

LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL "ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS"

RAQUEL CASTILLEJO MANZANARES

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Santiago de Compostela

Recibido 02.12.2013 / Aceptado 12.12.2013

RESUMEN: Cabe preguntarse qué implica o significa el hecho de introducir la mediación en las relaciones ciudadano-compañías mercantiles. Ante esta interpelación la réplica es clara: por un lado, un avance en el ordenamiento jurídico español, pues se hacía precisa una ley que regulara la mediación para la solución de controversias civiles y mercantiles; por otro, un reto importante, en cuanto se requiere de un periodo de promoción y consolidación entre quienes integran nuestro tejido productivo. Nótese que, aun cuando el arbitraje se reconoce como un instrumento apto para la solución de controversias mercantiles, todavía no se acude a él de forma regular y habitual. Por ello, será intrincado que se dé el paso del arbitraje a la mediación, aun cuando esta última allana el camino a los intervinientes y no genera, lo que en materia mercantil parece especialmente relevante, costes excesivos.

PALABRAS CLAVE: Ley Concursal, acuerdo extrajudicial de pagos, Plan de Pagos, mediación concursal.

RESUMO: Cabe preguntarse que implica ou significa o feito de introducir a mediación nas relacións cidadán-compañías mercantís. Ante esta interpelación a réplica é clara: por un lado, un avance no ordenamento xurídico español, pois era precisa unha lei que regulase a mediación para a solución de controversias civís e mercantís; por outro, un reto importante, en canto se require dun período de promoción e consolidación entre aqueles que integran o noso tecido produtivo. Nótese que, a pesares de que a arbitrase se reconece como un instrumento apto para a solución de controversias mercantís, aínda non se acode a el de forma regular e habitual. Por iso, será intrincado dar o paso da arbitrase á mediación, aínda cando esta última achanda o camiño aos intervinientes e non xera, o que en materia mercantil parece especialmente relevante, custos excesivos.

PLABRAS CLAVE: Lei Concursal, acuerdo extrajudicial de pagos, Plan de Pagos, mediación concursal.

SUMARIO: 1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA. 2. LA LEY 5/2012, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES 3. MEDIACIÓN CONCURSAL. 3.1. La reforma de la Ley concursal. 3.2. La mediación en la fase preconcursal. 3.3. Procedimiento para la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos. 3.4. El mediador concursal.

1. SITUACIÓN ACTUAL DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ANTE LA CRISIS ECONÓMICA.

Según el informe global de competitividad del *World Economic Forum* sobre eficiencia del marco jurídico en la resolución de controversias, España ocupa el puesto 63 en un listado integrado por 142 países, algo que no resulta coherente con los estándares de seguridad jurídica que precisa un país como el nuestro¹.

Semejante afirmación no hace sino confirmar el panorama de crisis en que la Administración de Justicia se halla en España, si bien no es ésta una circunstancia que aqueja solo a nuestro país, toda vez que el resto de Europa no tiene una mejor situación. Por todo ello, ve la luz la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que destaca la relación inmediata de la mediación con un principio esencial como es el que "*el acceso a la justicia pasa sin duda por los mecanismos alternativos extrajudiciales*" que integran, en consecuencia, ese principio y no operan al margen del mismo.

La Directiva trata de poner así de manifiesto que una vía válida para obtener la tutela de los justiciables, ante la crisis que sufre la Justicia en Europa, son los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y, de manera preponderante, la mediación. Resalta, de igual modo, que aquella puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de los justiciables. Esto, tal y como se ha

¹ GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., "Reflexiones sobre la Ley de Mediación (III)", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 29 marzo, 2012. Disponible en: www.diariojuridico.com

revelado, se traduce en la mayor probabilidad de consumación voluntaria de los acuerdos resultantes, sin generar costes adicionales en términos de rupturas de las relaciones.

De esta forma, se incita a los Estados a introducir la mediación en las relaciones ciudadano-ciudadano, o ciudadano-compañías mercantiles. Será precisamente a esta última relación a la que nos ceñiremos.

No cabe sino preguntarnos a continuación, qué implica o significa el hecho de introducir la mediación en las relaciones ciudadano-compañías mercantiles. Y la respuesta es clara. Por un lado, un avance en el ordenamiento jurídico español, pues se hacía precisa una ley que regulara la mediación para la solución de controversias civiles y mercantiles. Por otro, un reto importante, en cuanto se requiere de un periodo de promoción y consolidación entre quienes integran nuestro tejido productivo. De hecho, y aunque el arbitraje sí que se reconoce como un instrumento apto para la solución de controversias mercantiles, todavía no se acude a él de forma regular y habitual. Por ello, será intrincado que se dé el paso del arbitraje a la mediación, aún cuando esta última allana el camino a los intervinientes y no genera, lo que en materia mercantil parece especialmente relevante, costes excesivos.

A este respecto, poniendo de manifiesto las causas que hacen propicia la reforma y la introducción de la mediación en el ámbito del concurso, opinan públicamente los magistrados especialistas en materia mercantil²:

1. Según el magistrado de lo Mercantil núm. 1 de Asturias, Alfonso MUÑOZ, son ineficaces los jueces en el concurso si éstos tienen un papel casi omnímodo, "*como ocurría hasta hace bien poco cuando llegábamos hasta el punto de decidir si la venta de unos vehículos en el proceso concursal se valoraba en 3.000 euros*". Por este motivo, hay que confiar en que los administradores concursales "*van a obrar con rectitud, ya que lo que no puede ser es que el juez lo controle absolutamente todo, hasta lo más mínimo, porque al final no puede atender las cuestiones más importantes y los procesos concursales se dilatan en el tiempo*".

² Vid. a este respecto el diario Canariasahora, "Los magistrados defienden la figura del mediador concursal", 11-07-2013. Disponible en: <http://www.canariasahora.es>

2. El tiempo que tardan los deudores en solicitar el concurso representa según Juan Manuel de Castro, magistrado responsable del concurso y la liquidación de la compañía Spanair, uno de los procesos concursales más relevantes del panorama español por contar con más de 300.000 acreedores, uno de sus problemas. En efecto, asevera que *"la tardanza de muchas empresas en presentarse a estos procesos hace que los jueces se pongan más el traje de enterrador que el traje de salvador"*. En este sentido, el magistrado Alfonso MUÑOZ también resalta que el hecho de que de cada diez empresas que se prestan a concurso en España, nueve se liquiden, se debe a la *"cultura concursal del empresario español, cuyo mal endémico es ir al concurso tarde"*.

3. Otro de los principales problemas de la lentitud en los procesos concursales, que llegan a retrasar sus conclusiones hasta cuatro años, se debe a los escasos recursos de los juzgados de lo mercantil en el país, como consecuencia del déficit público. Hay una insuficiente planta de los juzgados de lo mercantil para responder al problema de la insolvencia; han sido devastados por el número de procesos concursales acaecidos en España, afectados, a su vez, como corolario de la crisis.

En definitiva, la oportunidad es propicia para la mediación mercantil. Así lo pone de manifiesto el magistrado del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Bilbao, Aner URIARTE, quien coordina una experiencia piloto sobre la mediación concursal en el País Vasco: *"Estamos obteniendo un porcentaje nada despreciable de éxito con la puesta en marcha de la figura del mediador concursal"*. Con ella se pretende desjudicializar los procesos concursales o, lo que es lo mismo, establecer un arreglo extrajudicial del conflicto con los acreedores para evitar la solución concursal puramente judicial.

2. LA LEY 5/2012, DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

Como hemos puesto de manifiesto, en un intento por avanzar en la búsqueda de soluciones ante la dificultad de resolución de las controversias civiles y mercantiles en los Juzgados, el legislador redacta la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. De ella destacaremos tres cuestiones que nos resultan fundamentales con el objeto de abordar la mediación concursal.

En primer lugar, se recoge en su artículo 1 una definición de la mediación que, adoptando un proceder clásico, enuncia lo que entiende por actividad mediadora de forma austera y sencilla, pero llena, al mismo tiempo, de imprecisiones³. Dice así: "*Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*".

A partir de esta definición conviene destacar que son las partes las que voluntariamente alcanzarán por sí mismas un acuerdo con la intervención del mediador. Ello es posible porque el mediador es un profesional que cuenta con conocimientos especializados sobre las dinámicas de los conflictos y con herramientas conceptuales que ayudan a las personas a desarrollar enfoques constructivos, con una pluralidad de roles y niveles de intervención estratégica. En este sentido el mediador se caracteriza por el conocimiento que tiene del conflicto, lo que le confiere la capacidad de trasladar esta comprensión a la práctica de intervenir en el mismo y ayudar a quienes están inmersos en él.

En esta labor el mediador ha de abstenerse de prejuzgar, de opinar, de aconsejar, de decidir y de considerarse más legitimado que las propias partes para decidir sobre una disputa que les pertenece y que únicamente se resolverá si son capaces, con la ayuda del mediador, de transformarlo en sentido positivo⁴.

En segundo lugar e, íntimamente relacionado con lo anterior, en su intervención el mediador ha de garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas –art. 7 de la Ley 5/2012–. Se trata de que en el proceso de mediación se garantice, tanto la igualdad de quienes participan en el mismo, como la imparcialidad del profesional.

Por último, deviene fundamental definir cuáles son las condiciones para ejercer como mediador. Según el artículo 11 de la Ley 5/2012, podrán actuar como tal las

³ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 21-29, p. 21.

⁴ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 107-111, p. 111.

personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre y cuando no lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Además, las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deben designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley de mediación.

No obstante, se exige que tanto unos como otros estén en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y cuenten con la formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

Estos tres preceptos han sido seleccionados porque todos ellos van encaminados a definir de forma consciente el procedimiento de mediación, como aquel en el que las partes son las protagonistas, son ellas las que llegan a los acuerdos, eso sí, con la intervención de un tercero imparcial, el mediador, que con su formación en este campo permite que las partes procedan en plena igualdad de oportunidades. Todo ello, tal y como se ha expresado, no acaece en la mediación concursal, en donde el mediador intervendrá de manera proactiva en el procedimiento, ofreciendo las posibles salidas al conflicto, sin mantenerse ajeno al mismo. Es por ello que, además de la formación en mediación, se requiere un plus: conocimientos en el ámbito del concurso.

3. MEDIACIÓN CONCURSAL

3.1. La reforma de la Ley concursal

Según las conclusiones de la primera mesa redonda sobre mediación concursal organizada por *Dictum* Abogados, el Foro Negocia y el Centro de Negociación y

Mediación de *IE Business School*⁵, la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles supone un avance, al dotar de entidad a la mediación para la resolución de conflictos. Así, aunque no incluye expresamente la mediación concursal, pendiente de regulación en algunos aspectos, sí permite su aplicación, necesitada de mediadores formados que adopten una postura activa en la búsqueda de la solución al conflicto.

Nótese que, según esta conclusión, el mediador ha de actuar activamente en la búsqueda de soluciones, por lo que, en contraposición con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ya no son las partes las que llegan por sí mismas al acuerdo.

En efecto, los expertos coinciden en señalar la mediación como una vía eficaz para dar solución a la insolvencia de manera extrajudicial o prejudicial e insisten en la importancia de la figura del mediador, cuya formación debe ser adecuada para garantizar una postura activa en la búsqueda de alternativas.

Es por ello que, a raíz de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y del interés acerca de la regulación específica de la mediación concursal, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, prevé este procedimiento. Esta regulación nace con el objetivo de realizar reformas favorables al crecimiento y a la actividad económica. Por ello, modifica numerosos aspectos de la Ley Concursal, especialmente en materia preconcursal⁶:

- *"La modificación de los Acuerdos de Refinanciación Formal regulados por la Disposición Adicional Cuarta. Se incluye una regla más flexible del cómputo de la mayoría del pasivo que suscribe el acuerdo, de cara a la extensión de la espera pactada por la mayoría de las entidades no participantes o disidentes.*

- *La regulación más completa del procedimiento de designación del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proporcionalidad de las garantías".*

⁵ Vid. a este respecto "La nueva Ley de mediación, puerta abierta a la mediación concursal", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 19 marzo, 2012. Disponible en: www.diariojuridico.com

⁶ Vid. a este respecto "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", *Garrigues - Comentarios*, N°.5, Madrid, 2013, p. 1. Disponible en: www.garrigues.com/es

- El más destacable, en lo que a este campo concierne, es el relativo a la "facilitación de acuerdos extraconcursales entre determinados tipos de deudores y sus acreedores mediante un sistema denominado «acuerdo extrajudicial de pagos» y protagonizado por la nueva figura del mediador concursal".

"Además, se regula por primera vez en España la denominada "segunda oportunidad" o *fresh start*⁷, que se concreta en la posibilidad de que el deudor persona natural pueda, en el marco de su concurso de acreedores, cancelar definitivamente deudas que no han podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes. El alcance de este "fresh start" es, no obstante, limitado pues sólo pueden acceder a él determinado tipo de deudores. No se extiende a los créditos de Derecho Público y exige que el deudor satisfaga íntegramente ciertas clases de créditos (especialmente los créditos privilegiados, entre los que se hallan los garantizados con hipoteca o prenda)"⁸.

3.2. La mediación en la fase preconcursal

⁷ Vid. a este respecto "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", Garrigues - Comentarios, N°.5, Madrid, 2013, p. 5-6. Disponible en: www.garrigues.com/es

"El concurso consecutivo es el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o si éste resultara incumplido o anulado. En dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación (salvo insuficiencia de activos, en cuyo caso se seguirán las normas específicas para los concursos sin masa activa).

En el concurso se designará administrador concursal al mediador concursal".

"En caso de que el concurso consecutivo de la persona natural fuera calificado como fortuito, el Juez acordará la remisión (cancelación) de las deudas que no han podido ser satisfechas en la liquidación del activo durante el concurso, excepto las de Derecho Público, siempre que se hayan abonado íntegramente los créditos contra la masa y los créditos privilegiados. Se trata de la denominada "segunda oportunidad" o "fresh start", regulada por primera vez en España, aunque con efectos limitados.

Según la nueva reforma, esta remisión o cancelación de deudas es un efecto del que también podrán beneficiarse los deudores personas naturales que soliciten un concurso, incluso sin haber intentado antes un Acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso, el auto que acuerde la conclusión del concurso declarará la remisión de las deudas no satisfechas bajo un esquema más restrictivo, que exigirá básicamente cumplir cinco condiciones:

- *Que el concurso sea declarado fortuito.*
- *Que el deudor no haya sido condenado por el delito del artículo 260 CP (causación o agravación dolosa de la insolvencia).*
- *Que se hubiesen abonado la totalidad de los créditos contra la masa.*
- *Que se satisfagan íntegramente los créditos privilegiados (incluso mediante daciones en pago).*
- *Que se paguen el 25% de los créditos ordinarios".*

⁸ Cfr. "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", Garrigues - Comentarios, N°.5, Madrid, 2013, p. 1. Disponible en: www.garrigues.com/es

Pues bien, como decimos, la reforma introduce un nuevo Título X en la Ley Concursal que regula el denominado "Acuerdo extrajudicial de pagos", un mecanismo que pretende la negociación extrajudicial de un "Plan de pagos" con los acreedores, como alternativa al concurso y al Acuerdo de Refinanciación Formal.

De lo expresado se infiere que la mediación tiene pleno sentido en el periodo previo al concurso de acreedores, donde la Ley Concursal pretende que el concursado lleve a cabo una labor de negociación con sus acreedores que le permita evitar el concurso de acreedores. En este sentido el artículo 5 bis de la Ley Concursal prevé que *"el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley"*.

Esta previsión es necesaria a la vista de que, en la actualidad, en algunos juzgados se están produciendo retrasos de hasta casi un año para admitir a trámite un concurso de acreedores. Mientras esto ocurre, el patrimonio del empresario o de la empresa se ve sujeto a constantes ejecuciones tanto de las Administraciones Públicas como de otros acreedores o, incluso, a un aumento de costos laborales. Toda esta sangría podría ser obstaculizada a través del acuerdo extrajudicial de pagos, toda vez que la designación por el Notario o el Registrador Mercantil será más ágil, produciéndose de forma automática la suspensión de todas las ejecuciones. Con todo si el mediador entiende que la empresa es inviable deberá promover de forma inmediata el concurso, pero ya con las ejecuciones suspendidas.

No obstante, la negociación de este acuerdo no podrá llevarla a cabo cualquier empresario, sino la persona natural con insolvencia actual o inminente y con un pasivo inferior a cinco millones de euros, así como la persona jurídica en estado de insolvencia con menos de cincuenta acreedores o con un activo o pasivo inferior a cinco millones de euros, siempre que en ambos casos se puedan sufragar los gastos del acuerdo y el patrimonio e ingresos previsibles permitan un acuerdo viable.

A sensu contrario, no podrán negociar este tipo de acuerdos:

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

b. Los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación.

c. Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieren llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

d. Las personas que, dentro de los tres últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, homologado un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso.

e. Asimismo quienes negocien un Acuerdo de Refinanciación Formal o hayan solicitado la declaración de concurso y su solicitud hubiera sido admitida a trámite.

f. Y finalmente, quien tenga un acreedor en situación de concurso que se vaya a ver afectado por el acuerdo.

También se prevén límites en lo relativo a los créditos que puedan verse afectados. Así, los créditos de derecho público y los créditos con garantías reales no podrán verse afectados por el acuerdo, salvo aceptación expresa de sus titulares.

3.3. Procedimiento para la obtención del acuerdo extrajudicial de pagos

En este contexto se crea la figura del mediador concursal, cuya finalidad es la consecución de la aprobación de un acuerdo de pagos que permita la supervivencia de la empresa. Para ello, el deudor debe haber puesto en conocimiento del Juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

De esta forma, se inicia el expediente para la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, durante el cual el deudor no podrá ser declarado en concurso.

Tras el inicio del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad, pero se abstendrá de solicitar préstamos o créditos o utilizar medios electrónicos de pago.

Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores no podrán iniciar ejecuciones contra el patrimonio del deudor durante un plazo de tres meses, salvo los titulares de créditos con garantía real. En caso de inicio o continuación de la ejecución por parte de estos últimos, no podrán participar en el acuerdo extrajudicial. El acreedor con garantía personal podrá ejecutar ésta si el crédito que ostenta frente al deudor principal ya hubiera vencido⁹.

Una vez que se practicare la anotación de apertura del expediente en los registros públicos, no se podrán anotar embargos posteriores, salvo que sean ejercitados por acreedores de derecho público o con garantía real que no participaren del acuerdo.

La admisión¹⁰ o inadmisión de la solicitud se hace depender, a la vista de lo regulado en el artículo 232.3 de la Ley Concursal, de la justificación del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, de que el deudor no se halle en alguna de las situaciones previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231, y de que no falte alguno de los documentos exigidos o los presentados fueren completos.

Parece, por lo tanto, que existe un control exhaustivo por parte del Notario y del Registrador, el cual no parece ser tal si lo ponemos en relación con lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, donde se recoge que se limitarán a la designación del mediador y "*a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo*". Hemos de entender, en consecuencia, que su control será puramente formal.

El mediador habrá de ser designado por el Registrador Mercantil del domicilio del deudor si este es un empresario o una entidad inscribible. En caso contrario, será designado por un Notario.

⁹ Artículo 235 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su Internacionalización, BOE núm. 233, 28 de septiembre de 2013.

¹⁰ Cfr. "Reforma de la Ley Concursal mediante la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", *Garrigues - Comentarios*, N.º.5, Madrid, 2013, p. 3, "*Una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor deberá solicitar el aplazamiento de los créditos de Derecho Público pendientes de ingreso. El acuerdo que resuelva el fraccionamiento o aplazamiento de dichos créditos se dictará cuando se formalice el acuerdo extrajudicial de pagos y tendrá como límite la espera pactada en éste, aunque la periodicidad de los plazos podrá ser diferente*".

Una vez solicitado el acuerdo extrajudicial de pago¹¹ y aceptado el cargo por el mediador propuesto, el Registrador Mercantil o Notario al que se hubiere solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

El mediador concursal procederá a comprobar la existencia y cuantía de los créditos y a convocar al deudor y a los acreedores a una reunión para alcanzar un Plan de Pagos.

Tan pronto como sea posible (y es aquí cuando se le pide al mediador una posición activa y conocimientos cualificados) y en todo caso con una anticipación mínima de veinte días a la fecha fijada para la reunión, debe remitir a los acreedores el Plan de Pagos que deberá contener una quita o condonación no superior al 25% y una espera o moratoria no superior a tres años¹².

El Plan de Pagos irá acompañado de un plan de viabilidad, una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones que se vayan devengando y un plan de empresa. El mismo podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas. Nótese que, en cuanto le implica de manera directa, sin lugar a dudas esta función distorsiona la figura del mediador.

A partir de la comunicación al Juzgado se da un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, porque, no siendo así, el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiere solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de solvencia. Plazo que en muchos casos se hará

¹¹ Conforme al artículo 232 de la Ley concursal: "2. 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 reglados 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.

Si el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio, y si estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará asimismo las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios".

¹² Artículo 236 de la Ley 14/2013.

escaso, debiendo haberse previsto una posible petición de prórroga pues dependerá mucho del número de acreedores, del número de créditos, etc.

La reunión con los acreedores servirá para ofrecer una propuesta de pagos acompañado de un plan de viabilidad. Los acuerdos deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio. Según se persiga uno u otro objetivo, la mediación tendrá una mayor o menor flexibilidad ya que vendrá marcada por las previsiones establecidas en la Ley Concursal para el Convenio Anticipado.

Si la mediación pretende la refinanciación de la empresa, estaremos ante unos procedimientos de mediación más puros, pues la misma se llevará a cabo seleccionando los acreedores cuya actuación puede provocar de forma más inmediata el estudio previo para seleccionar aquellos con los que se ha de desarrollar la mediación, aunque lo óptimo será realizarla con todos o la mayor parte de ellos. En este momento los acuerdos son más flexibles y no es fundamental el respeto al principio de la *par conditio creditorum*, no pudiendo, sin embargo, obviarlo dada la eventualidad de posteriores acciones rescisorias. De igual modo, cabe la posibilidad de que los mismos puedan incluir acuerdos adicionales que no versen sobre la refinanciación. Es en este tipo de acuerdo donde la mediación alcanza toda su riqueza¹³.

Si de lo que se trata es de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la distinción de este tipo de mediación con la de otros ámbitos es absoluta, dada la rigidez que caracteriza a la mediación concursal. Esta viene determinada por el principio concursal de respetar la *par conditio creditorum* y por la fijación de un objetivo concreto: la aprobación de un acuerdo concreto con los acreedores. Con todo, este último debe, necesariamente, adoptar la apariencia de un acuerdo homogéneo que cumpla los requisitos del artículo 100 de la Ley Concursal, es decir, que respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder de quitas superiores al 50% ni esperas superiores a los cinco años¹⁴.

¹³ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

¹⁴ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

Puede incluir, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, puede incluir, de igual modo, proposiciones de enajenaciones de bienes. Dicho lo anterior, cabe señalar que la propuesta no podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global del activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

*"Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un Plan de Pagos y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros"*¹⁵. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

A partir de este momento las situaciones posibles son:

1. El mediador se ve compelido a solicitar el concurso si:
 - Tras el envío del Plan de Pagos los acreedores que representen la mayoría del pasivo deciden no continuar con la negociación.
 - El Plan de Pagos es rechazado en la reunión¹⁶.
 - El Plan de Pagos es aprobado en la reunión¹⁷, para, posteriormente, ser incumplido por el deudor.

El concurso consecutivo es el que se declara a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores cuando se demuestre imposible alcanzar un

¹⁵ ORTIZ HERNÁNDEZ, A., "La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias", *diariojuridico.com - Derecho y Noticias Jurídicas*, 3 mayo, 2013. Disponible en: www.diariojuridico.com

¹⁶ La mayoría necesaria para la aprobación del Plan de Pagos será del 60% del pasivo, o del 75% si incluye daciones en pago, debiendo contar en este caso con la aprobación de los acreedores con garantías reales sobre los bienes cedidos en pago. Para el cómputo del quórum solo se tendrán en cuenta a los acreedores afectados por el Plan de Pagos.

¹⁷ Los acreedores están obligados a asistir a la reunión que convoque el mediador concursal, salvo aquellos que ya se hubieran pronunciado a favor o en contra del Plan de Pagos con anterioridad. A quienes no asistieren ni se manifestaren antes a favor o en contra, se les subordinarán sus créditos en el posible futuro concurso, salvo que fueren titulares de créditos con garantía real.

acuerdo extrajudicial de pagos, o si este resultara incumplido o anulado. Exceptuando insuficiencia de activos, en cuya circunstancia serán de aplicación las normas específicas para los concursos sin masa activa, en dicho concurso se abrirá simultáneamente la fase de liquidación. En este proceso el mediador será designado administrador concursal, sin que tenga derecho a mayor retribución que la que le correspondiera por su previa actuación en el acuerdo extrajudicial, salvo que el Juez apreciare circunstancias excepcionales.

2. Se aprueba el Plan de Pagos y, por tanto, el acuerdo extrajudicial. En este supuesto, *"ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente"*¹⁸.

El acuerdo extrajudicial se elevará a escritura pública y, en su caso, se inscribirá en el Registro mercantil. Además, se comunicará al Juzgado competente para la declaración del eventual concurso del deudor, debiendo ser objeto de publicación en el BOE y en el Registro Público Concursal.

Conforme al artículo 241 de la Ley 14/2013 y a diferencia de la actuación del Administrador Concursal en los convenios - que solo lo hace cuando expresamente se le encomienda-, compete al mediador la supervisión del cumplimiento del acuerdo quien, si lo entiende cumplido, lo hace constar en acta notarial.

3.4. El mediador concursal

A la vista del procedimiento, no queda duda alguna respecto a que la ley exige al mediador concursal un plus respecto al mediador en asuntos civiles y mercantiles, además de que distorsiona en alguna forma su figura.

Así bien, el mediador concursal requiere una formación específica y ello cabe dentro del marco de la mediación. En efecto, no se puede hablar de mediación como modelo único, sino que más bien debe hablarse de mediaciones, aún cuando se basen en unos principios básicos esenciales que son comunes, como pueden ser la voluntariedad y la confidencialidad.

¹⁸ Artículo 240.1 de la Ley 14/2013.

Existe un tipo específico de intervención social que revestirá una forma más impregnada de humanismo en los conflictos de carácter personal y que será más cercana al pragmatismo en los conflictos de trascendencia económica. Por ello, en unos casos exigirá del mediador una formación específica en las ciencias de la conducta y en otras como en el campo concursal, en las del Derecho y la Economía. En efecto, cuando se trate de mediación en conflictos de alto contenido técnico, será necesario conocer el ámbito en el que se desarrolla el conflicto. Ello no obsta, sino que abunda a que, además de conocer los principios y técnicas del método, el mediador deba controlar el lenguaje del conflicto, que es el lenguaje que las partes van a utilizar¹⁹.

Por ello se le exige al mediador concursal que sea persona natural o jurídica, inscrita en el nuevo Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia²⁰, que, además de reunir las condiciones exigidas por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, deberá reunir la condición ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal; o bien ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

Además, se permite que lo sean las personas jurídicas en las que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

¹⁹ ORTUÑO MUÑOZ, P., "Artículo 1. Concepto", *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R.), Valencia, 2013, pp. 21-29, p. 23.

²⁰ Según la nueva redacción del artículo 198.1 de la Ley concursal "1. El Registro público concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de tres secciones:

a) *En la sección primera, de edictos concursales, se insertarán ordenados por concursado y fechas, las resoluciones que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el secretario judicial.*

b) *En la sección segunda, de publicidad registral, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales y en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento.*

c) *En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización".*

Por tanto, se le está exigiendo que tenga formación acreditable no solo en mediación, sino también en materia concursal. Y es que el papel del mediador es similar al del administrador concursal, pero sin necesidad de intervención judicial y con un procedimiento menos costoso, ya que no tendrá que tomar decisiones. No en vano, en caso de que el proceso de mediación no produzca los efectos esperados, el mediador seguirá el procedimiento de concurso como administrador concursal.

Todo ello deriva en que el mediador concursal no sea un mediador al uso y pueda considerarse que su imparcialidad y neutralidad puedan verse denostadas. Esto pasa tanto durante la actuación del mediador como tal, como posteriormente cuando pase, si la negociación no es satisfactoria, a ejercer su función de administrador concursal.

En lo relativo a la actuación del profesional en el ámbito concreto de la mediación, cabe destacar que ha de comenzar obteniendo información con el objeto de acometer el análisis de la situación actual en la que se halla el deudor. En esta fase ha de llegar a conocer cuál es la estructura del pasivo en cuanto al carácter personal de los acreedores. Con ello, podrá decidir estrategias futuras y en qué acreedores centrar la atención, a fin de saber si la deuda principal está concentrada en Administraciones Públicas, acreedores profesiones (entidades crediticias), acreedores privilegiados u otros acreedores.

A partir de la información obtenida podrá decidir sobre la conveniencia de iniciar o no el proceso de mediación y, en caso de que valore pertinente el recurso a la mediación, sobre qué acreedores iniciar la misma. A partir de ese momento habrá de fijar una estrategia de acuerdos, de forma que los mismos sean equitativos para todas las partes en conflicto.

Todo el procedimiento hasta aquí descrito hace que entendamos que el modelo de mediación por el que hemos de decantarnos en esta ocasión es el modelo de Harvard²¹, más idóneo para la mediación mercantil. En el mismo la mediación es

²¹ A la hora de afrontar el proceso de mediación, podemos enfocarlo desde diversos puntos de vista. Así, diferenciaremos por tradición tres líneas de pensamiento diferentes, que engloban cada una de ellas un tipo diferente de modelo de mediación. Así cabe referirse al modelo tradicional-lineal (conocido como Harvard), al modelo transformativo (Bush y Folger) y al modelo circular narrativo (Sara Cobb).

entendida como una negociación asistida, en la que ambas partes pueden ser asesoradas por una tercera persona para intentar resolver el conflicto. Así bien, el método se basa en cinco premisas: separar a las personas del problema; centrarse en intereses, no en posiciones; inventar opciones para *ganar-ganar*; insistir en el manejo de criterios objetivos; y conocer la mejor alternativa a un acuerdo negociado.

Se trata de un modelo eminentemente práctico, completamente orientado a la obtención de un acuerdo. Representa, por ello, un modelo ajustado a la mediación concursal, donde los conflictos puntuales, ante la ausencia de una larga historia de la relación, no requieren una mejora de la misma entre los mediados, concentrando, de este modo, un significativo nivel de éxito.

Por último, si no se llegare a acuerdos, el mediador concursal pasa a ser administrador concursal. Mostramos nuestro desacuerdo con esta cuestión en base a dos razones:

- Con ello se pierde la neutralidad. En efecto, el mediador podría perder la neutralidad y tener interés en que no se alcance ningún acuerdo ya que la percepción de honorarios del concurso podría resultarle igualmente interesante. De este modo, percibiría doble retribución, esto es, tanto por su labor como mediador, como por el posterior desarrollo de las funciones propias de administrador concursal.

- Se pierde la confidencialidad propia de todo proceso de mediación, dificultando/impidiendo que las partes expongan sus problemas reales y propiciando después la consecución de acuerdos. ¿Qué concursado se va a arriesgar a dar información que después pudiera favorecer la interposición de acciones de reintegración por parte del administrador concursal?

En el modelo transformativo se busca modificar la relación entre las partes, por lo que no se pone tanto el énfasis en obtener el acuerdo, aunque por supuesto es el objetivo final, pero será una consecuencia de esa nueva situación.

El modelo circular-narrativo se fundamenta en que el mediador ha de tratar de reforzar y facilitar el aprendizaje de las funciones del *yo* sirviéndose de liberar, estimular y orientar la motivación de la persona para cambiar.