

CONCLUSIONES

DE LA REUNIÓN DE MAGISTRADOS DE LO MERCANTIL DE MADRID

SOBRE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA LEY DE APOYO A EMPREENDEDORES, SOBRE CUESTIONES CONCURSALES

11 DE OCTUBRE DE 2013

SUMARIO: Previo. I.- Cuestiones relativas a los acuerdos extrajudiciales de pago. II.- Cuestiones relativas a la remisión del pasivo insatisfecho del art. 178.2 LC. III.- Cuestiones relativas a las acciones de reintegración en el concurso consecutivo. IV.- Cuestiones relativas al tratamiento del empresario de responsabilidad limitada.

PREVIO. La reunión de la mayor parte de Jueces de lo mercantil de Madrid, once en total, y con participación posterior de los demás, ha tratado de adoptar unos criterios comunes sobre algunas de las cuestiones conflictivas de la reforma de la LC que ha sido operada por la reciente Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores.

No se trata de acuerdos cerrados, ni de decisiones vinculantes, lo que queda para cada resolución judicial, sino de una aproximación a los criterios con los que enfrentarse a los primeros problemas prácticos. Tampoco pretende abordar problemas de especial calado doctrinal, sino dar respuesta a cuestiones más bien prácticas y de funcionamiento. Tampoco tiene como objetivo agotar la totalidad de los problemas existentes.

Se expresan tan solo los criterios, sin una exposición doctrinal o razonada, propia de otros documentos, salvo en algún punto conflictivo, ya que el fin de la reunión no es tanto profundizar en los argumentos, como fijar (al menos provisionalmente) posiciones resultantes que ofrezcan en la medida de lo posible una homogeneidad en el tratamiento judicial y una cierta confianza en los operadores jurídicos. Carece de cualquier otro valor o pretensión. Es, en suma, nada más que un cierto posicionamiento provisorio frente a las enormes dudas de calado que plantea esta especial reforma, dudas que son así compartidas con todos los demás operadores jurídicos.

I.- CUESTIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

Nota previa: Ya que los expedientes para alcanzar tales acuerdos se desarrollan de modo extrajudicial, únicamente se tratan aquí cuestiones que puedan ser relevantes en atención a su posible impugnación, art. 239 LC, y al concurso consecutivo, art. 242 LC.

1º.- Ámbito de aplicación para personas jurídicas. El art. 231.2.b) LC se refiere a personas cuyo concurso no hubiera de revestir especial complejidad. Ello remite al art. 190 LC, precepto este que comprende un cierto ámbito de valoración discrecional del juez, guiado por tres criterios. ¿Cómo se controlará la aplicación del ámbito subjetivo del acuerdo realizada por el notario/registrador, frente a esa discrecionalidad judicial?. ¿Goza de la discrecionalidad el notario o registrador?

- Bastará para entender que el expediente para el acuerdo ha sido bien aplicado por el notario o registrador cuando al menos esté presente en el supuesto uno de los tres criterios recogidos en el art. 190.1 LC, pero necesariamente ha de concurrir al menos uno de ellos (menos de 5 acreedores, pasivo no supere los 5 millones de euros, o activo no alcance los 5 millones de euros). Es decir, no puede admitirse la apreciación por el notario o registrador sin que concurra alguno de esos tres supuesto legales.

(UNANIMIDAD)

2º.- ¿Puede el juez rechazar la consideración de “concurso consecutivo”, respecto del subsiguiente concurso, por estimar que el notario o registrador no han apreciado adecuadamente el ámbito de aplicación del expediente para el acuerdo o la presencia de ciertas prohibiciones del art. 231.3 a 5?.

- En cuanto al ámbito de aplicación del expediente, sólo en los casos en los que pudiese resultar de modo manifiesto y evidente el error padecido por el notario o registrador en la aplicación del ámbito subjetivo del expediente para el acuerdo, el juez podrá rechazar (vd. arts. 11.2 LOPJ y 232.3 LC) la aplicación de los efectos propios del concurso consecutivo, del art. 242.2 LC, en el concurso posterior referido al mismo deudor, así como la legitimación misma del mediador concursal de dicho expediente para instar el posterior concurso.
- Igualmente resultará observable por el juez, a la finalidad de entender que el concurso posterior tiene la consideración de consecutivo, con los efectos del art. 242.2 LC, e incluso, de reconocer la legitimación del mediador concursal para instarlo, el hecho de que se haya efectuado un adecuado y efectivo control por el notario o registrador de la falta de concurrencia de las prohibiciones del art. 231.3 a 5 LC.
- No se admitirá la denuncia del propio deudor instante del acuerdo extrajudicial sobre dichos extremos, a fin de lograr por él que se soslayan los efectos propios del concurso consecutivo (ej., disponer de la posibilidad de proponer convenio concursal), ya que sería una actuación abusiva, contra los propios actos.

(UNANIMIDAD).

3º.- Prohibiciones. El art. 231.3.1º LC impide acceder al acuerdo extrajudicial a los condenados por sentencia firme, ¿debería hacer la salvedad de los que han obtenido la rehabilitación penal?.

- En todo caso, no se entenderá comprendido en la prohibición, los sujetos que pese a haber sido condenados penalmente, hubieran obtenido la

rehabilitación, con cancelación de sus antecedentes penales, o bien con antecedentes que hubieran debido ser cancelados en el registro, por la concurrencia de los requisitos para ello, aun que formalmente no se hubieran cancelado en dicho registro.

- A tal efecto, instado el concurso consecutivo, se procederá de oficio por el Juzgado a obtener el certificado de antecedentes penales.

(UNANIMIDAD)

4º.- El art. 231.3.4º LC impide acudir al expediente de acuerdo extrajudicial, a los que, dentro de los 3 últimos años, hubieran sido declarados en concurso de acreedores, ¿y si el concurso fuera declarado antes de esos tres años, pero hubiera estado pendiente dentro de dicho periodo?.

- Se trata de una norma prohibitiva, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva, y, por tanto, debe entenderse que sí podrán acceder a este expediente los deudores cuyo concurso hubiera estado pendiente dentro de ese periodo anterior de 3 años, siempre y cuando la fecha del auto de declaración de tal concurso fuere anterior a dicho plazo.

(UNANIMIDAD).

- No obstante, se plantea un **problema añadido en tales supuestos**, cual es la colisión que se produce entre la disposición señalada y el art. 179.1 LC, el cual preceptúa que, para las personas físicas, la declaración de concurso dentro de los 5 años siguientes a la conclusión del anterior por liquidación o falta de masa, tendrá la consideración de reapertura de aquel, lo que parece chocar con la previsión propia del concurso consecutivo, del art. 242 LC. Nada impide acudir al expediente de acuerdo extrajudicial, la única cuestión está en la consideración del concurso posterior. Respecto de ello:
 - Opción A).- Debe prevalecer la norma especial del art. 179.1 LC, de tal forma que no será un concurso consecutivo, con los efectos especiales del art. 242.2 LC, sino se tratará como reapertura del anterior (3 VOTOS).
 - Opción B).- Es el propio deudor el que ha optado por el cauce del acuerdo extrajudicial, con todas sus consecuencias, y ello abre una vía especial de tratamiento legal de la cuestión, la del art. 242 LC, por lo que el concurso será considerado como consecutivo, sin perjuicio de la competencia del juez que conoció del primer concurso, ya que la norma del art. 179.1 LC parece más bien integrar sólo una atribución competencial, de suerte que es posible conciliar ambas normas, una para el aspecto sustantivo, art. 242 LC, y otra el competencial, art. 179.1 LC. Todo ello sin perjuicio del posible cambio del centro principal de intereses del deudor en dicho tiempo, cuando se trata de personas físicas (6 VOTOS).

5º.- El art. 231.4 LC prohíbe acceder al expediente de acuerdo extrajudicial al deudor que, en los 3 años anteriores, hubiera alcanzado un acuerdo de refinanciación, ¿a qué clase de acuerdo de refinanciación se está refiriendo?.

- Exclusivamente se refiere a acuerdos previstos en la LC, susceptibles de homologación judicial, los de la DA 4 LC, al ponerse en relación con el art. 231.3.4º LC, no otros, ya que los del art. 71.6 LC no reciben

homologación judicial, y las refinanciaciones comunes pueden obtener alguna homologación respecto a problemas puntuales con algún acreedor, v. gr., si ya estuviere pendiente un litigio con éste, donde el acuerdo se manifieste como un transacción, pero el juez no habrá homologado el acuerdo, sino sólo una manifestación sobre el objeto del litigio en cuestión.

(UNANIMIDAD).

6º.- El art. 231.5 LC impide si quiera iniciar el expediente cuando cualquier acreedor del deudor, de los que deban de quedar vinculados, hubiera sido declarado en concurso. ¿Alcance de esta norma?.

- Ha de interpretarse restrictivamente (se valora como una norma de excesivo rigor y de escasa eficiencia para lograr los fines propios de la reforma legal, según su Preámbulo), y únicamente operará para el caso de que el acreedor haya sido ya declarado en concurso al momento de la admisión de la solicitud del expediente por el notario o registrador, y no si la declaración de concurso del acreedor se produce cuando ya está en trámite dicho expediente, es decir, sobrevenida, donde la manifestación de voluntad de tal acreedor se expresará por las reglas concursales de los arts. 40 y 54 y ss. LC.

(UNANIMIDAD).

7º.- Mediador concursal. Dispone el art. 233.1 pf, 2º LC que el mediador deberá “reunir además de esta condición, ..., alguna de las que se indican en el ap. 1 del art. 27 LC”. ¿se exigirá sólo que reúna materialmente la condición, o que también esté formalmente en las listas del colegio correspondiente?.

- Deben ser distinguidos dos planos. En primer lugar, la función del mediador y la validez del acuerdo alcanzado en el expediente no queda condicionada por la inclusión o no de tal mediador en las listas colegiales de profesionales para administradores concursales. Ahora bien, en segundo plano, para poder convalidar luego la designa del mediador como administrador concursal en el concurso consecutivo, el profesional deberá necesariamente estar incluido en las listas de los colegios profesionales, ya que ello garantiza la experiencia y formación concursal exigida en el art. 27.1 LC, y es requisito legal común para gozar de la condición de administrador concursal, no dispensado en el art. 242.2 LC.
- **ADENDA ESPECIAL**: En cuanto a los acuerdos alcanzados por esta Junta de Jueces de lo Mercantil de Madrid, en fecha de 13 de diciembre de 2011, y con expresa modificación de los mismos, **respecto de los economistas**, se ha de entender como implícito en el art. 27.1.2º LC su deber de colegiación, tal cual ocurre con los abogados, de acuerdo con la régimen jurídico propio de su profesión. La diferencia entre lo señalado para los abogados, en el nº 1º del art. 27.1 y para los economistas, en su nº 2, es solo semántica y no puede alterar las previsiones específicas de aquel régimen profesional. Por ello, sólo podrán tener acceso a la lista de decanato, del art. 27.3 LC, para su designa como administradores concursales, por medio de la remisión de listas que debe realizar su colegio correspondiente. Ello, además, es una forma de control sobre la

experiencia y formación específica en materia concursal que se exige legalmente para acceder a las funciones de administrador concursal.

(UNANIMIDAD)

8º.- Toda vez que el art. 233.1 LC se referencia en la Ley 5/2012, de 6 de julio, surge la cuestión del alcance del deber rígido de confidencialidad impuesto en el art. 9.1 a los mediadores, en relación con la posterior actuación como administrador concursal, y sobre hechos conocidos durante tal mediación que den lugar a la calificación del concurso y a acciones de reintegración. ¿Cuál es el alcance de este conflicto?

- Respecto de ello, debe tenerse presente que:
- (i).- El mediador concursal es una figura de primera importancia durante la tramitación del expediente para el acuerdo extrajudicial, incluso con la atribución a él de la tarea de elaborar el plan de pagos (vd. art. 236.1 LC). Ello implica el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo tocante a la actividad económica del deudor, que quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9.1 Ley de Mediación, lo que generaría la imposibilidad del uso de aquellos datos e informaciones para posteriores acciones de reintegración y calificación concursal.
- (ii).- La única excepción admitida en el art.9.2.a) Ley de Mediación es la exoneración por escrito de dicho deber de confidencialidad a favor del mediador.
- (iii).- Pese a ello, se ha de entender que la mediación concursal reúne, por principio de su régimen legal, una serie de especialidades respecto a las características generales de la mediación común, de modo que se singulariza su función y la instrumenta respecto al eventual concurso consecutivo, para actuar como administrador concursal. De ello es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero sólo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, no en otros aspectos (en línea con el art. 7.2.b) de la Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre Ciertos Aspectos de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles). Ello sin perjuicio de que pueda constituir una buena práctica del mediador obtener dicha exoneración expresa por escrito, a los efectos del eventual concurso posterior, al principio de su labor de mediación.

(UNANIMIDAD)

9º.- Validez del acuerdo. ¿Deben ser convocados los acreedores con garantías reales, o no, por el mediador, decisión que afectará a las causas de impugnación, art. 239.2 LC, pese a que no quedan vinculados?

- Estos "pueden quedar afectados", sin perjuicio de que ello depende de su propio consentimiento, y la única exclusión expresa es a los acreedores públicos, y el ap. 4º del art. 234 regula incluso una eventual contestación por parte de estos. Por tanto, deben ser convocados, y la omisión del cumplimiento de dicho deber puede generar efectos anulatorios en impugnación.

(UNANIMIDAD)

10º.- En atención a lo dispuesto en el art. 235.6 LC, en relac. art. 5 bis.4 LC, sobre la solicitud de concurso por parte del mediador concursal, ¿puede el deudor instar su propio concurso, por entender que desiste de la pretensión del acuerdo, en el plazo del art. 5 bis?

- Sí, se ha de entender que es disponible para él, y puede desistir del expediente de acuerdo extrajudicial en todo momento para acudir al concurso de acreedores. Extremo distinto es que ello no evitará que el concurso tenga ya la consideración de consecutivo respecto del expediente notarial o registral, incluso para vedar la posibilidad de una propuesta de convenio, con los efectos del art. 242.2 LC, si el notario o registrador hubiera ya admitido la solicitud de expediente.

(UNANIMIDAD)

11º.- Subordinación de ausentes. El art. 236.4 LC impone al mediador instar el concurso en 10 días naturales desde el envío de la propuesta de acuerdo, si la mayoría de estos expresa su deseo de no continuar, pero el art. 237.1 permite a los acreedores expresar su oposición hasta 10 días naturales antes de la reunión (la que se debe celebrar en el plazo de 2 meses, art. 234.1). Por ello, es posible que ya se haya instado el concurso por el mediador, cuando a algunos acreedores no les hubiera transcurrido el plazo para expresar su oposición. ¿Cómo se tratará su subordinación en el concurso?

- Se trata de una norma sancionatoria, con el fin de estimular la participación en la reunión por los acreedores que pudieran verse afectados, por lo que su interpretación ha de ser restrictiva. Y así, únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo, y estos ni asisten, ni han expresado en el plazo de 10 días anteriores su oposición.

(UNANIMIDAD)

12º.- Si la mayoría del pasivo ha mostrado ya su oposición, art. 236.4 LC, y el mediador ha de instar el concurso, ¿se sancionará con subordinación a los acreedores que no manifestaron nada, aún cuando su opinión fuese ya irrelevante?

- Su respuesta queda comprendida en la misma conclusión que la pregunta anterior, sólo cabe subordinación si el expediente llega al punto en que debiera legalmente celebrarse la reunión, aun cuando la misma finalmente no pueda tener lugar por falta de quórum.

(UNANIMIDAD)

13º.- ¿Qué carácter del concurso instado por el mediador concursal, voluntario o necesario?

- Dados los especiales efectos ya previstos en el art. 242.2 LC para el concurso consecutivo, la cuestión no tiene demasiada transcendencia

para determinar, al menos, los efectos de la declaración de concurso, pero la consideración será de concurso necesario, art. 22.1 LC.

(UNANIMIDAD)

14º.- Impugnación del acuerdo. Entre los motivos de oposición esta la “desproporción de la quita o moratorias exigidas” ¿cuáles son los términos para comprobar lo proporcionado o desproporcionado?, ¿respecto de las circunstancias que precisa la actividad empresarial del deudor para continuar, según su plan de viabilidad?, ¿respecto del concreto crédito que sufre dicha merma de quitas y esperas, por sus condiciones, ej. trabajadores?, o ¿respecto de unos créditos frente a otros no afectados por el acuerdo?.

- Para invocar dicha causa se debe ser, obviamente, uno de los acreedores que hubiera sufrido el efecto extensivo de las quitas y esperas del acuerdo extrajudicial, con su oposición o ausencia, proteste formalmente o no.
- Deberá examinarse la desproporción que pudiera implicar el sufrimiento de dichas novaciones en ese concreto acreedor, según la naturaleza, origen y otras circunstancias de su propio crédito, particularmente si existe un trato diferencial en dichas quitas y esperas entre diversos grupos de acreedores, o es más, en acreedores individualizados.
- Pese a ello, nada se opone a que la desproporción del sacrificio de quitas y esperas pueda ser valorada en atención a que las impuestas son superiores a lo que efectivamente se requerirían como suficientes para la viabilidad de su actividad económica según el plan de viabilidad que debe acompañar al de pagos (art. 236.1 pf. 2º LC).

(UNANIMIDAD)

15º.- En caso de impugnación por motivos de forma (v. gr. ausencia de convocatoria debida, o de cómputo de mayorías) ¿cabe que el juez, al estimar la impugnación, acuerde la reposición de actuaciones en el expediente, para dar lugar a una nueva convocatoria de la reunión o de su celebración?.

- No cabe reponer tales actuaciones, ya que no se está ante un proceso judicial formalizado, sino ante un intento de mediación privado, que se agota en su resultado. De estimar dichas objeciones en el proceso de impugnación del acuerdo, tal cual prevé el art. 239.6 LC, sólo cabe la anulación de tal acuerdo con las consecuencias del art. 242 LC.
- **Problema conexo:** Podrá vehiculizarse por dichas causas de impugnación, aun que a los solos efectos de examinar la validez del acuerdo, la cuestión de si se es o no efectivo acreedor de ese deudor, para determinar si debió o no ser convocado.

(UNANIMIDAD).

16º.- ¿Cuáles son los efectos sustantivos de la anulación del acuerdo?.

- Desaparecen los efectos novatorios, quitas y esperas, que se hubieran pactado en él mismo, concurriendo al concurso los acreedores con sus créditos en la manera que existiesen sin tener presente el contenido del acuerdo anulado.

- Los pagos realizados en cumplimiento de tal acuerdo, durante el tiempo de tramitación del proceso de impugnación, se entenderán consolidados por los acreedores que los hubieran recibido, esto es, válidamente hechos, pero sin perjuicio de cómo deban ser observados dentro del concurso consecutivo, a tenor del art. 71 LC (véanse aquí los acuerdos de esta Junta en materia de reintegración)

(UNANIMIDAD)

17º.- En caso de anulación, ¿cómo se da lugar al concurso consecutivo?, ¿Qué ocurre si el deudor ha hecho desaparecer para entonces su situación de insolvencia?.

- El Juzgado procederá de oficio, mediante testimonio de la sentencia de anulación con el que se dará lugar al auto de declaración de concurso consecutivo, de carácter necesario.
- Si entre el momento de aprobación por la reunión del acuerdo extrajudicial y el de anulación judicial del mismo y la declaración de concurso, el deudor ha logrado enjugar su insolvencia, podrá instar entonces la conclusión del concurso ya declarado, por dicha causa, vía art. 176.1.4º LC.

(UNANIMIDAD).

18º.- Incumplimiento del acuerdo de pagos. Frente a la solicitud del mediador para la declaración de concurso, art. 241.3 LC, ¿qué ocurre si el deudor, pese al incumplimiento del plan, estima que es solvente, o estima que no ha existido el incumplimiento?.

- La solicitud deberá ser tratada como una instancia de concurso necesario, para emplazar así al deudor, art. 15.2 LC, quién podrá oponerse, art. 18 LC, por entender que no existe ya la insolvencia, o por entender que no existe incumplimiento del plan de pagos.

(MAYORIA)

19º.- ¿Tienen legitimación los acreedores para instar el concurso frente a incumplimientos del plan de pagos, en aquello que les afecte?.

- El art. 241.3 LC impone un deber para un sujeto determinado, el mediador concursal, como supervisor del cumplimiento, art. 241.1 LC, lo que no excluye la potestativa legitimación para otros posibles interesados, los acreedores, para pedir el concurso posterior por dicho incumplimiento. A dicha petición se le dará el trámite de concurso necesario, para permitir la oposición del deudor, y la práctica de prueba, incluso con testifical del mediador concursal. Si se estima la solicitud de concurso por el acreedor, se declarará como necesario, art. 22.1 LC, y como consecutivo, art. 242 LC.
- Supuesto distinto es sí, durante el desarrollo del plan de pagos, un acreedor entabla solicitud de concurso necesario por otras causas distintas al incumplimiento del plan de pagos, esto es, por hechos reveladores del art. 2.4 LC. Llegado el caso, dicho concurso necesario no podría ser considerado como consecutivo, lo que determinaría la

inaplicación de los efectos del art. 242.2 LC, ya que sólo será concurso consecutivo si deriva de alguna de las tres causas recogidas en el art. 242.1 LC, imposibilidad de alcanzar un acuerdo, incumplimiento del plan de pagos o anulación del acuerdo.

(MAYORÍA).

20º.- ¿Qué efectos tiene el incumplimiento del acuerdo sobre el contenido sustantivo de la novación operada por el acuerdo?.

- Pese a que la equiparación con el incumplimiento del convenio no sea plenamente satisfactoria, puesto que el acuerdo se alcanza por pacto extrajudicial, y sin homologación alguna, con una voluntad privada novatoria de los concurrentes, lo esencial es su fuerza legal expansiva para los acreedores disidentes o ausentes, lo que evidencia una naturaleza jurídica particular, superior al del mero pacto privado novatorio, como para vencer el principio de relatividad contractual. Ello lleva a concluir que su incumplimiento, análogamente a lo que ocurre con el incumplimiento del convenio, supone la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo, de modo que al concurso consecutivo los acreedores concurren con sus créditos en la cuantía y forma que existían antes del acuerdo, esto es, sin el efecto novatorio del mismo.
- No obstante, los pagos realizados en ejecución del acuerdo, durante su vigencia, se mantendrán, validando su efecto solutorio, sin perjuicio de observar dichos pagos bajo la perspectiva del art. 162 LC, o del art. 71 LC.
- El art. 241 LC no establece de modo expreso una resolución judicial que declare dicho incumplimiento, y conlleve el pronunciamiento de los efectos extintivos sobre su novación. Ello derivará, en su caso, del auto que declare el concurso necesario y consecutivo, tras la oposición del art. 18 LC, o ante la ausencia de la misma, declaración que contendrá la proclamación de dicho incumplimiento y la desaparición de los efectos novatorios del acuerdo.

(MAYORÍA).

21º.- Dispone la regla 1ª del art. 242.2 que la administración concursal “no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente”. Pero en dicho expediente de acuerdo extrajudicial, el arancel no será aplicable a la fase de liquidación, por definición, ya que no existe esa fase en el expediente, y su remuneración en tal fase no habrá sido fijada antes. Dado que el concurso consecutivo se realiza precisamente con fase de liquidación, ¿debe retribuirse la misma sin precisar circunstancias excepcionales?

- No puede mutarse la regla general del art. 242.2.1º LC so pretexto de que nunca se habrá remunerado dicha fase liquidatoria en el expediente de acuerdo extrajudicial, ni se habría fijado suma alguna por ella, al no existir por definición en tal expediente, y que por ello debería fijarse siempre una remuneración referida a dicha fase liquidatoria en el concurso consecutivo, ya que ello supondría elevar a regla general lo recogido como excepcional a la norma legal.

- No obstante, si la fase de liquidación concursal comprendiese especiales labores para llevarla a cabo, en atención a su complejidad, dedicación y volumen, podría excepcionalmente fijarse remuneración por tal razón, de acuerdo con el arancel.

(UNANIMIDAD)

22°.- En el concurso del fiador del deudor, deudor este que hubiera intentado el acuerdo extrajudicial, si aquella fianza se prestó en el periodo de negociación del acuerdo extrajudicial, ¿puede sostenerse que se trata de un “acto dirigido a mejorar la situación en que se encuentre...”art. 235.3 LC, y como tal un acto contrario a derecho y nulo, art. 6.3 CC?.

- Siempre que la fianza o la garantía se obtenga sobre bienes de terceros, propiamente no se afecta al patrimonio de dicho deudor, sino de un tercero, el fiador o hipotecante. El art. 235.3 LC especifica que la mejora de la situación relativa del acreedor lo es respecto del patrimonio del deudor. Por ello no es un acto nulo por contrario a una norma prohibitiva, lo que no impide que pueda ser observado en el propio concurso del fiador conforme a las acciones que le sean propias.

(UNANIMIDAD).

II.- CUESTIONES RELATIVAS A LA REMISIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO DEL ART. 178.2 LC.

1°.- Con la modificación del art. 178.2 LC, donde antes se hablaba de acciones individuales, y de la fuerza ejecutiva civil de las menciones en la Lista de acreedores, previsiones ahora desaparecidas, ante el supuesto de adquisición futura por deudor concursado a quien no se le hubiera concedido la exoneración de pasivo ¿cabrán acciones individuales de los acreedores o tan sólo la reapertura del concurso?

- La finalidad de la reforma no es establecer un régimen postconcurzal de respuestas alternativas entre acciones individuales, de un lado, y reapertura del concurso, de otro, ni impedir el ejercicio de dichas acciones por la mera circunstancia de decaer aquellas referencias en el texto nuevo de la norma.
- Por tanto, en dicho caso, venido el deudor a mejor fortuna, conforme a las reglas generales de Derecho, se debe entender posible que por los acreedores insatisfechos puedan en el futuro ejercitarse acciones individuales contra el deudor.
- Este no es el mismo caso que el contemplado en la RDGRyN de 17 de diciembre de 2012, sobre nueva constancia de bienes ya pertenecientes al deudor durante el concurso, pero no conocidos ni consignados dentro de dicho concurso, donde procederá la reapertura de ese concurso, no las acciones individuales.

(MAYORÍA)

2°.- Ámbito subjetivo respecto al empresario persona física. Cuándo el ult. Inc. del art. 178.2 LC habla del “deudor que hubiera intentando sin éxito un

acuerdo extrajudicial...”, es ¿admisible que se refiere también al deudor persona jurídica, ya que ese expediente es admisible para ambos tipos de personas?

- No lo es. La remisión de deudas del art. 178.2 LC opera exclusivamente para personas naturales, sean empresarios o no. El deudor persona jurídica se sujeta, a estos efectos, al régimen del art. 178.3 LC.
- Si el deudor persona física es empresario y no intentó un acuerdo extrajudicial, se someterá la remisión de deuda al incs. primero del art. 178.2 LC.

(UNANIMIDAD)

3º.- La regulación de la remisión de pasivo en el art. 241.5 LC, en el ámbito del concurso consecutivo, excepciona de su ámbito exonerativo a las deudas de Derecho público, previsión esta no establecida en el art. 178.2 LC, ¿es posible extraer consecuencias de esa diferencia?

- Esa limitación de la exoneración, a favor del crédito público, sólo operará para las personas físicas empresarios, y en el ámbito del concurso consecutivo, no fuera de él.

(UNANIMIDAD)

4º.- A efectos de la cuestión anterior, ¿cuándo se entiende que el deudor ha intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos?

- En los casos en los que el expediente termine sin acuerdo, o el mismo sea anulado, pero no en los casos en los que el notario o registrador hubiera rechazado de plano la solicitud, ni en los que se hubiere incumplido el acuerdo logrado, salvo, en este último caso, cuando se acredite que tal incumplimiento no es imputable al deudor.

(UNANIMIDAD)

5º.- Requisitos para obtener la remisión. Cuando el art. 178.2 LC exige haber satisfecho los créditos privilegiados para beneficiarse de la exoneración, en el caso de los créditos privilegiados especiales ¿qué se entiende por su satisfacción, el pago del total de su cuantía, o solo hasta el valor del bien que responda de la garantía?

- De acuerdo con las normas generales concursales para el pago de dichos créditos, art. 155 LC, el resto del crédito no cubierto por el valor del bien pasa a recibir el tratamiento de crédito ordinario. Por tanto, para gozar de la exoneración, bastará con la satisfacción del crédito hasta la cuantía cubierta por el bien sobre el que recae dicha garantía. El resto del crédito, ya como ordinario, será tratado como dispone el art. 178.2 LC, en orden a determinar si se debe aplicar la exoneración de pasivo o no.

(UNANIMIDAD).

6º.- ¿Qué se debe entender por delitos singularmente relacionados con el concurso?

- No se debe entender, en abstracto, como delitos cuyo bien jurídico protegido está relacionado de algún modo con los concursos de acreedores, según su tipificación legal.
- Si no que se debe referir la norma a delitos específicamente relacionados con el concurso concreto que se tramita y en el cual debe decidirse sobre la exoneración de pasivo, con una vinculación directa.
- No será preciso, en cambio, para apreciar el requisito, que el delito este tipificado dentro de los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, sino que basta que por su contenido antijurídico quede relacionado con la concreta insolvencia tramitada en el concurso (v. gr., delitos contra las relaciones familiares, por impago de pensiones y alimentos).

(MAYORÍA)

7º.- ¿Qué ocurrirá si al momento de decidir sobre la exoneración del pasivo, se está instruyendo o juzgado al deudor concursado por uno de esos delitos?

- Se trata de una norma impeditiva de la obtención de un beneficio, por lo que su interpretación debe ser restrictiva, y dado que el art. 178.2 LC exige la condena, dicha situación no puede ser impedimento para la concesión de la exoneración.

(MAYORIA)

8º.- ¿Quién, y por qué cauce, se examina la concurrencia de los requisitos para aplicar la exoneración de pasivo?

- No se ha previsto de forma especial en la reforma. Se ha de entender que como la exoneración es un efecto de la conclusión del concurso, el informe de la administración concursal donde ésta inste la conclusión del mismo, deberá razonar y exponer lo pertinente sobre la exoneración de pasivo, y contener una propuesta de pronunciamiento al respecto.
- En cuanto al requisito de la condena penal, no rehabilitada, el Juzgado de oficio incorporará al concurso el certificado de antecedentes penales.
- De la petición de la administración concursal, tanto de la conclusión del concurso como de si debe o no proceder la exoneración de pasivo, se dará a los personados el traslado previsto en el art. 152.2 LC, que podrán oponerse a ello, con la subsiguiente tramitación de incidente concursal, donde en su caso, se discutirá conjuntamente las cuestiones relativas a la conclusión del concurso y a la exoneración de pasivo.
- En cuanto a la exoneración, podrán oponerse los acreedores a su aplicación, o el propio deudor a su no aplicación, con las justificaciones precisas sobre la ausencia o presencia de los requisitos objetivos previstos en la norma.

(UNANIMIDAD)

9º.- ¿Alcance de los efectos de la exoneración de pasivo?

- Se debe entender extinguidos los créditos a los que afecte, de tal modo que no pueden ejercitarse acciones individuales posteriormente por ellos, tras el archivo del concurso, ni los titulares de dichos créditos extinguidos

por la exoneración cuentan ya en el futuro con legitimación para instar una declaración de nuevo concurso contra ese deudor, vd. art. 3 LC.

- En cuanto a los **fiadores y avalistas**, (1ª postura) al tratarse la exoneración de un efecto ex lege, imperativo cuando concurren los requisitos para su aplicación, no de una concesión o pacto voluntario, ni aún extensivo (v. gr. el convenio, lo que justifica este diferente trato) entre acreedor y deudor, y cuyo efecto es la extinción del débito, la obligación del fiador u obligados solidarios aparece remitida en el mismo sentido. Además, esta conclusión deriva de (i).- la esencial naturaleza accesoria de la fianza respecto del crédito garantizado, (ii).- no hay modificación convencional del débito, como ocurre en el art. 135 LC, sino un efecto ex lege que dispone la remisión misma de las deudas; (iii).- la disposición del art. 1.853 CC señala que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que sean inherentes a la deuda, es decir, las que con carácter objetivo afecten al débito, y éste resulta remitido por imperativo legal, (iv).- el art. 1.847 CC dispone que la fianza se extingue al mismo tiempo que el débito del deudor fiado y por las mismas causas que las demás obligaciones, entre ellas, lógicamente la previsión legal del art. 178.2 LC; (v).- siempre es una opción de política legislativa introducir una salvedad a la exoneración respecto a los fiadores, como hace el Derecho comparado, pero si el legislador no realiza dicha opción, jurídicamente no queda otra posibilidad que aplicar las reglas generales del Derecho, que conducen a la solución apuntada.

(4 VOTOS)

- En contra de lo anterior, (2ª postura) no parece que aquí sea de aplicación la teoría general de las obligaciones, sino que lo más parecido sería el caso del art. 135 LC en cuanto al mantenimiento de las acciones para el acreedor que no vota el convenio respecto de fiadores o avalistas. La finalidad de la exoneración de deudas no es extinguir la obligación, sino liberar a un deudor concreto en atención a sus especiales circunstancias para recuperarlo para la vida económica, pero si hay otra persona que puede o debe cumplir la obligación el acreedor podrá dirigirse contra él, esto mismo se prevé para los acuerdos extrajudiciales y es la regla general del derecho comparado. Otra cosa es que en vía de regreso sí que pueda oponer el deudor concursado la remisión de la deuda ya que la norma no quiere hacer de mejor condición al fiador que al acreedor principal.

(6 VOTOS)

- No obstante, si la fianza es solidaria, tan común en la práctica, de acuerdo con la jurisprudencia se equipara de facto a la constitución de un vínculo de solidaridad obligacional, por lo que la exoneración de uno de los deudores no debe favorecer a los demás obligados solidarios.

(MAYORIA)

- Otro **problema** no resuelto por el legislador, es el tratamiento que deriva de la exoneración para los **terceros hipotecantes** de bienes propios a favor de deuda ajena, deuda exonerada luego por aplicación del art. 178.2 LC. Si lo son en esa mera condición, la remisión legal del débito ajeno en cuya garantía habían constituido hipoteca sobre bienes propios implica la desaparición de la garantía prestada, ya que desaparece por completo aquel débito, y la garantía real carece ya de justificación.

(MAYORIA)

10º.- Problema especial en cuanto al alcance, para el caso de aparecer bienes del deudor, en su patrimonio en fecha anterior a la conclusión del concurso, pero desconocidos entonces (herencia deferida a su favor, p. ej.) ¿Qué tratamiento ha de darse?.

- Esos bienes eran del patrimonio del deudor al momento de la conclusión del concurso, y debieron estar integrados formalmente en el concurso. Por ello, ha de procederse a la reapertura del mismo, para su realización.
- Al reabrir el concurso, para la liquidación de esos bienes, y respecto de ellos, los acreedores afectados por la exoneración deben encontrarse en la situación patrimonial de la que gozaban antes de la conclusión, por lo que a dicho reparto del bien realizado concurrirán como si no hubiera existido exoneración.
- Una vez terminado ello, volverá a operar entonces la exoneración.

(UNANIMIDAD)

- **Problema especial:** Podría darse el caso excepcional de que, pese a optarse por la conclusión anticipada del concurso por falta de masa, art. **176 bis LC**, durante la realización de los bienes se obtenga inesperadamente un mayor producto de su enajenación, que permita alcanzar la cobertura de pasivo exigida en el art. 178.2 LC para la exoneración. En tales casos, aún no tratándose de la vía de conclusión al término de liquidación, art. 152 LC, a la que se refiere el art. 178.2 LC, sino del cauce del art. 176 bis, también sería aplicable esta institución de exoneración de pasivo insatisfecho, siempre que se den los requisitos materiales del art. 178.2 LC para obtenerla.

(MAYORÍA)

11º.- El art. 179.3 LC admite que dentro del año siguiente a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa, los acreedores puedan instar la reapertura del concurso, indicando hechos que puedan justificar nuevas acciones de reintegración o conducir a una calificación de concurso culpable. Si en aquella conclusión del concurso se aplicó la exoneración, y se da luego el supuesto del art. 179.3 LC ¿qué efectos tendría?.

- El caso de la reintegración se equipararía al ya antes señalado supuesto de aparición de nuevos bienes, a cuya liquidación concurrirían los acreedores que sufrieron la exoneración como si la misma no hubiera tenido lugar, ya que eran bienes que de Derecho deberían haberse integrado en la masa activa antes de acordar la exoneración del pasivo restante. Tras esa liquidación de esos bienes ganados por reintegración, se aplicaría de nuevo la exoneración del pasivo finalmente insatisfecho.
- En cambio, en el supuesto de la calificación, de obtenerse una declaración de concurso culpable, fundada en hechos que debieron tenerse en cuenta antes de la conclusión de aquel concurso, pero que han sido ahora revelados por los acreedores, determinaría que el deudor no debió nunca favorecerse de la exoneración. En tal supuesto, la

exoneración se dejará definitivamente sin efecto, y los créditos sometidos a ella quedarán rehabilitados.
(UNANIMIDAD).

III).- CUESTIONES RELATIVAS A LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN EL CONCURSO CONSECUTIVO.

1º.- La referencia hecha en el art. 242.2.3ª LC al término del plazo de los dos años contenido en el art 71.1 LC, a computar desde la solicitud de designación de mediador, ¿implica que no se pueden atacar actos posteriores a ese íter pero anteriores a la declaración de concurso?.

- La respuesta ha de resultar negativa, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: a) el art 71 no se ve alterado en cuanto a su finalidad recomposición de la masa activa que tendría que existir al momento de a declaración de concurso; b) Ausencia de control alguno en la actuación del deudor que realiza con plena libertad negocial; c) La posibilidad de reintegración es un efecto derivado de la declaración de concurso y la previsión del art 242 no puede alterar esta institución sino que responde a la imposibilidad de solicitar el concurso durante el periodo de negociación.

(UNANIMIDAD)

2º.- El art. 242.2.3º LC contiene una regla especial sobre los plazos para atacar actos reintegrables, y el art. 235.2 LC, ciertas normas sobre los efectos del expediente para el acuerdo extrajudicial. Cuando el deudor haya satisfecho deudas de modo anticipado, cuyas fechas de vencimiento era posteriores a la solicitud del expediente, pero anteriores a la fecha de declaración de concurso, ¿pueden entenderse comprendidas en la presunción iuris et iure de perjuicio, del art. 71.2 LC?.

- Ciertamente se da una especialidad en la situación preconcursal del deudor instante del expediente de acuerdo extrajudicial, pero dicha especialidad no puede justificar la alteración de la literalidad de una presunción legal, por vía de extensión analógica, ya que se exige una previsión de rango legal expresa para sostener una presunción, art. 385 LEC, como solución directamente vinculada al principio de seguridad jurídica. Por otro lado el art 242.2.3º se refiere exclusivamente al computo del plazo del art 71.1, no a las presunciones de perjuicio de los apartados 2 y 3 del mismo precepto.

(MAYORÍA)

3º.- ¿Qué se entiende por “fecha de la solicitud” para el cómputo del plazo de actos reintegrables?.

- La fecha de presentación de la solicitud en la notaría o registro, si la solicitud luego es admitida. No lo es la fecha en la que notario o registrador dar curso a la citada solicitud, tras el debido control de sus requisitos, diferencia que conviene resaltar por la regla contraria en cuanto al momento de generación de los efectos del concurso.

(UNANIMIDAD)

4º.- ¿Cabe la reintegración de pagos realizados bajo la supervisión del mediador, ejecutados durante el tiempo que dura la tramitación del expediente para el acuerdo extrajudicial?

- El art. 242.3 LC, como se expuso en la cuestión 1ª de este bloque, solo altera el retrocómputo del plazo para atacar actos de reintegración, pero no su término inicial, fijado en el art. 71.1 LC. Por tanto, en los concursos consecutivos, pueden ser atacados en reintegración los actos ejecutados por el deudor antes de la declaración de concurso y hasta 2 años antes de la fecha de presentación de la solicitud de acuerdo extrajudicial en la notaría o registro.
- No existe durante la tramitación del expediente extrajudicial régimen de intervención de facultades, ni autorización judicial, ni caben acciones de anulación del art. 40 LC. Por tanto, dichos pagos son examinables a la luz del régimen de las acciones de reintegración concursal.
- Además, no se modifica en la reforma el art 71.5 y 71.6 LC, ni la intervención del mediador puede excluir el perjuicio.

(UNANIMIDAD)

5º.- ¿Son susceptibles de reintegración los pagos o daciones en pago realizadas en ejecución del plan de pagos adoptado en reunión de acreedores, durante su vigencia?

- De nuevo, y pese a la fuerza especial del acuerdo, se está frente a actos de disposición no intervenidos por órgano alguno (sólo supervisados por el mediador concursal), ni autorizados judicialmente, realizados en periodo hábil. Por tanto, pueden ser sometidos a juicio de reintegración, pero ello sin perjuicio de que, en principio, la ejecución del acuerdo alcanzado con la mayoría de los acreedores pueda llegar a suponer la justificación en el sacrificio patrimonial que implica el pago, para tratar de evitar, con tal alegación, la acción reintegratoria, de acuerdo con el criterio de la jurisprudencia. (TESIS MAYORITARIA).
- Debería ser tratados bajo el régimen de validez de los actos ejecutados durante la pendencia de un convenio concursal, en el art. 162.1 LC, mediante su anulación por fraude, contravención al texto del convenio (del acuerdo) o alteración de la igualdad de trato entre los acreedores. De hecho, esos serán los supuestos que, en caso de juzgarse a la luz de las acciones de reintegración, terminen por integrar el presupuesto del perjuicio patrimonial (TESIS MINORITARIA, 2 VOTOS)

6º.- ¿Se puede rescindir el propio acuerdo de mediación extrajudicial?

- La respuesta ha de ser negativa por los siguientes motivos: a) de orden práctico, pues ningún sentido tiene impugnar la eficacia del acuerdo de mediación, que por otro lado no despliega los efectos que le son propios como consecuencia de la apertura del concurso consecutivo; b) la validez del acuerdo de mediación se puede examinar a través de la impugnación y en su caso mediante la declaración de incumplimiento; y c) no es

compatible la posibilidad de ineficacia con el tratamiento que el ordenamiento atribuye a los acuerdos de mediación.

7º.- ¿Se puede aplicar el art 162 LC a los pagos realizados estrictamente ajustados a la ejecución del plan de pagos?

- Aún cuando no cabe duda que existe una semejanza en el supuesto fáctico que pudiera justificar la aplicación analógica, pues se trata de apertura de la liquidación derivada del fracaso de la solución convencional a la situación de insolvencia del deudor en cuya ejecución se habría producido pagos, se debe considerar que la norma no es aplicable, atendida la posibilidad de reintegración de tales pagos y el distinto contenido y efectos del convenio respecto del plan de pagos. Todo lo anterior sin perjuicio de considerar la posibilidad de sustentar el perjuicio de un pago realizado durante la ejecución del plan de pagos a un acreedor afectado por el mismo y sin sujeción a las reglas contenidas en ese plan.

8º.- En relación con el art 71 bis ¿es posible considerar que los actos derivados de una refinanciación del art 71.6 son rescindibles sobre la base de que el informe se emitió una vez caducado el nombramiento o por un profesional cuya designación no se ajustaba a lo preceptuado en el art 71 bis?.

- El art 71 bis regula el procedimiento para la designación del experto independiente y el plazo del que este dispone para la emisión del informe. Respecto de esto último, ante el incumplimiento del plazo, el precepto arbitra los mecanismos necesarios para proceder a un nuevo nombramiento. Por ello, la exigencia del informe de experto independiente previsto en el art 71.6, ha de interpretarse en el sentido de que se trate de un experto designado conforme al procedimiento legalmente establecido y que el informe se ajuste a su propio régimen de validez. Si lo uno o lo otro aparecen viciados, ello afectará igualmente al cumplimiento de ese requisito, necesario para obtener la protección frente acciones de reintegración.

IV).- CUESTIONES RELATIVAS AL TRATAMIENTO DEL EMPRESARIO DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

1º.- ¿Cuáles son las competencias de los juzgados mercantiles para conocer de las reclamaciones frente al mismo?. ¿Es la Ley de Emprendedores una norma reguladora de las sociedades mercantiles, por contener regulación societaria, con referencia a la sociedad limitada de formación sucesiva, como para atraer competencia en relación con lo dispuesto en el art. 86 ter.2 LOPJ?.

- Aunque la Ley de Apoyo a los Emprendedores contenga preceptos relativos a las sociedades mercantiles, no puede considerarse que se trate de una norma reguladora de las sociedades mercantiles en los términos del art 86 ter apartado 2, salvo cuando en el proceso se

pretende la aplicación de las normas relativas a la sociedad limitada de formación sucesiva.

- Por ello, las cuestiones generales que afecten al régimen del emprendedor de responsabilidad limitada no resultarán de competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil.

2º.- Declarado el concurso del emprendedor de responsabilidad limitada, ¿cómo opera la no afectación de la vivienda respecto a ciertas deudas, al incluirse en la masa pasiva tanto deudas derivadas de la actividad económica como no derivadas de la misma?.

- De partida, la no afectación por ciertas deudas recae sobre la vivienda misma, como bien determinado, siempre que su valor sea inferior al fijado legalmente. No existe la desafectación por tramos de valor, es decir, las viviendas que excedan de la cuantía fijada legalmente no quedan exentas hasta el valor legal, y sujetas a la responsabilidad en lo que exceda, sino que se encuentran completamente, en todo su valor, sometidas a la responsabilidad patrimonial universal. Tampoco está exento de responder el producto de la venta voluntaria de la vivienda, ya que es numerario, no la vivienda misma, y ha perdido el carácter particular que la ley atribuye a dicho bien, salvo en caso de subrogación real de otro bien para el mismo uso, art. 10.4 LE.
- Las deudas de las que no responde la vivienda, dentro del límite del valor fijado legalmente, son las que tienen origen empresarial o profesional, y debe entenderse entre ellas las de financiación de la citada actividad, no sólo las comerciales o laborales.
- En un principio la no afectación de la vivienda habitual a las deudas de origen empresarial o profesional una vez publicada la condición de emprendedor de responsabilidad limitada se mantiene dentro del proceso concursal.
- Dada la naturaleza universal del proceso, y por lo tanto la inclusión dentro de la masa pasiva de los acreedores no afectados por esa limitación de responsabilidad, deberá darse lugar a la inclusión de la vivienda en la masa activa, con especificación de su reserva de destino en el Informe del art. 75 LC, a los efectos de su realización en sede de liquidación para el abono de las deudas que no tengan su origen en la actividad económica o profesional, siempre y cuando no resulten satisfechas de otro modo, lo que daría lugar a la conservación de la vivienda por el deudor. Pero el reparto del producto obtenido en tal caso no podrá ser verificado hasta que conste cuál será la calificación del concurso, ya que si finalmente se calificase como culpable, al desaparecer la limitación de responsabilidad patrimonial, ese producto debe atribuirse a los acreedores tanto los de la actividad empresarial como los que no.
- **Problema añadido** es que si debe liquidarse la citada vivienda por la deudas de origen no empresarial, y **resulta un sobrante** tras su pago, cuál será el destino de ese producto. Como se ha señalado, para que los

acreedores con origen en la actividad económica o profesional del deudor tengan derecho a dicho sobrante debe primer calificarse el concurso como culpable, art. 8.4 LE. Por tanto, para decidir a cerca de su destino, habrá de esperarse hasta el momento de calificación del concurso. En caso de no calificarse el concurso como culpable, al proceder dicho sobrante precisamente de la realización forzosa (no de un acto de disposición voluntaria) de ese bien especial para satisfacer las deudas de origen no empresarial, no podrá engrosar la masa activa a favor de los acreedores de origen empresarial, ya que ello sería contrario al espíritu de la ley, y dicho sobrante quedará a disposición del deudor.

3º.- ¿A qué momento se ha de atender para fijar el valor del bien?. ¿Se puede actualizar el valor de la vivienda conforme fluctúe su precio?.

- Tal como resulta del art 8 LE, y por razones de seguridad jurídica, habrá de estarse al momento de la inscripción registral de la limitación de la responsabilidad.

4º.- ¿Como se hará valer en el concurso el fraude o negligencia grave en la actuación que enerve la limitación de responsabilidad?.

- Desde luego, puede ser una cuestión de hecho valorable en el juicio de calificación, art. 164.1 LC, cuya apreciación puede conducir a la declaración de concurso culpable, lo que conlleva de modo automático a la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad.
- Por otra parte, y con independencia de lo anterior (a fin de eludir ciertas restricciones de legitimación), podría plantearse como incidente concursal ante el juez del concurso, por aplicación del art. 192 LC, por la incidencia evidente que dicha declaración pueda suponer, además de por la exigencia de sentencia firme, habrá de considerarse procedente tramitar esa declaración a través del incidente concursal.

(MAYORIA)

- No obstante, debería tenerse presente que dicha posibilidad parece ubicarse en la previsión del art. 71.7 LC, otras acciones impugnatorias, lo que apuntaría de nuevo a las limitaciones de legitimación, ahora del art. 72 LC. (MINORIA)

5º.- En relación con el art 10 LE ¿a quién corresponderá la valoración de la vinculación entre el origen de las deudas que den lugar a embargos con la actividad económica del deudor? ¿al juez que libra el mandamiento, o a falta de mención puede valorarlo el registrador, y por qué cauce?.

- Como ya se indicó, la referencia a las deudas derivadas de la realización de la actividad empresarial o profesional ha de entenderse no solo en el sentido de deuda comercial, sino extensible a toda deuda cuyo origen se encuentre en el desarrollo de dicha actividad y por lo tanto directamente vinculada a la misma.
- Por ello, la discriminación sobre el origen de cada deuda que da lugar a

embargo debe ser realizada por el juzgado que acuerde la traba, mediante la indicación de la inembargabilidad del bien en esa concreta ejecución planteada en tiempo y forma por el ejecutado. No puede realizarse dicha valoración por el Registrador, pues conlleva la valoración de extremos fácticos ajenos al contenido del Registro, como ha tenido ocasión de resaltar la DGRN en relación con la declaración de afección del art 56 de la LC (Resoluciones 11 Julio 2013 y 9 junio 2009)

- **Cuestión concursal**, añadida, es si puede el juez del concurso, durante su tramitación, apreciar que un embargo, acordado en su día por otro Juzgado distinto, sobre la vivienda obedece a deudas empresariales, cuando dicho bien estaba exento de tal responsabilidad, y acordar la nulidad de la traba y su levantamiento sin más trámite, ni someterse a los requisitos del art. 55.3 LC. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, en atención a sus competencias, art. 8 LC, y a la paralización, definitiva, de las ejecuciones que dieron lugar a dicho embargo, por asumir el concurso las competencias sobre la suerte de dicho bien y de los créditos afectados.

(UNANIMIDAD)

6º.- Vista la inoponibilidad de la limitación de responsabilidad a las deudas tributarias y de SS, expresamente prevista en el art 10 LE. ¿ es oponible a las garantías reales?.

- Aunque no existe mención expresa en la norma, las propias notas definitorias de la garantía real exigen entenderlas excluidas de la limitación de responsabilidad y por lo tanto no les será oponible la misma en la correspondiente ejecución hipotecaria.

(UNANIMIDAD)

7º.- La utilización de la vivienda habitual para el desarrollo de la actividad (despacho) ¿priva de la protección a bien?. ¿Cómo se ha de valer esa circunstancia?¿Se equipara a la mala fe o negligencia a la que se refiere el art 8.4?.

- La utilización de la vivienda habitual para el desarrollo de la actividad empresarial o profesional, determinaría, en un principio, la superposición de una doble finalidad de uso, y mientras ambos sean efectivos, no puede predicarse, como vivienda que es, que no cumpla, en su caso, con los requisitos exigidos en la LE para resultar exenta de la afección a la responsabilidad patrimonial universal. Llamativamente, ese mismo supuesto de doble uso del inmueble determinaría que en un posterior concurso habría de entenderse de aplicación el art 56 LC, referente a la paralización de ejecuciones reales frente a bienes necesarios para la actividad económica del deudor. Cuestión distinta es que el inmueble destinado exclusivamente al desarrollo de la actividad empresarial se pretenda inscribir como vivienda habitual a los efectos de limitación de responsabilidad, en cuyo caso sería de aplicación el art 8.4 de la Ley.

(UNANIMIDAD)