria a la anterior fórmula de obtención de la exoneración, reservada a aquellos concursos que hayan concluido por insuficiencia de masa activa y que no puedan obtener el beneficio por no disponer de liquidez para satisfacer los créditos mínimos exigidos en la anterior opción.

Los requisitos que exige la norma para la obtención del BEPI por esta vía alternativa son:

- a) *Que acepte someterse a un plan de pagos para el pago de las deudas no exonerables para su íntegra satisfacción en los 5 años siguientes. Como*

---

<sup>72</sup> SENDRA ALBAÑINA, o.c., pág. 189

indican algunos autores, con ello el legislador asume que el pasivo a satisfacer es muy superior al activo del deudor, pues el supuesto parte de que con la liquidación del patrimonio embargable no ha podido atender los créditos contra la masa ni los privilegiados<sup>73</sup>.

- b) *Que no haya incumplido las obligaciones de colaboración del art. 42 de la LC.* Tal requisito ha sido calificado por parte de la doctrina como redundante, por cuanto el incumplimiento de los deberes de colaboración del art. 42 supone la calificación del concurso como culpable, entendiéndose que únicamente tiene sentido en aquellos concursos que han concluido por insuficiencia de la masa activa y no se ha tramitado la pieza de calificación<sup>74</sup>.

A mi juicio, sería subsumible en esta categoría los casos en que el deudor, cuando conoce los efectos del inicio de las negociaciones, concretamente la imposibilidad de instar la ejecución unilateral por parte de los acreedores, así como la interrupción del devengo de intereses, adquiere nuevos préstamos o créditos amparándose en tal circunstancia, cosa que ocurre en la práctica.

- c) *Que no haya obtenido este beneficio dentro de los últimos 10 años,* tomando como *dies a quo* el de la presentación de la solicitud.
- d) *Ausencia de rechazo de una oferta de empleo adecuada a sus capacidades.* Tal requisito ha de interpretarse de manera amplia, por cuanto se extiende tanto a la fase de declaración del concurso como a la posterior fase de exoneración provisional. Se ha venido entendiendo este requisito como plasmación de la buena fe exigible al deudor (así se configuró en los borradores previos de la norma<sup>75</sup>), pues se prescinde de ella cuando estando en estado de insolvencia se rechaza una oferta de empleo, y garantizando que quien recibe el beneficio no permanece en la economía sumergida<sup>76</sup>.
- e) *Aceptación expresa de la publicidad de la obtención del beneficio en el Registro Público Concursal por un plazo de 5 años.*

---

<sup>73</sup> SENDRA ALBAÑINA, o.c., págs. 206 y 207

<sup>74</sup> SENDRA ALBAÑINA, o.c., pág. 207

<sup>75</sup> FERNÁNDEZ SEIJO, o.c., pág. 276

<sup>76</sup> SENDRA ALBAÑINA, o.c., pág. 207

De manera que nos encontramos con una dualidad de sistemas para la obtención del beneficio. Ciertamente, estamos ante un doble sistema de acreditación de la buena fe, por cuanto están configurados como requisitos cuya concurrencia determinarían la buena fe del deudor, posibilitando así la admisión a trámite de la solicitud del BEPI.

En referencia al AEP, hemos visto como el requisito recogido en el ordinal 3º del art. 178 bis.3, el “intento” de adopción del AEP es condición *sine qua non* para la concurrencia de la buena fe necesaria para la admisión de la solicitud del BEPI, entendiendo el “intento” de forma amplia, como se ha expuesto.

Pero aun habiendo intentado adoptar un Acuerdo, si posteriormente no dispone del activo suficiente para satisfacer íntegramente los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y al menos el 25 % de los créditos concursales ordinarios, deberá someterse a otro AEP por los créditos no exonerables<sup>77</sup> cuya confección, adopción y posterior cumplimiento estarán sometidos al control judicial por el órgano judicial que conoce del concurso.

---

<sup>77</sup> Principalmente, los créditos con garantía real por la cuantía que no exceda de ésta, así como los créditos de derecho público.

## 9. Conclusiones

1.- Como hemos visto, el procedimiento concursal para las personas naturales no empresarias, así como para las personas naturales empresarias, es un procedimiento necesario para el mejor avance de la economía global.

2.- La fase extrajudicial de este procedimiento que ha sido objeto de estudio se configura en muchos casos como un elemento esencial del procedimiento, llegando incluso a ser el objetivo principal del deudor.

Ello supone un grave riesgo dado el escasísimo número de expedientes que concluyen con la aceptación del AEP, y menos aun, con su íntegro cumplimiento.

3.- Hemos visto que un procedimiento tan necesario en nuestro Ordenamiento padece de importantes lagunas que reducen considerablemente la seguridad jurídica del deudor, pero también de los acreedores. Nos estamos refiriendo, principalmente, a las deficiencias en cuanto al nombramiento del MC y las consecuencias que ello supone para el deudor pero también para los acreedores, pues en gran parte de los casos el inicio de la fase judicial concluirá por insuficiencia de la masa activa, lo que supone que los acreedores no verán satisfechos sus créditos, mientras que mediante un AEP verían satisfecho parte del mismo, dependiendo de las quitas y esperas que pudieran aceptarse. Del mismo modo, la LC no nos da una interpretación de conceptos tales como la ocultación o inexactitud grave de la documentación aportada en la solicitud de nombramiento de MC o a los actos inherentes a la actividad del deudor. Conceptos revestidos de gran importancia por cuanto tendrán importantes consecuencias posteriores como la calificación como culpable del concurso, por ejemplo.

4.- Sin embargo, lo que a mi juicio parece menos acertado es el hacer intervenir a tres profesionales; el abogado, que como hemos visto aún que no es preceptivo resulta estrictamente necesario; el Notario y el MC, en el marco de un procedimiento encaminado a buscar una solución a la insolvencia del deudor. Profesionales que, por razones obvias, no actúan con gratuidad y que deberán percibir sus honorarios por las funciones ejercidas.

Ello está inspirado en la idea de que el deudor no requiera acudir a un abogado que le tramite el procedimiento, pues el principio inspirador del procedimiento es

la no intervención de profesionales del derecho privados, excluyéndose de tal calificación el deudor y el mediador y que, en principio, deberían ser los profesionales que asesoraran al deudor. Pero como se ha expuesto, tal circunstancia resulta prácticamente imposible dado que son muchos los aspectos a tener en cuenta respecto a la documentación a aportar así como de su tratamiento para la correcta presentación de la solicitud de MC.

5.- Por ello, creo que el procedimiento debería de evolucionar, como he expuesto anteriormente, de tal forma que fuera únicamente el abogado que asesorare al deudor quien se encargara, por un lado, de la llevanza de las negociaciones de la fase extrajudicial, proponiendo el AEP que más se ajustara a las condiciones y objetivos del deudor y garantizando el escrupuloso interés de los acreedores.

Debemos tener en cuenta, como hemos visto en los requisitos necesarios para poder ejercer el cargo de MC, que nos encontramos ante el denominado régimen general del AEP para personas jurídicas, cuyos concursos de acreedores son infinitamente más complejos. No es así en los concursos de persona física, empresaria o no, donde nos encontramos ante expedientes mucho más sencillos y escuetos, que faculta perfectamente a un abogado preparado para tramitar en su integridad.

De manera que, en un momento inicial, la adaptación para las personas naturales del procedimiento concursal general podía parecer adecuado. Pero su aplicación práctica ha dejado en evidencia las múltiples deficiencias que padece el régimen especial adaptado, y que se han intentado plasmar en este estudio.

6.- Es por ello que parece necesario la confección de un procedimiento destinado íntegramente a personas físicas mediante la creación de un Título XI, sin que este régimen especial se limitara a establecer especificidades en dichos casos por cuanto resulta más efectivo para cubrir las lagunas que adolece el actual procedimiento.

7.- De este modo, concluimos el estudio de las especificidades del Acuerdo Extrajudicial de Pagos de personas naturales no empresarias, poniendo de relieve las situaciones de deficiencia que nos encontramos en su aplicación práctica, e intentado introducir aportaciones que conduzcan, seguramente no a su solución, pero sí a ideas tendentes a ello.

## **Bibliografía**

ADAN, Federico et al. “La Segunda Oportunidad de las Personas Físicas: su aplicación práctica”. Barcelona. Editorial Vlex, 2018.

CABRERA MERCADO, Rafael; QUESADA LÓPEZ, Pedro M. “La mediación como método para la resolución de conflictos”. Madrid Editorial Dykinson, 2017.

DE VIVERO DE PORRAS, Carmen. “Ley Segunda Oportunidad, dejar atrás las deudas para volver a empezar”. Editorial Ley 57. Málaga, 2016.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Víctor; BLANCO GARCÍA-LOMAS, Leandro; DÍAZ REVORIO, Enrique. “El concurso de acreedores de la persona física, con especial atención a la mediación concursal y a la Ley de Segunda Oportunidad.” Editorial Wolters Kluwer. Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María. “Concurso de personas físicas y problemas inmobiliarios. Ejecuciones hipotecarias y derecho a la vivienda: estrategias jurídicas frente a la insolvencia familiar”. Observatori DESC, septiembre 2009.

FERNÁNDEZ SEIJO, José María. “La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad”. 2ª edición. Editorial Wolters Kluwer. Hospitalet de Llobregat, 2015”.

GARCÍA RODRÍGUEZ, José M<sup>a</sup>. “El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias”. Editorial Wolters Kluwer. Hospitalet de Llobregat, 2015.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar. “La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia”. Editorial Lefebvre - El Derecho. Segunda Edición. Madrid, 2015.

MARTÍN MOLINA, Pedro B., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José M<sup>a</sup>, LOPO LÓPEZ, M<sup>a</sup> Antonia. “La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas”. Editorial Dykinson. Madrid, 2014.

PARDO IBÁÑEZ, Borja, “El mecanismo de la segunda oportunidad. Del acuerdo extrajudicial de pagos al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”. Editorial Wolters Kluwer. Madrid, 2017.

PRATS ALBENTOSA, Lorenzo. “Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad”. Editorial Aranzadi. Madrid, 2016.

RIVAS, Amanay; GOMÀ, Fernando. “Acuerdo Extrajudicial de Pagos”. Notarios y Registradores, 10 de febrero de 2016, en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/actuacion-notarial-en-el-acuerdo-extrajudicial-de-pagos/> [visitado el 19.2.19]

SÁNCHEZ JORDÁN, María Elena. “El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2016.

SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVA, Inmaculada; OLMEDO CARDENETE, Miguel. “Presente y futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as”. Editorial Aranzadi, 2015”.

SENDRA ALBIÑANA, Álvaro. “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2018.

SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. “Segunda Oportunidad de las Personas Físicas: cuestiones todavía problemáticas”. Editorial Marcial Pons. Madrid, 2018.

TORRES ESCÁMEZ, Salvador. “Crítica al mediador concursal en la Ley de Segunda Oportunidad”. Notarios y Registradores, 25 de enero de 2017, en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/critica-al-mediador-concursal-en-la-ley-de-segunda-oportunidad/> [visitado el 19.2.19]

TORRES ESCÁMEZ, Salvador. “Mediador concursal: los errores del sistema y nombramiento del mediador”. Notarios y Registradores, 6 de septiembre de 2018, en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/mediador-concursal-los-errores-del-sistema-y-nombramiento-del-mediador/> [visitado el 19.2.19]

## **Jurisprudencia**

Ordenado por orden cronológico:

Auto JPI núm. 7 de Pamplona núm. 132/ 2017

Auto AP Palma Mallorca núm. 252/17

Auto AP Barcelona núm. 188/2018

Auto AP Lleida núm. 882/2018

STS de 13 de marzo núm. 150/2019

## **Normativa**

Ordenada por orden cronológico:

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Decreto de 2 de junio de 1994 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y el régimen del Notariado.
- Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización.
- Real decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.