

## LA PARTICIPACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES EN LA FASE PREVIA AL CONCURSO

**TRADICIONALMENTE, LA PARTICIPACIÓN DE NOTARIOS Y REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DEL CONCURSO SE HA LIMITADO SIEMPRE A RESOLVER CÓMO SE OTORGAN LAS ESCRITURAS Y CÓMO SE PRACTICAN LOS ASIENTOS REGISTRALES CUANDO EN ELLOS PARTICIPA O ESTÁ IMPLICADO UN CONCURSADO, SIENDO EL REGISTRADOR MERCANTIL QUIEN TIENE EL ENCARGO BÁSICO Y CENTRALIZADOR DE DAR PUBLICIDAD AL CONCURSO.**

La necesidad de dar agilidad al proceso ha llevado al Notario a ofrecer, además, ciertos servicios en el ámbito mismo del concurso. Ciertamente es que la regulación de las subastas en el artículo 220 del Reglamento Notarial fue declarada inconstitucional, pero lo fue exclusivamente por exlimitación reglamentaria. El acta de subasta encaja y encaja perfectamente en la actuación notarial y la falta de reglamentación lo que determina es la necesidad de establecer el requirente -el administrador concursal- las circunstancias y requisitos precisos en que se celebrará la subasta. El anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria contempla de nuevo la subasta notarial.

Pero en los últimos años, la acumulación de asuntos en los tribunales, la influencia de otros países y, por qué no decirlo, de las “modas jurídicas” (y aquí entra la mediación), han incentivado la participación de ambos cuerpos, el de Notarios y Registradores, ya no en el mismo proceso del concurso, sino en el momento anterior al mismo; y ahora con el objetivo fundamental, tan repetido y tan poco practicado en nuestro país, de que el concurso no termine con el desmantelamiento de las empresas, sino con su subsistencia.

¿Por qué Notarios y Registradores? Siempre se ha contado con Notarios y Registradores para desempeñar en ella un papel importante en el ámbito de la justicia preventiva. Esto se explica por el carácter de funcionario público que a ambos corresponde y a su cualificación profesional. En el caso del Notario, además, la labor de asesoramiento que a él corresponde le permite desempeñar perfectamente esta función previa al concurso.

### PROPUESTAS DE CONVENIO

Dejando a un lado los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago a que luego me referiré, una de las primeras intervenciones notariales en el concurso se producía y se produce en este momento.

Durante mucho tiempo, estos convenios constituían la única alternativa al desmantelamiento de la empresa, aunque muy ligados, eso sí, a la actuación de los tribunales: el secretario judicial recoge las propuestas y recoge

y verifica las adhesiones y el juez, en su caso, aprueba el convenio ordenando su publicación.

La intervención del Notario en estos casos es, desde luego, muy limitada. De acuerdo con el artículo 99 de la Ley Concursal, las firmas de la propuesta y la justificación del carácter representativo de los firmantes han de estar legitimadas. Esta legitimación, por imponerle así el artículo 259.2 del Reglamento Notarial, sólo es posible si el firmante comparece personalmente ante el Notario, dado que el convenio recoge una declaración de voluntad del firmante o firmantes. Esto excluye la legitimación de la firma por los otros medios supletorios que el Reglamento regula (el conocimiento de la firma o su cotejo con otra indubitada).

Al Notario no se le pide más que exista certeza de ser ciertas las firmas de sus autores y aquí termina su misión. Es tarea de los tribunales valorar después si el firmante está habilitado para hacerlo y cuál es su contenido para admitirlo o no a trámite.

Si le corresponde sin embargo al Notario, como resulta del artículo 99 de la Ley, antes citado, comprobar las circunstancias de la representación del firmante. Es decir, si quien firma es apoderado o un representante orgánico de una sociedad y que su poder es suficiente para ello, incluyendo en el testimonio de legitimación de firmas su juicio acerca de los pormenores del poder o de la escritura de nombramiento de cargos sociales. Si de un poder se trata, podría discutirse si basta que el poder faculte al apoderado para pedir el concurso o debe incluir la facultad expresa, si del deudor se trata, de proponer convenio o de aceptar los propuestos por los acreedores o, si del acreedor se trata, de proponer convenios al deudor.

El que la Ley exija facultad expresa para aceptar por el deudor convenios propuestos por sus acreedores y al acreedor poder expreso para votar el convenio en la junta de Acreedores, parece que debe llevarnos a la conclusión de que el Notario debe exigir que el poder sea expreso también para proponer el convenio por el deudor o por el acreedor y a este punto se extenderá su juicio de suficiencia. Si los representantes son orgánicos, el Notario comprobará únicamente el nombramiento y su inscripción,

así como la forma en que han de ejercer sus facultades (solidaria, mancomunada, colegiada), de acuerdo con las normas generales de la representación orgánica.

## ADHESIONES

Si en la propuesta de convenio se exige la legitimación de las firmas, para la adhesión a las propuestas ya presentadas (art. 103 LC) se exige comparecencia ante el secretario judicial o instrumento público. Ya no se trata de una mera legitimación de firmas y, puesto que se trata de recoger una declaración de voluntad, el cauce adecuado debe ser la escritura. Las posibles formas de adhesión son varias: podría otorgarse una escritura por cada adhesión; es posible que se otorgue una sola escritura por uno o varios de los acreedores y se complete esta misma escritura con tantas diligencias como acreedores comparezcan; o podrán comparecer el deudor, o cualquier acreedor que haya propuesto el convenio, para solicitar su protocolización, solicitando del Notario que recoja mediante diligencia las adhesiones. Estas adhesiones podrán otorgarse en esa Notaría o en la que elija el acreedor. En tal caso, el Notario ante el que se otorga la adhesión la remitirá al Notario que ha protocolizado el convenio de manera que de una misma escritura resulten la totalidad de las adhesiones. La comunicación telemática entre Notarios hace el proceso más breve.

Uno de los problemas que se plantean en la práctica es la dificultad, en los concursos con mayor número de acreedores, de lograr que firmen todos ellos. Se me ocurre que podría requerirse al Notario, al tiempo que se le requiere para protocolizar el convenio, para que recogiera in situ las adhesiones de los acreedores, de forma que ellos no tuvieran que desplazarse a ninguna Notaría. Por otro lado, de lograr que más acreedores firmen directamente la propuesta, será menos gravoso el trámite de las adhesiones y nada impide que la propuesta quede en la Notaría hasta que haya sido firmada por todos los proponentes o, incluso, que se requiera al Notario para que cite a todos ellos en su Notaría o en cualquier otro lugar, para favorecer en la medida de lo posible la firma de la propuesta.

La adhesión, en cualquier caso, ha de ser una pura y simple adhesión. No puede el acreedor introducir en ella modificación alguna, pues en tal caso se le considerará no adherido (art.103 de la LC).

En cuanto a las adhesiones que se hagan en su caso a las propuestas anticipadas de convenio, y según el artículo 106 de la LC, se presentarán en la forma establecida en la Ley, lo que remitiría al art. 103 y, por tanto, a la expuesto.

El posible contenido del convenio es muy amplio, aunque están limitadas las quitas y esperas salvo decisión del juez. Por lo que al Notario se refiere, puede contener propuestas de enajenación de bienes que desemboquen en una escritura de transmisión (en cuyo caso, el Notario debe conocer el contenido del convenio aprobado) o en

propuestas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales o de fusión o escisión de la sociedad concursada (lo que podría desembocar en la elevación a público de los acuerdos sociales procedentes sobre la base del convenio aprobado).

Una restricción que debe respetar el convenio es que no podrá contener cesión en pago o para pago de acreedores (parece que ninguna forma de liquidación global del patrimonio del concursado, ya que el objetivo del convenio ha de ser el mantenimiento de la empresa y no su desmantelamiento).

Por lo que a la participación registral se refiere, el Registrador Mercantil, conforme al artículo 24 de la LC, publicará la apertura de la fase de convenio.

El Registrador de la Propiedad no intervendrá en la fase previa a la aprobación del convenio, aunque quizá pudiera darse también publicidad a la apertura de la fase de convenio mediante anotación.

## ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

Los acuerdos de refinanciación no cuentan en nuestro país con la acogida que tienen en otros países y, sin embargo, podrían ser un magnífico instrumento de desjudicialización de los concursos.

Fue el Decreto-Ley 3/2009 el que introdujo por vez primera esta novedad en nuestra legislación concursal. Hoy, la Ley 38/2011 recoge su contenido en el artículo 71.6 y lo hace dentro del contexto de las acciones de reintegración de la masa, precisamente para establecer que los actos realizados al amparo de dichos acuerdos quedarán exceptuados de reintegración.

Pero además de constituir una vía que tienen el acreedor y el deudor para excepcionar la reintegración, los acuerdos de refinanciación son mucho más que eso; son, o debieran ser, una verdadera alternativa a la actuación judicial, una forma privada de resolución de una situación de crisis empresarial que tendría como objetivo básico la conservación de la empresa.





Este acuerdo podrá tener un contenido tan amplio como quieran las partes, si bien, por su naturaleza, implican reciprocidad: El deudor ofrecerá algo para lograr algo a cambio; así, el ofrecimiento de nuevas garantías o el pago inmediato de algunas deudas o de parte de ellas podría permitir al deudor obtener plazos de carencia, aplazamiento o mejora de condiciones en el pago de otras.

Ahora bien, sólo cuando los actos realizados en cumplimiento del acuerdo cumplan los requisitos que establece la Ley, podrán quedar a cubierto de una eventual acción de reintegración:

1. Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público, instrumento que, por el contenido del acuerdo, habrá de ser necesariamente la escritura pública. Es innegable el importante papel que corresponderá al Notario autorizante en estos casos. Aquí sí, el Notario controlará el cumplimiento de los requisitos legales y cuidará de que el acuerdo produzca los efectos queridos por las partes y, además, les advertirá y valorará sus consecuencias fiscales.

2. Que el acuerdo sea suscrito por acreedores que representen 3/5 partes del pasivo del deudor en la fecha de la adopción. Parece que de todo el pasivo, aunque no sea aún exigible. ¿Cómo se acreditará al Notario que se reúne quorum suficiente? Aparte de la documentación que justifique el crédito, parece conveniente exigir siempre la presentación de un balance.

3. El acuerdo responderá a un plan de viabilidad que ha de ser informado favorablemente por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor. El plan de viabilidad no puede suponer una liquidación anticipada del patrimonio del deudor, sino que debe ser un plan que garantice la pervivencia de la empresa. La Ley de Apoyo a Emprendedores añade un artículo 71bis a la Ley Concursal que recoge el procedimiento de nombramiento del experto. El procedimiento se inicia mediante instancia firmada por el deudor (instancia que, se dice, puede ser telemática). Especifica la documentación que ha de ser acompañada para iden-

tificar al solicitante y a sus acreedores. Si todavía no se hubiese formulado el acuerdo, se acompañará un proyecto del mismo y del plan o, al menos, del acuerdo marco o preliminar. El Registrador puede solicitar presupuestos antes de hacer la designación del experto y a éste, como especialidad, le serán aplicadas las causas de incompatibilidad de los auditores. El plazo lo fijará el solicitante, sin que supere el mes desde la aceptación, aunque puede ser prorrogado (se entiende

que por el solicitante). Si no se emite en plazo, caduca el nombramiento y se designará un nuevo experto.

4. El plan implicará una de estas dos cosas o ambas:

A. Modificación de las obligaciones que suponga o prórroga del vencimiento o establecimiento de nuevas obligaciones en sustitución de las existentes.

B. Ampliación del crédito disponible. Puesto que el acuerdo está ligado a un plan de viabilidad, la ampliación de crédito disponible no parece deba poder destinarse a las necesidades de circulante del deudor, sino a ponerse al día en el pago de intereses atrasados y a la cobertura de los propios gastos que implicará la refinanciación (los costes fiscales, notariales y registrales que tendrán lugar después para darlo cumplimiento: sustitución de garantías, ampliaciones de plazo, fijación de plazos de carencia, pólizas de crédito, avales).

Los acuerdos de refinanciación pueden quedar aquí o pueden someterse a la homologación judicial. Sólo la homologación permitirá ampliar los efectos de eventual la espera pactada a quienes no han firmado el acuerdo; concretamente, a las entidades financieras no participantes o disidentes no dotadas de garantía real. Para que se produzca esta ampliación de los efectos de la espera es preciso que el acuerdo haya sido suscrito por un porcentaje suficiente del pasivo de entidades financieras (tras la reforma de la disp. Adicional cuarta, apartado uno de la Ley Concursal llevada a cabo por la Ley de Apoyo a Emprendedores, se rebaja este porcentaje del 75% al 55%)

En la Ley no se prevé la publicidad registral de apertura de negociaciones para llegar al acuerdo de refinanciación.

Este tratamiento desjudicializado del concurso tan poco empleado en España tiene ya importantes precedentes americanos y también europeos. Dentro de Europa, tanto Inglaterra como Francia, y más recientemente Italia y sus "escudos protectores", han influido en la regulación de estas refinanciaciones como forma de evitar el concurso.

## ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

En la reforma llevada a cabo en el 2011 se echaba de menos, no obstante, un procedimiento más desjudicializado alternativo al concurso en la línea del procedimiento bajo control notarial para personas físicas que planteaba en su momento Convergencia i Unio. Pues bien, esta deficiencia trata de ser subsanada por la reciente Ley de Emprendedores.

Ya no se regula a propósito de las acciones de reintegración, sino que merece un título independiente en la Ley, como, a mi juicio, debiera haber ocurrido con el acuerdo de refinanciación, del que le separa el protagonista: el deudor y los acreedores, en el de refinanciación; el mediador concursal, en el extrajudicial de pagos.

## EL MEDIADOR CONCURSAL

Efectivamente, en este tipo de acuerdos el protagonista es el mediador concursal.

Los requisitos que se le exigen son los siguientes:

A. Figurará en una lista oficial publicada en el BOE y suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

b. Reunirá los requisitos específicos que determina la Ley 5/2012 de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, que en su artículo 11 exige:

- pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- ausencia de incompatibilidad con el ejercicio de su profesión. • título universitario o de formación profesional superior. - formación específica.
- seguro de responsabilidad civil.

C Reunir alguno de los requisitos que exige la Ley Concursal en su artículo 27.1; a saber:

- ser abogado en ejercicio con cinco años de ejercicio profesional que haya acreditado formación especializada en Derecho Concursal.
- ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

Se le exigen, pues, junto a los requisitos de cualquier mediador, los que exige su especial función. Una de las preguntas que pueden plantearse es si el Notario puede ser mediador, al margen del papel que ya le asigna la Ley Concursal. El escollo está en los requisitos que dispone el artículo 27 de la Ley Concursal, por lo que habrá que concluir que no.

## NOMBRAMIENTO

En lo que se refiere al nombramiento de mediador, tendrá éste lugar a solicitud del empresario tanto social como individual. El empresario o profesional individual debe ser insolvente o prever que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones y su pasivo no superará los 5 millones de euros. Al social se le exige ser insolvente, si se declarara en concurso éste no sería de especial complejidad, dispondrá de líquido suficiente para satisfacer los gastos del acuerdo y su patrimonio e ingresos previsibles deben permitirle cumplir con éxito el acuerdo de pago. Se regulan en la ley ciertas restricciones para la solicitud del acuerdo. Destaquemos la restricción que supone estar negociando o haber alcanzado antes un acuerdo de refinanciación.

¿Y quién nombra al mediador? La Ley ha considerado adecuado reservar el nombramiento al Registrador Mercantil del domicilio del deudor, cuando se trata de empresarios o entidades inscribibles y residualmente al Notario del domicilio del deudor, en los demás casos. Debe advertirse de que la amplitud de la expresión “empresarios o entidades inscribibles” dejará muy limitada la designación por el Notario, pues en el Registro se inscribe el empresario social con carácter obligatorio, pero también es inscribible el individual potestativamente. Como lo que dispone la Ley es que el empresario o entidad sean inscribibles y no que estén inscrita, al Notario sólo le corresponderá el nombramiento del profesional persona física.

La solicitud se hará mediante instancia suscrita por el deudor, en la que el deudor hará constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo.

El nombramiento por el Registrador . Mercantil se hará aplicando lo que disponen los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, que regula el nombramiento de expertos independientes. La instancia, por triplicado (y aquí no se recoge la posibilidad de instancia telemática), se presenta en el Libro Diario y se abre un expediente numerado, lo que se hace constar mediante diligencia al margen del asiento. Dentro de los quince días siguientes se realiza el nombramiento, que se hará

