



MINUTA

O F I C I O

S/REF:

N/REF: N° Expte. 471/21

FECHA:

ASUNTO: Consulta

SR. DECANO DEL ILTRE. COLEGIO
NOTARIAL DE ARAGON
PLAZA DE JUSTICIA 2
50003 ZARAGOZA

En la consulta realizada por la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial Aragón a este Centro Directivo al amparo de lo dispuesto en los artículos 70 y 313.3 del Reglamento Notarial.

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha de 29 de junio de 2021, al amparo de los artículos 70 y 313.3 del Reglamento Notarial, la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Aragón eleva consulta a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre dos cuestiones relativas a la interpretación del artículo 638 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sobre el alcance de la competencia que este precepto asigna al Notario para la designación de mediador concursal.

Se cuestiona, en primer lugar, si es competente el Notario para designar mediador cuando insta el procedimiento una persona física que en el momento de presentar la solicitud no es empresario y que alega, sin embargo, que las deudas que se le reclaman tienen su origen en la actividad desarrollada a través de una sociedad mercantil de la que tal interesado fue administrador y titular real.

A continuación, es objeto de consulta si es competente el Notario para designar mediador cuando solicita la designación un trabajador autónomo tras haber generado toda su deuda o la inmensa mayoría de la misma en el ejercicio de su



Código Seguro de
verificación:

PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH

Página

1/7

FIRMADO POR

SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE
SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)

Fecha

14/12/2021

<https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/Formulario/verificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH>



actividad empresarial, una vez concluida esta actividad y habiendo causado baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

II

En respuesta negativa a la competencia del Notario en tales supuestos, la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Aragón aduce:

1. Respecto de la primera cuestión, que el particular en quien concurren las condiciones de titular real y de administrador de una sociedad mercantil es verdadero empresario pues la sociedad no es sino instrumento o herramienta de ejercicio de la actividad que constituye su objeto social con limitación de responsabilidad. Y que, por ello, la competencia para designar mediador no corresponde al Notario sino al Registro Mercantil del domicilio del deudor o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación; y

2. Sobre la segunda pregunta, la misma Junta Directiva concluye que la condición de empresario no está vinculada al alta en el Régimen Especial de Cotización de Trabajadores Autónomos, sustancialmente porque si la simple baja en tal régimen determinara *per se* la competencia del Notario en la práctica la elección del procedimiento concursal quedaría al arbitrio del deudor.

En relación con ambas cuestiones, la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Aragón recalca que el criterio clave para determinar la competencia del Notario viene dado por la ausencia de condición de empresario en el solicitante, debiendo ser considerada tal condición empresarial no desde un punto de vista formal o nominal sino esencialmente por el *origen empresarial del pasivo*, pues, de lo contrario, un criterio puramente subjetivo para la determinación de la competencia dejaría la determinación de ésta al solo arbitrio del deudor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos. - Los artículos 638 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo; 232 de la derogada Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, 4.3 y 1.717 del Código Civil; 4.1 y 7 de la Duodécima Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (89/667 /CEE); 2 y 12 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; 3 y 7 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización; 305 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre; 4 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades; 5.Uno.b) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-F0qC-U21E-sBeH	Página	2/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/FormularioVerificacion.action?CSV=PF:KbSx-F0qC-U21E-sBeH				



Impuesto sobre el Valor Añadido; las Disposiciones Transitorias 15ª y 16ª del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades; el Auto 35/2020, de 13 de mayo de 2020, de la Audiencia Provincial de Oviedo; la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 2018; y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de junio de 2018, de 3 de abril de 2019 y de 1 de junio de 2021, entre otras.

Primero. - La repuesta a ambas preguntas debe partir de la consideración por el legislador, cuando el deudor es persona física, de dos elementos fundamentales para la determinación de la competencia para designar mediador concursal, a saber, el concepto de empresario y su extensión a estos efectos; y la limitación de la competencia notarial a aquellos supuestos en que el deudor no tiene aquella consideración, en cuyo supuesto la competencia es del Registro Mercantil, o en su caso, de las Cámaras.

Se trata, pues, de determinar si el deudor persona física es o no *empresario* – esta es la noción clave para determinar la competencia.

Son especialmente relevantes a los efectos de la valoración de las dos cuestiones planteadas los dos preceptos siguientes, vigente y derogado, respectivamente, de nuestra normativa concursal, de los que se resaltan en negrita ciertas expresiones importantes, a saber:

Artículo 638.- De la presentación de la solicitud. -

1.- Si el deudor persona natural no fuera empresario o el deudor persona jurídica no fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, la solicitud se presentará ante notario del domicilio del deudor.

2.- Si el deudor persona natural fuera empresario o el deudor persona jurídica fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, aunque no estén inscritos, la solicitud se presentará o se remitirá telemáticamente al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

3.- Si el deudor persona natural fuera empresario o si tuviera la condición de persona jurídica, la solicitud también podrá presentarse ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación.

4.- A los efectos de lo establecido en este título, serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.

Artículo 232.- Solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos.

3. En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH	Página	3/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/Formulario/verificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH				



cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor.

En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

El receptor de la solicitud comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231, los datos y la documentación aportados por el deudor. Si estimara que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún defecto o que esta es insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, señalará al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de cinco días. La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos.

De ambos preceptos debe deducirse efectivamente que es la condición de empresario la que excluye la competencia notarial en favor del Registro Mercantil o de las Cámaras. Y por ello es clave dilucidar qué se entiende por empresario a estos efectos, lo que trata de abordar el último inciso del artículo 638 del Texto Refundido.

La competencia notarial, decía el artículo 232 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, se limita a los demás casos – esto es, a aquellos supuestos en que el deudor *no es empresario*; y el artículo 638 del Texto Refundido, mucho más claramente, insiste en que si el deudor persona natural *no fuera empresario* será competente el Notario – sólo si no fuera empresario, por cuanto si el deudor persona natural *fuera empresario* la solicitud habrá de presentarse o remitirse al Registro Mercantil o a las Cámaras.

Y el artículo 638.4 del Texto Refundido reconoce, a estos efectos, un concepto amplio de empresario en la medida en que serán consideradas empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos. Esta amplitud emparenta con la noción de *emprendedor* en cuanto definida por el artículo 3 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como *aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional*, en los términos establecidos en tal Ley.

En ese sentido, este Centro Directivo, en su Resolución de 3 de abril de 2019, ha reconocido que no debe existir *ningún atisbo de actividad económica empresarial* para que el Notario pueda iniciar el procedimiento; y que, para ello, debe exigirse un doble requisito, a saber, no tener carácter de empresario en el momento de la

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH	Página	4/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/FormularioVerificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH				



solicitud y que las deudas no se hayan generado ni en el ámbito de la actividad empresarial ni en un momento en que el deudor fuera empresario.

Este concepto amplio del artículo 638.4 del Texto Refundido de la Ley Concursal debe entenderse en el sentido de que se comprende dentro del mismo no sólo a las personas naturales que ostenten tal condición conforme a la legislación mercantil y conforme a la legislación de la seguridad social, incluyendo a quienes ejerzan actividades profesionales y a trabajadores autónomos - siendo particularmente relevante, en ese sentido, la amplitud del concepto de autónomo que reconoce el artículo 305 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre; sino también - aunque el precepto no lo diga - a aquellos que, siquiera mediatamente - como, por otra parte, prevé el mismo artículo 305 en su párrafo (2)b) -, ejercen una actividad de ordenación de medios materiales y humanos para la producción o prestación de bienes y servicios a cambio de un lucro - esto es, considerando también criterios propios del derecho civil - como pueden ser los relativos a la representación indirecta - y otros procedentes de legislación especial de carácter regulatorio, singularmente la normativa de prevención de blanqueo de capitales, habida consideración de la aplicación general y supletoria de las normas civiles y del carácter transversal de la legislación de blanqueo respecto de actividades civiles y mercantiles.

Segundo.- Así, en cuanto a la primera cuestión, en efecto, si bien desde un punto de vista estrictamente nominal el socio de una entidad mercantil - sociedad que por criterio formal siempre es mercantil y, como tal, comerciante y empresaria, ex artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y, en el ámbito fiscal, ex artículo 5.Uno.b) de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido - en cuanto socio no tiene por qué ser empresario; y, del mismo modo, el administrador de una sociedad, en cuanto gestiona la actividad social y representa al ente, tampoco es *per se* comerciante, lo cierto es que si el socio o, en su caso, el administrador - o la misma persona en los dos conceptos - ostenta la plena disposición no sólo de la gestión del ente en cuanto administrador sino también del poder decisorio del mismo por cuanto el socio único ejerce las competencias de la Junta General, el titular real de la sociedad es este individuo a quien en realidad son imputables los beneficios o pérdidas de la actividad; y es, por consiguiente, este sujeto, persona natural, el verdadero empresario - lo que se refuerza, además, por otra parte, con la consideración de los regímenes de transparencia fiscal.

En la dirección anterior, debe recordarse que el artículo 7 de la referida Ley 14/2013, de 27 de septiembre, establece que la emprendedora persona física, cualquiera que sea su actividad, podrá limitar su responsabilidad por las deudas que traigan causa del ejercicio de dicha actividad empresarial o profesional mediante la asunción de la condición de *Emprendedor de Responsabilidad Limitada*. Idéntico fin es el que persiguen los actuales artículos 12 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital al regular la sociedad de un solo socio, fórmula por la que el legislador español optó para cumplir aquella finalidad al transponer la Duodécima Directiva Comunitaria en materia de sociedades - la Directiva 89/667/CEE. No parecería razonable que la aplicación de un procedimiento u otro en el marco del acuerdo extrajudicial de pagos dependiera de la opción del empresario por actuar en

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH	Página	5/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/Formulario/verificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH				



el tráfico mediante una sociedad unipersonal en lugar de hacerlo directamente como empresario de responsabilidad limitada.

La sociedad actúa, es cierto, en su propio nombre, pero subyace una relación interna que desborda la propia estructura corporativa y entra en el ámbito de lo que bien parece una representación indirecta de carácter fiduciario. Así debe deducirse del artículo 1.717 del Código Civil y, también, del concepto de titular real – *beneficial owner* – que introduce la normativa de prevención de blanqueo de capitales – singularmente, y aparte las correspondientes Directivas del derecho de la Unión, por medio del artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril. Levantar el velo y contemplar la realidad sustancial que comparece tras el ropaje societario lleva a considerar al titular real como verdadero empresario – las deudas se generan por una entidad mercantil que es instrumento de su titular real, empresario a efectos del artículo 638 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Tercero. - En el supuesto de la segunda cuestión, debe considerarse que un empresario persona natural que ha causado baja en el Régimen Especial de Cotización de Trabajadores Autónomos pero que ha generado sus deudas bajo tal régimen, a efectos del artículo 638 del Texto Refundido de la Ley Concursal *sigue siendo* empresario, porque, aunque ya no es autónomo, no reúne el segundo requisito que enuncia la Resolución de 3 de abril de 2019, a saber, que sus deudas no tengan origen empresarial. Tales deudas, efectivamente, las ha generado como autónomo – régimen especialmente previsto en el artículo 638 *in fine* – por lo que, correspondiendo inequívocamente en este supuesto la competencia para designar mediador al Registro Mercantil o a las Cámaras, tiene pleno sentido concluir, como sostiene la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Aragón, que por la simple baja en un régimen de la Seguridad Social, el deudor a estos efectos no deja automáticamente de ser empresario ni se transmutan *recta via* sus deudas empresariales en deudas ordinarias, pues ello implicaría, *de facto*, elegir el procedimiento aplicable por pura voluntad del interesado y sin vínculo con circunstancias objetivas, en contravención evidente con la letra y el espíritu del artículo 638 del mismo Texto Refundido. Lo objetivo, lo que determina la condición de empresario – y, por ende, la no sujeción del procedimiento a la competencia notarial – es la generación de deudas en el marco de una actividad de ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios, aunque tal actividad ya no se ejerza al tiempo de la solicitud del procedimiento que trae causa de las mismas deudas.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, ésta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en ejercicio de la competencia atribuida por los artículos 70 y 313.3 del Reglamento Notarial.

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH	Página	6/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/FormularioVerificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH				



RESUELVE

Considerar acertada la respuesta de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Aragón a las consultas planteadas, en los términos indicados en los fundamentos de derecho expuestos.

Notificar esta resolución al Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

*Firmado electrónicamente por la Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
Sofía Puente Santiago*

 	Código Seguro de verificación:	PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH	Página	7/7
	FIRMADO POR	SOFIA PUENTE SANTIAGO (DIRECTORA GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA)	Fecha	14/12/2021
	https://sede.mjusticia.gob.es/sedecsvbroker/FormularioVerificacion.action?CSV=PF:KbSx-FOqC-U21E-sBeH			

