



MÁSTER EN MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Universidad de Valladolid

Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación

**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER: “LOS ACUERDOS
EXTRAJUDICIALES DE PAGOS EN LA MEDIACIÓN
CONCURSAL”.**

AUTOR: M^a Isabel Barros Marugán

TUTOR ACADÉMICO: Laura González Pachón

RESUMEN: en las siguientes páginas se realizará un estudio detallado de la mediación en el ámbito del derecho concursal, su encuadre en el concurso de acreedores y la problemática que plantea la figura del mediador concursal en el caso de un posterior proceso concursal.

PALABRAS CLAVE: mediación concursal, concurso, acreedores, deudor mediador, procedimiento, contrato de transacción.

ABSTRACT: in the following pages we will present a detailed study about mediation on bankruptcy, how it fits within the bankruptcy proceedings and the problematic position of the mediator in the bankruptcy proceeding that can take place later.

KEY WORDS: mediation on bankruptcy, bankruptcy, creditor, debtor, mediator, proceeding.

ÍNDICE

Introducción

Capítulo I – El concurso de acreedores

1. El concurso de acreedores: concepto y regulación
2. Presupuestos de declaración del concurso
 - 2.1. Presupuesto subjetivo
 - 2.2. Presupuesto objetivo
 - 2.3. Presupuesto formal
3. Efectos de la declaración del concurso
4. Fase común del concurso
5. Finalización del concurso
 - 5.1. Convenio
 - 5.2. Liquidación
6. Calificación del concurso

Capítulo II - Del Concurso de Acreedores a la Mediación Concursal

1. La ineficacia del sistema concursal español
2. Mediación
 - 2.1. Introducción y concepto
 - 2.2. Régimen jurídico
 - 2.3. Principios
 - 2.4. El mediador: Estatuto Jurídico
 - 2.5. Derecho comparado
3. Primeros pasos hacia la resolución extrajudicial de conflictos en el ámbito concursal
4. La Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización
 - 4.1. Modificaciones a la Ley Concursal

Capítulo III – Mediación y ley concursal

1. Los acuerdos extrajudiciales de pago
2. Sujetos en los acuerdos extrajudiciales de pago
 - 2.1. Deudor
 - 2.2. Acreedores
 - 2.3. Mediador concursal
 - 2.4. Otros intervinientes
3. Proceso
 - 3.1. Designación del mediador concursal
 - 3.2. Fase de negociación
 - 3.2.1. Iniciación del expediente
 - 3.2.2. Plan de pagos
 - 3.2.3. La reunión con los acreedores
 - 3.3. Terminación
 - 3.3.1. Posibles acuerdos que se pueden alcanzar
 - 3.3.2. Impugnación del acuerdo
4. El concurso consecutivo
5. Los acuerdos extrajudiciales en Derecho Comparado

Conclusiones finales

Bibliografía

Anexo I

INTRODUCCIÓN

La crisis en que la Administración de Justicia se encuentra sumida no solo en España, sino también en el resto de Europa es lo que da lugar a la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Directiva relaciona la mediación con el derecho de acceso a la justicia, diciendo en el quinto considerando que *“El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia [...] debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios.”* Intenta, por tanto, la Directiva resaltar que los métodos alternativos de resolución de conflictos, y principalmente la mediación, son una forma efectiva de asegurar que los ciudadanos vean tutelados sus derechos en relación a un conflicto.

En este sentido, la Directiva apremia a los Estados a que incluyan en sus ordenamientos la mediación como mecanismo de resolución de los conflictos que puedan surgir en las relaciones entre personas tanto físicas como jurídicas.

Este trabajo se ocupará de analizar la figura de la mediación mercantil y, en concreto, de la mediación concursal, en los siguientes bloques:

- Un primer capítulo en el que se hará un examen del actual tratamiento de la situación de insolvencia de las personas en nuestro ordenamiento jurídico mediante el estudio de la Ley Concursal (LC).
- En el segundo capítulo se realizará un análisis de las deficiencias que sufre el procedimiento concursal en España, con expresión de la evolución que ha sufrido el tratamiento de la insolvencia hasta llegar a la reforma que provoca en la Ley Concursal la Ley 14/2013, que introduce los “acuerdos extrajudiciales de pagos”: la comúnmente llamada “mediación concursal”.
- Por último, el tercer capítulo, será el encargado de exponer como se desarrolla el proceso negociador de un acuerdo extrajudicial de pagos según lo dispuesto en el Título X de la Ley Concursal y las especialidades del concurso consecutivo, que no es otra cosa que el procedimiento de concurso de acreedores que tiene lugar tras la negociación de un acuerdo extrajudicial de pago.

CAPÍTULO I – EL CONCURSO DE ACREEDORES

1. EL CONCURSO DE ACREEDORES: CONCEPTO Y REGULACIÓN

En caso de que no haya por parte de un deudor un cumplimiento voluntario de la deuda que ha contraído, el acreedor está facultado, en virtud de la responsabilidad que se deriva de la obligación, para acudir a los tribunales y atacar el patrimonio del deudor para satisfacer su crédito de forma forzosa, es decir, puede solicitar el embargo y venta de los bienes que sean necesarios para poder cobrar la deuda.

Si hay varias deudas con distintos acreedores pero el patrimonio es suficiente para hacerse cargo de todas, cada acreedor podrá solicitar de forma individual la ejecución patrimonial para cubrir su crédito.

El problema aparece cuando el patrimonio no es suficiente para todas las deudas. En este caso, las acciones individuales serán ineficientes porque no todos los acreedores podrán ver satisfecha su pretensión. Cuando esto sucede, los acreedores tendrán que unirse para, de forma colectiva, actuar contra el patrimonio del deudor y que todos puedan ver satisfecho su derecho contra el mismo. Para dar respuesta a este supuesto nace el Derecho Concursal.

En palabras de Cuesta Rute y Núñez Rodríguez (2014), llamamos Derecho concursal al sector del derecho patrimonial que tiene como materia a todas las instituciones que se ordenan a resolver el conflicto de intereses que se plantea cuando una persona resulta ser deudora de otras, que son así sus acreedores, por una cifra total que rebasa su capacidad de cumplimiento o pago¹.

Según la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, *“El nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de “concurso”, expresión clásica que [...] describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común.”* Pero según continua el texto legal, no se refiere solo a la concurrencia de acreedores, sino que se utiliza también este término para *“significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia.”* Es decir, se llama “concurso” tanto porque

¹ Cuesta Rute, J. M. de la, (Director) (2014). *Derecho Mercantil II*. (3ª Ed.). p. 369.

recoge el procedimiento para tratar la insolvencia en el caso de que exista una pluralidad de acreedores, como porque de una vez por todas se utiliza un único procedimiento para estos casos.

Y es que los supuestos de insolvencia, con anterioridad a la Ley Concursal, tenían una regulación muy dispersa, como veremos brevemente a continuación. Es a finales del siglo XIII cuando, con la consolidación de la llamada “revolución comercial”, se empieza a diferenciar entre comerciante y no comerciante en los casos de insolvencia para hacer frente a los créditos que una persona contraía, imponiéndose un régimen específico y más riguroso a los primeros².

En las Ordenanzas de Bilbao la insolvencia es regulada con la denominación de “quiebra”, denominación que fue adoptada por el Código de Comercio de 1829, sustituido posteriormente por el Código de Comercio de 1885. Al mismo tiempo, para los deudores no comerciantes el Código Civil recogía el “concurso de acreedores” que, si bien perseguía el mismo fin que la quiebra para los comerciantes, el régimen era menos riguroso que para estos.

Hasta que la Ley Concursal entró en vigor, distinguíamos diferentes procedimientos, por tanto, para los deudores comerciantes y para los deudores civiles. Estos eran, para el deudor comerciante, junto a la “quiebra”, la “suspensión de pagos”, y para el deudor civil, además del “concurso de acreedores”, las “quitas y esperas”.

Toda esta diferenciación de procedimientos ha encontrado su fin al ver la luz la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004, puesto que, como ya hemos mencionado, esta ley unifica en uno todos estos procedimientos bajo la denominación de “concurso de acreedores” y lo aplica a todo tipo de deudores, tanto comerciantes como civiles.

Como sucede con toda ley, los cambios tanto sociales como políticos o económicos van por delante, y la Ley Concursal no se libró de ellos. Con la llegada de la crisis económica en 2007, demostró no ser suficiente para enfrentar la nueva situación a que se veían abocadas las empresas, razón por la que ha sido modificada numerosas veces.

2 Cuesta Rute, J.M. de la, & Núñez Rodríguez, E. *Finalidad de las instituciones concursales dentro del sistema jurídico*. p. 370

Podemos caracterizar la Ley Concursal en base a tres principios: la unidad legislativa, la unidad de disciplina y la unidad de procedimiento. Sin embargo, antes debemos hacer referencia al principio de universalidad.

El concurso de acreedores supone una organización de los acreedores que tienen un mismo deudor para la defensa colectiva de sus intereses, cuya base debe ser el principio de universalidad y de la *par conditio creditorum*.

La universalidad implica que en tal ordenación deben integrarse todos los acreedores con todos los créditos de que sean titulares frente al deudor común, así como todos los bienes y derechos realizables del deudor, salvo las excepciones reconocidas legalmente. Es en este ámbito de un procedimiento universal donde la *par conditio creditorum* encuentra su justificación³.

La *par conditio creditorum* significa que todos los acreedores deben ser tratados por igual. Sin embargo, esta no hay que tomársela al pie de la letra, pues ya veremos que no todos los créditos tienen la misma consideración ni el mismo tratamiento.

En cuanto a los tres principios que mencionábamos anteriormente, la unidad legislativa se refiere a la regulación del concurso en un único cuerpo legal compuesto por la Ley Concursal, en contraposición a la gran fragmentación que había en la normativa de esta materia con anterioridad a la aprobación de la ley⁴. Con esta unificación, no solo se trata de acabar con dicha fragmentación, sino también con los conflictos tanto normativos como doctrinales y de jurisprudencia que podrían surgir.

En cuanto a la unidad de disciplina, como ya se ha explicado, con anterioridad a la Ley Concursal, se diferenciaban distintos procedimientos según el deudor fuera comerciante o civil; con la entrada en vigor de la Ley Concursal, este procedimiento se aplica a comerciantes, no comerciantes, empresarios mercantiles, agrícolas, profesionales,... En definitiva, cualquier deudor puede ser declarado en concurso. Hay un único procedimiento que se aplica a todo deudor sin importar su condición de persona física o jurídica, o de comerciante o civil.

Sin embargo, tenemos que tener en cuenta que aunque ya no se realiza ninguna distinción a la hora de someterse al procedimiento, ello es sin perjuicio de que el

3 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*, p. 29

4 A este respecto, Broseta Pont, M & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II*. p. 500. También, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*. p. 30.

empresario mercantil siga sujeto a ciertas especialidades que derivan de su estatuto de empresario, a saber la publicidad registral y la obligación de llevar una contabilidad⁵.

Por último, en lo que respecta a la unidad de procedimiento, se refiere de nuevo a que existe un solo procedimiento frente a los cuatro (suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores, y quita y espera) que existían anteriormente. En este sentido, la suspensión de pagos, y la quita y espera eran procedimientos preventivos para evitar la insolvencia, mientras que la quiebra y el concurso de acreedores se utilizaban para los casos en que ya se estaba en situación de insolvencia.

Con la nueva Ley Concursal, en el caso de que el deudor trate de llegar a un acuerdo preconcursal con todos o parte de los deudores, o se llegue a un acuerdo y este no sea finalmente capaz de evitar la insolvencia se reconducirá la situación a través del concurso de acreedores. Este aspecto se examinará más a fondo cuando hablemos del concurso consecutivo al acuerdo extrajudicial de pagos.

Terminamos este apartado haciendo referencia a la finalidad del concurso.

La finalidad del concurso es principalmente la satisfacción de los créditos de los acreedores⁶, en contraposición con el fin de los procedimientos concursales que van dirigidos, como veremos, al saneamiento de la empresa y la continuidad de su actividad.

Esto, no obstante, no quiere decir que solo se busque liquidar sin más. El procedimiento concursal, aunque es único, da dos opciones de finalización: la liquidación y el convenio. Es de preferencia esta última y por ello se facilita que el deudor y los acreedores puedan alcanzar una solución convenida siempre que permita que se satisfagan adecuadamente los créditos puesto que, reiteramos, la finalidad del concurso es la satisfacción de los acreedores y no el saneamiento de la empresa o su continuidad.

2. PRESUPUESTOS DE DECLARACIÓN DEL CONCURSO

Para poder proceder a la apertura del concurso, la declaración del concursado, y para que esta declaración despliegue efectos deben concurrir tres presupuestos esenciales: el presupuesto subjetivo, el presupuesto objetivo y el presupuesto formal.

2.1. Presupuesto subjetivo

⁵ Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*. p. 31.

⁶ En este sentido, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*. p. 34. También, Broseta Pont, M & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II*. p. 611. Además, González Vázquez, J.C. *La declaración de concurso*. p. 397

El presupuesto subjetivo atiende a la condición de persona del deudor, ya sea persona física o jurídica, y esto como consecuencia directa del principio de unidad de disciplina que supone el establecimiento de un solo procedimiento para todo tipo de deudores⁷.

Dos excepciones existen a esta regla de condición de persona del deudor⁸, en un caso se permite a un ente sin personalidad jurídica poder ser declarado en concurso de acreedores, y existe otro caso de personas jurídicas que no pueden ser declaradas. En el primer supuesto nos estamos refiriendo a la herencia que no ha sido aceptada pura y simplemente, hablamos, por tanto, de la herencia yacente y de la herencia que ha sido aceptada a beneficio de inventario. Están en este caso legitimados para pedir la declaración en concurso de la herencia los acreedores del causante, el administrador de la herencia y los herederos. En caso de que sean los herederos los que soliciten la declaración en concurso de la herencia, se darán los efectos de la aceptación a beneficio de inventario:

- No se confundirá el patrimonio personal del deudor con los bienes de la herencia en su perjuicio.
- El heredero está obligado a pagar las deudas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de la misma, sin responder en lo restante con su propio patrimonio.
- Conserva el heredero contra el caudal hereditario todos los derechos que tuviera contra el causante.

En el caso de las personas jurídicas que no pueden ser declaradas en concurso, estas son las entidades de derecho público. Parece lógico que los entes que forman la Administración Pública en sentido estricto estén excluidos ya que, como se financian mediante impuestos, siempre pueden subirlos y excluir así el riesgo de verse en situación de insolvencia. Más difícil de comprender es la inclusión en este supuesto del resto de entidades de derecho público que tienen una naturaleza jurídico-privada pues, como apunta González Vázquez, dentro de estas se incluyen los “Organismos autónomos” como las “Entidades públicas empresariales” que, al estar sometidas al

7 A este respecto, Broseta Pont, M & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II*. p. 570.

8 González Vázquez, J.C. *La declaración de concurso*. p. 399. También, Vázquez Cueto, J.C. *Los presupuestos materiales del concurso*. p. 136.

Derecho privado, deberían quedar dentro del ámbito de aplicación de la legislación concursal⁹.

Dejando a un lado estos supuestos, cualquier persona puede ser declarada en concurso.

2.2. Presupuesto objetivo

Para que el deudor pueda ser declarado en concurso, debe concurrir el supuesto de la insolvencia. Según el art. 2.2 LC, *“se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.”*

Aunque podríamos calificar este presupuesto como el más relevante, ya que si el deudor no estuviera en situación de insolvencia y pudiera hacer frente a sus deudas no tendría sentido acudir a este procedimiento, también es cierto que está dotado de cierta flexibilidad. Por un lado, es posible excluir este presupuesto en circunstancias extraordinarias, como por ejemplo: atendiendo a la Disposición Transitoria 1^a.2. LC, se producirá la apertura de oficio del concurso cuando se incumpla un convenio derivado de un procedimiento concursal seguido al amparo de la legislación anterior; o en el caso de que no se alcance acuerdo o, habiéndose alcanzado, este se incumpla en el marco de un *acuerdo extrajudicial de pagos*, según lo dispuesto en el Título X de la LC.

Se muestra también la flexibilidad al contemplar la ley dos supuestos de insolvencia: la insolvencia actual y la insolvencia inminente. La insolvencia actual es ese supuesto que recoge el art. 2.2 de la LC cuando el deudor *“no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*. En caso de insolvencia actual, si es un acreedor el que solicita la declaración en concurso, dice la LC que deberá basar la solicitud en *“título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:*

1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

4.ª El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la

⁹ González Vázquez, J.C. *La declaración de concurso*. p. 400.

solicitud de concurso; las de pago de cuotas a la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondiente a las tres últimas mensualidades.¹⁰”

Cualquiera de los acreedores podrá alegar estos hechos aunque no le afecten directamente, y tendrá además que probarlos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que estas causas se tratan de indicios y el deudor está legitimado en virtud del art. 18 LC tanto para allanarse como para formular oposición, fundando la misma tanto en la inexistencia del hecho alegado por el acreedor como en la inexistencia de la insolvencia aun cuando sí que exista el supuesto alegado. En caso de que alegue inexistencia de insolvencia, recaerá sobre él la carga de la prueba de su solvencia; esta prueba deberá estar basada en la contabilidad que lleve en caso de estar obligado legalmente a ella.

En cualquier caso, estos supuestos tasados solo vinculan a los acreedores. En caso de que la solicitud la presente el deudor, solo deberá, según lo dispuesto en el art. 2.3 LC, justificar tanto el endeudamiento como la insolvencia por cualquier medio de prueba.

Por lo que respecta a la insolvencia inminente, el art. 2.3 LC la define como la situación en la que el deudor *“prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.”* Se trata de un supuesto especial previsto solo para solicitudes realizadas por el deudor cuando éste todavía no se encuentre en situación de insolvencia pero prevea que lo va a estar en el futuro cercano. Sin embargo, no especifica la ley cómo de inminente debe de ser la situación de insolvencia o la forma de probarla.

Cómo señala González Vázquez, la posibilidad que el legislador le da al deudor de instar la declaración en concurso antes de que se llegue efectivamente al estado de insolvencia responde al deseo de que la anticipación del concurso funcione como una forma de hacer más eficaz la satisfacción de los acreedores. Sin embargo, continúa el autor, no podemos ver esta opción como una forma preventiva que evite la desaparición de la empresa y facilite su saneamiento ya que, como hemos visto, la finalidad del concurso no es esa, sino la satisfacción de los acreedores.

2.3. Presupuesto formal

10 Artículo 2.4. de la Ley Concursal.

El presupuesto formal es la declaración del concurso. Ésta se produce a través de una declaración judicial: el auto declaratorio de concurso, sin el cual no existe declaración en concurso y, por tanto, no se producen los efectos que derivan de ella¹¹ y que explicaremos con posterioridad.

¿Cómo se declara el concurso de acreedores? La primera puntualización que debemos hacer sobre esta pregunta es que no puede declararse de oficio por el Juez ni a instancia del Ministerio fiscal, ya que se trata del ámbito del Derecho Privado y rige el principio de rogación¹². El concurso de acreedores se declara a solicitud de las personas legitimadas para ello y, según quién sea el solicitante, distinguiremos entre concurso voluntario cuando lo solicita el deudor y concurso necesario cuando es cualquier otro interesado el que lo insta.

- Concurso voluntario: al ser el deudor el que mejor conoce su situación financiera, es lógico que esté legitimado para instar el concurso. Pero no solo eso, sino que por esta misma razón, no solo está legitimado, sino obligado a solicitar la declaración en concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1.LC). Es esta obligación la que nos puede llevar a pensar que el concurso solo será realmente voluntario cuando se trate de una insolvencia inminente puesto que, como vemos, en caso de insolvencia actual, está obligado a solicitar la declaración en concurso.

El incumplimiento de este deber es sancionado, según lo dispuesto en el art. 165.1 LC, con la presunción de dolo o culpa grave en el agravamiento de la situación de insolvencia, con la consecuencia que ello conlleva de que se califique el concurso como culpable.

La reforma introducida por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, introduce dos importantes modificaciones en relación con este deber. En primer lugar, elimina la otra sanción por incumplimiento que consistía en la prohibición de presentar propuesta anticipada de convenio, que se preveía en el art. 105.1.6º LC, ya

11 Vázquez Cueto, J.C. & Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El presupuesto formal del concurso: el procedimiento de declaración del concurso*. p. 155.

12 Vázquez Cueto, J.C. & Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El presupuesto formal del concurso: el procedimiento de declaración del concurso*. p. 156. También, González Vázquez, J.C. *La declaración de concurso*. p. 407.

derogado. En segundo lugar, y esta modificación tiene especial trascendencia para el objeto de estudio de este trabajo, el RDL 3/2009 dice este deber no podrá exigirse cuando el deudor comunique que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la Ley 38/2011 modificaba el art. 5.1 LC añadiendo los acuerdos de refinanciación a las propuestas anticipadas de convenio. Finalmente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que es la que introduce los acuerdos extrajudiciales de pagos, vuelve a modificar, entre otros como veremos, el art. 5.1 LC y añade a los otros dos supuestos el caso de los acuerdos extrajudiciales de pagos, si bien en este caso la comunicación no la realizará el deudor sino el mediador concursal.

Por tanto, esta obligación de solicitar la declaración de concurso del deudor no podrá exigirse cuando este ponga en conocimiento del juzgado competente que se encuentra incurso en uno de estos tres supuestos. Le da la Ley Concursal el plazo de tres meses, transcurridos los cuales, el deudor deberá solicitar la declaración en concurso, haya alcanzado un acuerdo o no, dentro del mes siguiente.

En su solicitud, el deudor deberá hacer constar el tipo de insolvencia en que se encuentra, actual o inminente, y además deberá aportar la documentación que se exige en los apartados 2 y 3 del art. 6 LC¹³, debiendo justificar la falta de alguno

13 Ley Concursal, artículo 6: 2. *A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes:*

1.º Poder especial para solicitar el concurso. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento apud acta.

2.º La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial.

Si el deudor fuera persona casada, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

Si el deudor fuera persona jurídica, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante.

3.º Un inventario de bienes y derechos, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

4.º Relación de acreedores, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o

de los documentos que debe aportar. En caso de que la solicitud de presente de forma incorrecta o incompleta y se desestime, se entenderá que el cumplimiento ha sido en forma pero no en plazo, con las consecuencias ya mencionadas que acarrea este supuesto.

- Concurso necesario: es lógico que si el deudor está legitimado para solicitar la declaración del concurso, también lo estén sus acreedores, que son los titulares de los derechos que se tutelan con este procedimiento.

Están legitimados también, cuando el deudor es una persona jurídica, los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de la misma (art. 3.3 LC); en el caso del concurso de las herencias, lo están el administrador de la misma y los herederos del fallecido, además de, por supuesto, los acreedores de aquél (art. 3.4 LC).

Estos otros legitimados, igual que el deudor, también deben cumplir ciertos requisitos en su solicitud. Estos requisitos vienen establecidos en el art. 7 LC y son, para el acreedor el título en que funda la solicitud y “*el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición, y vencimiento y situación actual del crédito*”; y para el resto de legitimados, se pide que expresen la condición en que formulan la solicitud y la aportación del documento que les legitime o la propuesta de prueba para acreditar tal legitimación.

En este caso la Ley de Apoyo a Emprendedores también ha introducido una novedad, legitimando al mediador concursal a solicitar la declaración del

reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

5.º La plantilla de trabajadores en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

3. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad, acompañará además:

1.º Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2.º Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3.º Estados financieros intermedios elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4.º En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

concurso en el marco de los acuerdos extrajudiciales de pagos cuando no se llegue a un acuerdo o, habiéndose alcanzado uno, este se incumpla.

Como decíamos, la declaración del concurso se realiza mediante auto judicial, en concreto del Juzgado de lo Mercantil.

El juez conoce de la solicitud el mismo día o al día siguiente de su reparto. Si estima que está incompleta o defectuosa, concederá un plazo no superior a cinco días para que el solicitante subsane o justifique las deficiencias. Tras este plazo, si no considera que se hayan justificado o subsanado, dictará auto de inadmisión.

Si el juez considera que la solicitud formal es correcta, desde este momento la tramitación toma vías distintas según la solicitud la haya realizado el deudor o cualquier otro legitimado.

En el caso de que la solicitud la haya realizado el deudor, si considera que de la documentación se deriva alguno de los hechos que da lugar a la insolvencia, dicta auto de declaración y, en caso contrario, dicta auto de desestimación contra el que solo se puede interponer recurso de reposición. En caso de que el solicitante sea cualquier otro legitimado, tenemos dos opciones en función del fundamento de la solicitud. Si la solicitud se basa en el embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubieran dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración (art. 15.1 LC); si el fundamento es otro hecho distinto, se dictará auto de admisión a trámite y se concederá al deudor un plazo de 5 días para formular oposición.

En caso de que haya oposición, se celebrará una vista antes de la cual el deudor deberá consignar el crédito del acreedor solicitante.

Por último, el Juez dictará el auto que corresponda, ya sea declaratorio del concurso o desestimatorio de la solicitud. Si se declara el concurso las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa y, en caso de desestimarse la solicitud, el solicitante será condenado en costas.

El auto declarativo del concurso deberá incluir:

- El carácter voluntario o necesario del concurso.
- Los efectos que produce la declaración sobre las facultades que el deudor posee en cuanto a la administración y disposición de sus bienes.

- El nombramiento de los Administradores Concursales.
- Las medidas cautelares que, en su caso, se crean necesarias para asegurar el patrimonio del deudor hasta la aceptación del administrador concursal.
- El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal sus créditos.
- La publicidad que debe darse a la declaración de concurso.
- Y, por último, en su caso, la formación de pieza separada para la disolución de sociedad de gananciales, y la decisión de aplicar el procedimiento abreviado.

Los efectos del auto son inmediatos y producen la apertura de la fase común de tramitación del concurso¹⁴.

3. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

El concurso desencadena efectos para todos los interesados, sin embargo recaen de forma especial en dos sujetos: el deudor y los acreedores. Además, el concurso también produce efectos sobre los contratos y ciertos actos que el deudor pudo realizar en fecha cercana a la declaración del concurso.

El efecto que podríamos decir que es el principal que tiene el concurso sobre la persona del deudor consiste en la limitación de sus facultades patrimoniales, dirigida a proteger los bienes que integran la masa activa para el pago de los créditos. Esta limitación se lleva a cabo de dos mecanismos, la intervención y la suspensión, cuya aplicación dependerá del carácter voluntario o necesario de la declaración del concurso.

En caso de que el concurso sea voluntario, es decir, cuando ha sido el propio deudor el que ha solicitado la declaración del concurso, el apartado 1 del artículo 40 de la LC nos dice que *“el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.”* La intervención, por tanto, permite que el deudor conserve en cierta medida sus facultades de administración y disposición bajo la tutela de la administración concursal.

El efecto que se desencadenará si el concurso es necesario será la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio. En este caso

¹⁴ Rojo, A. & Beltrán, E. *El Concurso de Acreedores*. p. 515

de suspensión, el deudor deja de tener en sus manos la gestión de su patrimonio y pasa a encargarse de esta tarea la administración concursal (art. 40.2 LC).

A pesar de disponer todo esto, el apartado 3 del artículo 40 faculta al juez para invertir los supuestos y acordar la suspensión en el concurso voluntario y la simple intervención en el concurso necesario; siempre, por supuesto, de forma motivada y con la indicación de los riesgos que pretende evitar o los beneficios que espera conseguir con la aplicación de tales medidas.

Además, en caso de que el deudor no cumpla con las limitaciones que se le impongan, la administración concursal será la competente para instar la anulación de los actos realizados en caso de que no los haya convalidado o confirmado (art. 40.7 LC).

La declaración del concurso también puede tener efectos sobre los derechos fundamentales del deudor (art. 41 LC), tanto persona física como jurídica, afectando en este último caso a todos o alguno de los administradores o liquidadores tanto si ejercían el cargo en el momento de solicitar la declaración del concurso como si lo ejercieron dentro de los dos años anteriores. En este sentido, el juez podrá acordar la intervención de las comunicaciones del deudor, asegurando en todo caso el secreto de aquellas que nada tengan que ver con el procedimiento, o el deber de que el deudor resida en la población donde se encuentra su domicilio, pudiendo llegar a necesitar autorización judicial para abandonarlo o incluso a imponer un arresto domiciliario. Lógicamente, al tratarse estas de medidas que afectan a derechos fundamentales de la persona, el juez deberá fundamentar su adopción¹⁵.

Por otra parte, la declaración del concurso también va a imponer al deudor deberes de colaboración e información (art. 42 LC). En virtud de estos y según lo dispuesto en la Ley Concursal, el deudor deberá comparecer siempre que sea requerido ante el juzgado de lo mercantil y la administración concursal, y colaborar e informar en lo que sea necesario para el beneficio del concurso; por ejemplo, el art. 45 establece que el deudor debe poner a disposición de la administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. Estos deberes, alcanzan a los apoderados del concursado y, en caso de que se trate de una persona jurídica, a los administradores o liquidadores. El incumplimiento podrá conllevar, no solo la

¹⁵ A este respecto, Colino Mediavilla, J.L. *Efectos de la declaración de concurso*. p. 446 y 447.

suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, sino la presunción *iuris tantum* de dolo o culpa grave, que podría acarrear una calificación culpable del concurso¹⁶.

Además, ya especialmente para el deudor persona jurídica¹⁷, los órganos de la misma se mantienen una vez declarado el concurso, y ello sin perjuicio de los efectos que se producirán con la suspensión o intervención de las facultades de administración y disposición. Respecto a las acciones contra los socios y los administradores, auditores o liquidadores, estas corresponderán de forma exclusiva a la administración concursal una vez declarado el concurso y durante su tramitación. Igualmente, el juez, de forma justificada y fundamentada, podrá embargar de forma cautelar los bienes y derechos de los administradores o liquidadores, los apoderados generales y de los socios responsables personalmente por las deudas anteriores a la declaración del concurso.

Pasando a los efectos que el concurso produce sobre los acreedores, como ya ha sido señalado, el concurso se trata de un procedimiento de ejecución colectiva y los acreedores se integran como un todo en la masa pasiva, actuando de forma conjunta (art. 49 LC). La consecuencia principal de esta integración de los acreedores en la masa pasiva es que se paralizan todas las acciones individuales de las que disponían antes de declararse el concurso, tanto en los órdenes civil y social, como en el administrativo respecto de las ejecuciones y apremios (no se podrán iniciar ejecuciones singulares ni seguir apremios tanto administrativos como tributarios contra el patrimonio del deudor, y se paralizarán los que estén en tramitación, según lo dispuesto en el art. 55 LC), y se paralizarán también las acciones con garantía real sobre bienes que estén afectos a la actividad del concursado.

Otro de los efectos afecta a los créditos de los acreedores debido a la necesidad de que se mantengan inalterados para hacer más sencilla la determinación del pasivo total. En este sentido, los efectos sobre los créditos son:

- La prohibición de la compensación una vez declarado el concurso, de este modo se protege la igualdad entre los acreedores, al no permitirse que se hagan pagos al margen del procedimiento concursal (art. 58 LC). La excepción a esta

16 En este sentido, Colino Mediavilla, J.L. *Efectos de la declaración de concurso*. p. 448 y 449. También, Rojo, A. & Beltrán, E. *Los efectos del concurso de acreedores*. p. 532. Además, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. & Vázquez Cueto, J. *Efectos de la declaración de concurso (I): efectos sobre el deudor*. p. 241.

17 Artículo 48 de la Ley concursal y Colino Mediavilla, J.L. *Efectos de la declaración de concurso*. p. 452.

prohibición está en el momento de existencia de los requisitos para realizar tal compensación, pues sí se podrán compensar los créditos si estos requisitos existían de forma anterior a la declaración del concurso.

- Se suspende el devengo de intereses, salvo los que correspondan a créditos con garantía real y los correspondientes a créditos salariales (art. 59 LC).
- Queda suspendido también desde la declaración del concurso el derecho de retención, debiéndose devolver los bienes no enajenados al terminar el concurso al titular de este derecho (art. 59bis LC).
- Por último, se interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor, y contra socios y administradores, liquidadores y auditores en caso de que el deudor sea una persona jurídica, por créditos anteriores a la declaración, ya que estos quedan integrados en la masa pasiva con la imposibilidad que ello supone de ser reclamados en otro proceso diferente (art. 60 LC).

Los efectos de la declaración del concurso se extienden también a los contratos. Respecto de los contratos con obligaciones recíprocas, según lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley Concursal, si está pendiente el cumplimiento por las dos partes, la declaración del concurso afecta a su vigencia. Si se da el caso de que a fecha de declararse el concurso, el concursado ha cumplido su obligación y la otra parte no, el crédito pendiente tendrá la consideración de crédito a favor del concursado, considerándose una deuda de éste en caso de que sea la otra parte la que ha cumplido y esté pendiente el cumplimiento del concursado.

La declaración del concurso tampoco afecta a la resolución por incumplimiento o a la vigencia de los contratos de trabajo (art. 62 LC).

4. FASE COMÚN DEL CONCURSO

Una vez declarado el concurso de acreedores, se abre la fase común del concurso. En primer lugar, nos parece importante hacer una breve referencia a los intervinientes en esta sección del procedimiento, ya que una de las novedades que introdujo la Ley 22/2003 con respecto a los procedimientos que había con anterioridad es la reducción de los órganos intervinientes. Se crean dos órganos necesarios y que deben estar en todos

los concursos: el Juez y la Administración Concursal¹⁸; por otra parte, existen otros dos órganos cuya intervención se ve reducida a contadas ocasiones: el Ministerio Fiscal y la Junta de Acreedores¹⁹.

El juez del concurso será el Juez de lo Mercantil tras la creación de los Juzgados de lo Mercantil con la Ley Orgánica 8/2003. Será el “órgano rector del procedimiento”, según lo dispone la Ley Concursal que, en el artículo 8, enumera las funciones exclusivas y excluyentes de este órgano; entre estas funciones, podemos contar acciones civiles contra el patrimonio del concursado, ejecución de bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, la imposición de medidas cautelares, o las acciones de responsabilidad contra los administradores o liquidadores.

Por lo que respecta a la Administración Concursal, tras la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, ésta deja de ser un órgano colegiado y se compone de un solo miembro (art. 27 LC). Dice la Ley Concursal, que las cualidades que debe reunir este único miembro se dispondrán reglamentariamente; tal reglamento todavía no ha sido aprobado, pero con anterioridad a la reforma, el administrador concursal debía ser abogado ejerciente, economista, titulado mercantil o auditor con al menos 5 años de experiencia profesional y con formación especializada en Derecho Concursal. No podrán, además ser administradores concursales, según el régimen de incompatibilidades y prohibiciones que establece el artículo 28 de la Ley Concursal, quienes no puedan ser nombrados administradores de una sociedad de capital, quien haya prestado en los últimos tres años servicios profesionales al deudor o alguna persona especialmente relacionada con él, quien no sea independiente según lo que dispone la Ley de Auditoría de Cuentas, los que hayan sido designados por el mismo juzgado en tres concursos durante los dos años anteriores, los inhabilitados por sentencia firme, quienes estén vinculados personal o profesionalmente dentro del mismo concurso, quien haya emitido informe en relación a un acuerdo de refinanciación del mismo deudor y quien, sin mediar justa causa, no comparezca, no tenga seguro o no acepte el cargo durante un plazo de 3 años dentro de ese partido judicial.

18 En este sentido, Exposición de Motivos IV de la LC. También, Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II.* (19º Ed.) p. 584. Además, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *Los órganos del concurso.* p. 97.

19 En este sentido, Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II.* (21º Ed.) p. 589. Además, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *Los órganos del concurso.* p. 97.

En cuanto a las funciones de la Administración Concursal, no encontramos una sistematización de las mismas en la ley, pudiendo ser estas variadas e incluso diferir de un procedimiento a otro²⁰. Podemos destacar, sin embargo, algunas de estas funciones por su relevancia; así, por ejemplo, en relación al deudor debemos mencionar la sustitución del mismo en la administración del patrimonio o el ejercicio de las acciones de reintegración por los actos perjudiciales para la masa, en relación a los acreedores destacamos la comunicación a cada uno de ellos de la declaración del concurso y, en relación con el juez, tiene funciones de información como la elaboración de un informe en el que se incluirá la determinación de la masa, un análisis de la situación patrimonial del deudor, las causas de la insolvencia y el estado de la contabilidad.

Se le exige “*la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*” (art. 35.1 LC), y responderá frente a deudor y acreedores por daños y perjuicios en la masa, siendo su actividad supervisada por el Juez. Su retribución, para finalizar, será determinada por auto judicial mediante un arancel fijado reglamentariamente.

En referencia final a la Junta de Acreedores y el Ministerio Fiscal, como decimos, su intervención está muy limitada; en el caso de la Junta, en general, en la mayoría de los casos no será necesaria su constitución puesto que el Juez ha absorbido sus funciones y el Ministerio Fiscal intervendrá solo en caso de que se aprecie criminalidad por parte del deudor en la insolvencia o cuando se vayan a tomar medidas que afecten a derechos fundamentales.

Pasando ya al desarrollo de la fase común del concurso, la principal actividad será determinar cuáles son los bienes y derechos que forman el patrimonio del deudor (masa activa) y cuáles son las deudas a las que hay que hacer frente (masa pasiva); es lo que se denomina masa concursal.

En cuanto a la masa activa rige el principio de universalidad, en virtud del cual ésta estará integrada por todos los bienes que forman el patrimonio del deudor en el momento de declararse el concurso, además de por aquellos que hayan salido y puedan reintegrarse en el mismo hasta que finalice el procedimiento²¹.

20 A este respecto, González Vázquez, J.C. *Los órganos del concurso*. p. 435

21 A este respecto, artículos 71 a 73 y 76 de la Ley Concursal. También, Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II*. (21º Ed.) p. 613.

La reintegración de bienes se realiza teniendo como base el perjuicio de que, al ver inminente su situación de insolvencia, el deudor haya podido hacer salir bienes de su patrimonio en perjuicio de los acreedores, sin tener en cuenta si ha habido mala fe o no por parte del deudor²²; no serán objeto de reintegración, sin embargo, los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor, los comprendidos en el ámbito de las leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados, y las garantías a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA (art. 71.5 LC).

Si la persona física, por último, está casada, en virtud del artículo 77 de la Ley Concursal, los bienes privativos del concursado estarán siempre en la masa activa y los bienes comunes, en caso de que haya sociedad de gananciales, la integrarán si hay consentimiento de ambos cónyuges en los términos dispuestos en el artículo 6 y siguientes del Código de Comercio.

En cuanto a la masa pasiva, está integrada por los créditos concursales que, según el artículo 84.1 de la Ley Concursal serán los que “*no tengan la consideración de créditos contra la masa*”. Los créditos contra la masa son los costes generados por el propio proceso concursal y por la continuación de la actividad del deudor, según la enumeración abierta que realiza el artículo 84 de la Ley Concursal. En cuanto a los créditos concursales, se dividen en privilegiados, de los que distinguimos a su vez los que tienen privilegio especial de los que tienen privilegio general, ordinarios y subordinados, y se pagan en este orden con los créditos contra la masa a la cabeza. En el caso de que no haya activo suficiente para pagar todos los créditos que componen un grupo, se pagarán a prorrata entre ellos²³.

Los créditos con privilegio especial son los que tienen una garantía real, y su privilegio consiste en que lo que se consiga con la enajenación del bien irá destinado a satisfacer estos créditos y, si sobra algo, se integrará en la masa activa (art. 90.4 LC). Los créditos con privilegio general son, en este orden, los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, las cantidades correspondientes a retenciones tributarias

22 En este sentido, Valpuesta Gastaminza, E. *Fase común del concurso*. p. 469

23 En primer lugar se pagan los créditos contra la masa, después los créditos con privilegio especial y luego los créditos con privilegio general. Si quedan bienes, se pasa a pagar los créditos ordinarios y, en el caso de que no haya suficiente para pagar todos, se pagarán a prorrata entre ellos. Por último, y si todavía quedan bienes, se pagarán los créditos subordinados del mismo modo, a prorrata entre ellos si no hay suficiente para pagarlos todos. (Artículos 154 a 158 LC).

y de Seguridad Social, los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, los créditos tributarios y demás de derecho público, los créditos por responsabilidad civil extracontractual, los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, y los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados (art. 91 LC). Los créditos privilegiados solo se verán vinculados a un posible convenio si votan a favor del mismo (art. 123 LC).

Por lo que respecta a los créditos ordinarios, la definición de la ley es residual y dice que serán aquellos que no tengan condición de privilegiados ni de subordinados (art. 89.3 LC); además, quedarán siempre vinculados por el convenio aunque no hayan votado a favor (art. 124.3 LC).

Ya para finalizar, los créditos subordinados no tienen derecho a voto en el convenio (art. 122 LC), pero sí quedan vinculados por el mismo (art. 124.3 LC). Estos créditos subordinados vienen enumerados en el artículo 92 de la Ley Concursal y son los que se hayan comunicado tardíamente o no hayan sido comunicados pero se hayan incluido en la lista de acreedores por comunicaciones posteriores o por el juez, los que tengan este carácter por pacto contractual, los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias, los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor²⁴, los créditos que resulten a favor de quien en la sentencia de rescisión concursal haya sido declarado parte de mala fe y los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas cuando el juez constate que el acreedor obstaculiza el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

La determinación de la masa (inventario de la masa activa y lista de acreedores) se incluirá en el informe que realizará la Administración Concursal (art. 75 LC) y que nos dará una imagen de la situación en que se encuentra el patrimonio del deudor.

5. FINALIZACIÓN DEL CONCURSO

²⁴ Se trata de personas que tienen una relación cercana con el deudor por existir entre ellos vínculos familiares o de otro tipo. Vienen determinadas en el artículo 93 de la Ley Concursal.

Ya hemos dicho que la finalidad principal del concurso es la satisfacción de los acreedores. Tras las fases de solicitud y declaración del concurso, y la fase ordinaria en la que la administración concursal elabora el informe en el que incluye la determinación de las masas pasiva y activa, existen dos formas en que puede concluir el procedimiento concursal para llegar a esa satisfacción: el convenio y la liquidación.

La Ley Concursal incentiva la finalización mediante convenio para así contribuir a la continuidad de la empresa o actividad profesional del deudor; sin embargo, debido a la gravedad que atraviesa la situación financiera y patrimonial del deudor en el momento de apertura del procedimiento, la solución más común es la de la liquidación.

5.1. Convenio

La forma que se considera como la vía normal de finalización del concurso es el convenio. Se entiende que la terminación del procedimiento mediante convenio beneficia a todas las partes involucradas; al deudor porque no verá ejecutado su patrimonio y tendrá la posibilidad de continuar con su actividad empresarial o profesional, y a los acreedores porque el convenio normalmente permite que cobren sus créditos de forma más amplia aunque en el mismo se recojan quitas y/o esperas.

Antes de pasar a examinar el régimen de la fase de convenio, conviene hacer referencia a la propuesta anticipada de convenio. Como hemos dicho, la Ley Concursal incentiva la finalización del concurso mediante convenio y, por ello, permite que esta figura se utilice anticipadamente mediante el mecanismo de “propuesta anticipada de convenio”.

Corresponde solo al deudor presentar la propuesta anticipada de convenio, siempre que no haya solicitado la liquidación o que no esté incurso en alguna de las prohibiciones del art. 105 de la Ley Concursal²⁵, y podrá presentarla desde la solicitud en el caso del concurso voluntario o desde la declaración en concurso necesario hasta que termine el plazo de comunicación de los créditos. La propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores con créditos que superen la quinta parte del pasivo presentado,

25 Artículo 105.1 LC: *No podrá presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:*

1.º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

2.º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

salvo que la propuesta se presente con la solicitud de declaración en concurso voluntario, en cuyo caso es suficiente con que los créditos alcancen la décima parte de ese pasivo.

En caso de que el juez la admita a trámite, la propuesta se someterá a evaluación por la administración concursal y, si es favorable, incluirá la evaluación en el informe; en caso de que la evaluación no sea favorable o contenga reservas, el juez podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta o la continuación de su tramitación. Desde que se admite a trámite hasta que termine el plazo de impugnación del inventario y la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá adherirse o votar en contra y, una vez acabado este plazo, dentro de los cinco días siguientes, el secretario judicial comprobará si se alcanza el número de adhesiones necesario, proclamándolo por decreto si se alcanzan y dando cuenta al juez en otro caso para que decida si procede la apertura de la fase de convenio o de liquidación. Si se ha alcanzado la mayoría necesaria y nadie se opone o el juez aprecia de oficio que no procede su aprobación, el juez dicta sentencia aprobatoria en la que declara que el convenio produce efectos, sin llegar a abrir la fase de convenio.

En caso de que no haya habido propuesta anticipada de convenio y el concursado no haya solicitado la liquidación, el juez pondrá fin mediante a la fase común y abrirá la fase de convenio una vez transcurrido el plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores, notificando dicho auto al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento (art. 111.3 LC).

El juez podrá optar entre dos formas de tramitación del convenio: mediante junta de acreedores o por escrito cuando los acreedores superen en número los 300.

La propuesta de convenio se formula por escrito y se acompaña de la firma del deudor o los acreedores que la presenten. El contenido variará según el caso, pero generalmente incluirá proposiciones de quita y/o espera o proposiciones alternativas a estas figuras, y también se podrá incluir proposiciones de enajenación de bienes, tanto de la totalidad de los bienes afectos a la actividad del deudor como de bienes determinados.

En cualquier caso, la propuesta deberá respetar unos límites que impone la Ley Concursal. La propuesta no puede consistir en la cesión de bienes en pago o para pagar los créditos, ni alterar la clasificación de créditos, ni someter la eficacia de la misma a condición.

El juez aprobará o rechazará el convenio aceptado y, en ningún caso, podrá modificarlo pero sí fijar su interpretación en caso de que haya oposición al mismo y también subsanar los errores de que pueda adolecer.

Desde el momento en que se dicta la sentencia aprobatoria, el convenio es eficaz y sustituye, por tanto, los efectos producidos por la declaración del concurso por los contenidos en él mismo. Vincula al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, y los acreedores con créditos privilegiados que votaran a favor. El deudor deberá informar al juez de forma periódica sobre su cumplimiento y, cuando considere que lo ha cumplido completamente, presentará un informe y solicitará al juez la declaración de cumplimiento; cuando la declaración de cumplimiento adquiera firmeza, no será posible declarar el incumplimiento y se concluirá finalmente el concurso.

5.2. Liquidación

La solución alternativa al convenio es la liquidación y, como ya se ha dicho, aunque el convenio se considera la solución normal por la Ley, la liquidación es la forma más común y la vía por la que acaban la mayoría de procedimientos concursales.

Puede solicitar la liquidación el deudor en cualquier momento, y estará obligado a pedirla cuando, habiendo un convenio vigente, estime imposible cumplirlo; posteriormente a la solicitud del deudor, el juez abrirá la fase de liquidación.

Si el deudor no solicita la liquidación habiendo un convenio vigente podrá hacerlo un acreedor, fundamentando la solicitud en alguno de los supuestos en los que debe basarse la solicitud de declaración en concurso; en este caso, se dará traslado al deudor y el juez resolverá si procede abrirla o no. Lo mismo sucederá si solicita la liquidación la administración concursal en caso de que cese la actividad profesional o empresarial.

También está el juez legitimado por la Ley Concursal para abrir de oficio la fase de liquidación cuando no se haya presentado propuesta de convenio en el plazo legal, cuando no se haya aceptado la propuesta de convenio presentada, cuando no se haya aprobado judicialmente la propuesta de convenio aceptada, cuando se declare por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez o cuando por resolución judicial firme se haya declarado el incumplimiento del convenio (art. 143 LC).

En cuanto a los efectos, para el deudor se mantienen los efectos de la declaración del concurso durante esta fase. Para los créditos concursales, se produce el vencimiento anticipado de los créditos aplazados y la conversión en dinero de los que consistan en otras prestaciones (art. 146 LC).

En esta fase, la administración concursal debe presentar un plan de ejecución de los bienes y derechos que forman la masa activa. Frente a este plan se podrán formular objeciones o propuestas de modificación y, posteriormente, el juez lo aprobará en los mismos términos en que se presentó, incluyendo modificaciones o atendiendo a las reglas supletorias que recoge la ley, todo ello en función de lo que considere mejor para los intereses del procedimiento.

Antes de proceder al pago de los acreedores, la administración concursal deberá deducir de la masa activa los bienes y derechos destinados al pago de los créditos con privilegio especial y de los créditos contra la masa. Una vez satisfechos estos, se procederá al pago de créditos en el orden que ya se ha expresado: en primer lugar los créditos con privilegio especial, en segundo lugar los créditos ordinarios y por último, en caso de ser posible, los créditos subordinados.

6. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

La calificación sirve para establecer las causas por las que se ha entrado en situación de insolvencia, y para fijar las sanciones y las condenas a indemnizar o a pagar el déficit para las personas a las que se encuentra culpables de tal situación de insolvencia.

Procede abrir la fase de calificación en los casos en que se termine el concurso por liquidación o cuando, terminándose mediante convenio, este establezca una quita igual o superior a un tercio del importe de todos los créditos o una espera superior a tres años; del mismo modo, se procederá a la calificación cuando, habiendo convenio, este no se cumpla.

La Ley Concursal establece dos tipos de calificación del concurso, pudiendo este ser fortuito o culpable; sin embargo, la ley solo establece cuándo el concurso es culpable, así que los casos en que es fortuito serán residuales, es decir, en caso de apertura de la calificación, se considerará fortuito el concurso que no tenga la consideración de culpable.

Será culpable el concurso cuando haya mediado dolo o culpa grave del deudor en la generación o la agravación de la situación de insolvencia; también si el dolo o la culpa grave es atribuible a sus representantes legales en caso de tenerlos y, en los casos de las personas jurídicas, se atribuirá a sus administradores o liquidadores, apoderados generales y los que hubieran ejercido estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Además, la ley establece supuestos en los que el concurso se considerará siempre culpable sin que quepa prueba en contrario como el caso de incumplimiento del deber de llevar una contabilidad o cuando la ha falseado, cuando haya incumplimiento del convenio y se abra la fase de liquidación, por realizar actos patrimoniales fraudulentos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, cuando el deudor no cumpla su deber de solicitar la declaración del concurso, etc.

La calificación se realizará mediante sentencia en la que deberá especificar las personas a las que afecta la calificación en caso de que se considere que el concurso es culpable. En caso de que se califique como culpable, las personas afectadas se verán inhabilitadas entre dos y quince años para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona; si se trata de una persona jurídica, los administradores y liquidadores inhabilitados cesarán en sus cargos. Además, las personas afectadas a las que se considere cómplices, si fueran acreedores, tanto concursales como de la masa, perderán cualquier derecho en este sentido y deberán devolver los bienes que hayan recibido de forma indebida del patrimonio del deudor o de la masa activa, además de ser condenados a indemnizar daños y perjuicios.

CAPÍTULO II – DEL CONCURSO DE ACREEDORES A LA MEDIACIÓN CONCURSAL

1. LA INEFICACIA DEL SISTEMA CONCURSAL ESPAÑOL

La Ley Concursal vio la luz en un tiempo de bonanza económica; sin embargo, la llegada de la crisis económica solo unos años después de su aprobación provocó una creciente solicitud de declaraciones en concurso desde el año 2011, tendencia que, a excepción del año 2010, solo ha ido en aumento hasta el año 2013, año a partir del cual se han ido registrando continuas reducciones. Así lo evidencia la siguiente tabla publicada por PricewaterhouseCoopers en su informe sobre el Baremo Concursal del año 2014.

Número de concursos por trimestre

	2004			2005			2006			2007			2008			2009		
	PJ	PF	Total 2004	PJ	PF	Total 2005	PJ	PF	Total 2006	PJ	PF	Total 2007	PJ	PF	Total 2008	PJ	PF	Total 2009
1T	-	-	-	181	11	192	246	14	260	199	25	224	344	57	401	1.162	208	1.370
2T	-	-	-	228	26	254	177	22	199	212	37	249	488	102	590	1.369	354	1.723
3T	2	-	2	167	23	190	172	9	181	195	35	230	550	102	652	895	285	1.180
4T	94	8	102	259	17	276	222	23	245	288	36	324	1.063	165	1.228	1.219	343	1.562
Total	96	8	104	835	77	912	817	68	885	894	133	1.027	2.445	426	2.871	4.645	1.190	5.835

	2010			2011			2012			2013			2014			
	PJ	PF	Total 2010	PJ	PF	Total 2011	PJ	PF	Total 2012	PJ	PF	Total 2013	PJ	PF	Total 2014	Total
1T	1.250	302	1.552	1.380	282	1.662	1.660	295	1.955	2.478	283	2.761	1.916	214	2.130	12.507
2T	1.184	290	1.474	1.347	371	1.718	1.995	334	2.329	2.426	285	2.711	1.644	245	1.889	13.136
3T	792	218	1.010	996	242	1.238	1.360	231	1.591	1.638	183	1.821	1.207	173	1.380	9.475
4T	1.291	317	1.608	1.649	271	1.920	2.234	315	2.549	2.187	225	2.412	1.653	218	1.871	14.097
Total	4.517	1.127	5.644	5.372	1.166	6.538	7.249	1.175	8.424	8.729	976	9.705	6.420	850	7.270	49.215

(PF=Personas Físicas; PJ=Personas Jurídicas)

Fuente: BOE y Unidad Concursal PwC

26

26 Concursos por trimestre desde el 2004 hasta el 2014. Fuente: <https://www.pwc.es/es/publicaciones/gestion-empresarial/assets/baremo-concursal-2014.pdf>

En esta tabla podemos ver reflejado como desde el año 2004, año de entrada en vigor de la Ley Concursal, hasta el año 2009 la cantidad de concursos en el territorio español era muy baja, tomando impulso en el cuarto trimestre de 2008 y aumentando a partir de ahí. En el año 2013 se alcanza el máximo de concursos desde 2004, finalizando el año con

una cantidad total de 9.705 concursos de acreedores; sin embargo, ya a finales del año 2013 y durante todo el 2014 vemos que la tendencia es de una reducción de procedimientos. Esta creciente solicitud de concursos evidenció la ineficacia de la Ley Concursal; muestra de ello son las numerosas modificaciones que el legislador ha realizado sobre la misma para tratar de adecuarla a la realidad del momento.

Santana Delgado²⁷, por su parte, expone de manera clara y concisa cuáles son los defectos de nuestro sistema concursal, los cuales pasaremos a examinar según su clasificación. Para la autora, el proceso concursal es deficiente por ser largo costoso e insatisfactorio. En este sentido, es largo puesto que tiene una duración media de unos dos años, duración que ha ido en aumento como ilustramos con la siguiente tabla extraída de un informe del Consejo General del Poder Judicial, donde se expresan por meses el tiempo estimado que pasan los asuntos en los órganos judiciales.

Órganos de la Jurisdicción Civil

	2015	2014	2013	2012	2011
Jdos. 1ª Instancia	5,6	6,2	7,1	7,2	8,0
Jdos. de Familia	4,5	4,6	4,5	4,4	4,5
Jdos. 1ª Inst. e Instrucción	7,0	7,6	8,8	9,2	9,9
Jdos. De lo Mercantil ³⁵	41,6	40,0	38,1	34,8	28,2
Audiencias Provinciales	6,1	6,6	7,0	6,3	5,9
T.S.J. Sala Civil y Penal	4,6	4,7	4,7	5,8	4,6
Tribunal Supremo Sala 1ª	15,4	13,3	11,7	11,1	11,4

*

*Tiempo medio expresado en meses que pasan los asuntos en los órganos judiciales de la Jurisdicción Civil. Fuente: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Analisis-estadistico/La-Justicia-dato-a-dato/La-justicia-dato-a-dato--ano-2015>

En el caso de los Juzgados de lo Mercantil, en esta tabla solo se tienen en cuenta los concursos, según indica dicho informe y, como podemos comprobar, el tiempo de duración del procedimiento concursal solo ha ido en aumento desde 2011.

27 Santana Delgado, M.L. (2013). *Mediación Concursal. Curso de especialización en Mediación Civil y Mercantil*. Recuperado de: http://mediacion.icacor.es/descarga/PonenciasyPresentaciones/MEDIACION_CONCURSAL_3.pdf

Por otra parte, junto al creciente número de procesos concursales, Castillejo Manzanares²⁸ pone de manifiesto los escasos recursos con los que cuentan los juzgados de lo mercantil, que son insuficientes para hacer frente a tantos procesos.

En este sentido, en la mediación el plazo medio de resolución del conflicto es de cuatro a seis semanas, lo que nos lleva a pensar que tal vez sea un método más efectivo dada la importancia de la materia de las insolvencias.

Continúa Santana Delgado poniendo de manifiesto lo costoso que es el procedimiento concursal debido al gran número de intervinientes en el mismo: abogados y procuradores de las distintas partes, administración concursal, etc. En contraposición, en la mediación hay menos intervinientes, lo que permite reducir costes.

Por otra parte, ya hemos puesto de manifiesto que, si bien se considera el convenio como la forma normal de terminación del concurso, la mayoría de procedimientos concursales terminan en liquidación. Esto supone una gran insatisfacción ya que no se garantiza que todos los deudores cobren y, además, la liquidación termina con las posibilidades de continuar con la empresa.

La principal causa de liquidación que lleva a esta situación, es en palabras del magistrado Juan Manuel de Castro²⁹ debido a la “*cultura concursal del empresario español, cuyo mal endémico es ir al concurso tarde*” y asegura 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.*” Esta tardanza de los deudores, que esperan al último momento para solicitar la declaración del concurso puede deberse a la publicidad del mismo, lo que conlleva un estigma en la empresa que le puede llevar a perder su credibilidad en el mercado. Frente a todo esto, la mediación se rige por el principio de confidencialidad, con lo que sea cual sea el resultado, la empresa no verá manchado su buen nombre.

En todos estos supuestos, hay que tener en cuenta que el procedimiento concursal se aplica a todo tipo de deudores, personas físicas o jurídicas, empresarios o no, y en este sentido las personas físicas sufrirán doblemente estos perjuicios ya que no solo les afectará a ellas, sino también a sus familias.

28 Castillejo Manzanares, R. (2013) *La figura del mediador concursal en el Acuerdo extrajudicial de pagos* • . Recuperado de: <http://www.cej.es/pdf/cuatro.pdf>

29 Cita extraída de un artículo del diario Canariasahora, referenciada en Castillejo Manzanares, R. (2013) *La figura del mediador concursal en el Acuerdo extrajudicial de pagos*. Recuperado de: <http://www.cej.es/pdf/cuatro.pdf>

2. MEDIACIÓN

2.1. Introducción y concepto

Los conflictos y litigios son algo inherente a las relaciones entre personas, pudiendo encontrar su motivación en las razones más dispares. La solución, sin embargo, puede venir por dos vías: la judicial y la extrajudicial, que pueden conllevar o no diálogo entre las partes enfrentadas.

Distinguimos dos grupos de formas de resolver conflictos: las autocompositivas y las heterocompositivas³⁰.

Autocompositivas son las formas de resolución de conflictos caracterizadas porque, aun con la ayuda o apoyo de un tercero, son las partes las dueñas tanto del proceso como del acuerdo que alcancen en su caso. Los métodos heterocompositivos, por su parte, son aquellos en los que a las partes les viene dada la solución por un tercero.

Si atendemos a la vía extrajudicial, nos vamos a encontrar con la figura de la *Alternative Dispute Resolution* (ADR), de gran popularidad en los países anglosajones para la resolución de los conflictos fuera del ámbito judicial. El conjunto de ADR está compuesto, según sea mayor o menor la intervención de un tercero, por:

- Negociación.
- Mediación.
- Conciliación.
- Arbitraje.

El Diccionario de la Lengua Española de la RAE define la mediación como: *1. Acción y efecto de mediar; 2. Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.*

El concepto legal que nos da la Directiva 2008/52/CE en el art. 3.a) es el de “*un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*”. El concepto que se ofrece en el art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

³⁰ En este sentido, Talens Seguí, J. *La mediación. Breves apuntes sobre la mediación y su regulación por el RD 5/2012 de 5 de marzo, y la Ley de Apoyo al Emprendedor de 28 de septiembre de 2013.* p. 11

mercantiles (LM), no utiliza las mismas palabras que el de la Directiva, pero si se mantiene el sentido al decir que es 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.”*

La doctrina también nos ofrece diversas definiciones de la mediación. Así, Talens Segui (2014) apunta a O'Callaghan Muñoz, que dice sobre la mediación que se trata del *“sistema de resolución de conflictos, relativo a actos jurídicos o no, mediante un procedimiento para la conclusión de acuerdo, con la intervención de un tercero, el mediador.”* y a Folberg y Milne (1998) que la conceptuaban como *“un proceso de resolución y manejo de conflicto que devuelve a las partes la responsabilidad de tomar sus propias decisiones en relación con sus vidas.”*

En definitiva, los conceptos de mediación deben contener tres elementos³¹: la consideración como método alternativo a la vía jurisdiccional; el fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, que son las que gestionan y, en su caso, resuelven el conflicto; y la intervención de un tercero, el mediador, que debe ser neutro e imparcial, y que actúa como ayuda para llegar a un acuerdo pero nunca les impone uno a las partes. Sin embargo, como podemos ver, al buscar un concepto no encontramos uniformidad, sino que hay diversidad de definiciones; esto puede deberse a lo flexible de la mediación, que se adapta no solo al conflicto, sino también a las cualidades de las partes.

La mediación pretende sacar determinados conflictos, de materia disponible para las partes, de los juzgados y dejarlos en manos de las partes que, con la ayuda y guía del mediador, alcanzarán sus propias soluciones; estas soluciones estarán más adaptadas a sus necesidades que las que puedan encontrar en los juzgados y, al haber sido alcanzadas de forma consensuada por ellos, nos encontraremos con que es más probable que el acuerdo se cumpla voluntariamente.

Por otra parte, la solución a la controversia llega de forma más rápida que en los Tribunales, donde los litigios pueden alargarse en el tiempo, tensando todavía más el desencuentro de las partes y empeorando su relación³².

31 Vargas Gómez-Urrutia, M. *Concepto de mediación y ámbito de aplicación de la ley 5/2012*. p. 103

32 Díez Riaza, S. *El contrato de mediación civil y mercantil*. p. 18.

Actualmente, es difícil conseguir una respuesta rápida y eficaz a las controversias que se plantean ante la Administración de Justicia debido al enorme incremento de los asuntos que llegan, cuyo volumen no se corresponde en la mayoría de los casos con los medios con los que cuenta; además, estudios sociológicos demuestran que en España no hay lo que se denomina “cultura de la transacción” y existe un desconocimiento de los métodos que no suponen acudir a la vía jurisdiccional³³.

Más tradición tiene, por el contrario, en los países anglo-americanos. En EE.UU, un acontecimiento importante es el discurso de Frank Sander, profesor de Harvard, a mediados de los años 70 en el que exponía su teoría de los tribunales de múltiples puertas que decía que al acudir a un tribunal de justicia nos encontramos con una variada propuesta de “puertas” para solucionar la controversia, siendo una de estas puertas la mediación. De EE.UU. se extendió a Canadá y a principios de los años 80 ya estaba asentada allí la mediación familiar gratuita.

Fuertemente arraigada se encuentra también la mediación en los países latinoamericanos. El primer país en que tuvo entrada fue Argentina, dónde se configuró como requisito obligatorio previo a la vía jurisdiccional.

En Europa se ha popularizado más tarde respecto de los países americanos y se ha introducido poco a poco. Podemos destacar el caso de Reino Unido, que ha instaurado la mediación progresivamente a raíz de la derivación judicial hacia los *Mecanismos Alternativos para la Resolución de Conflictos*, mientras que en los países del continente está adquiriendo gran importancia en las áreas civiles y mercantiles.

En España aparece de forma más lenta y tardía, principalmente impulsada por las Comunidades Autónomas, como consecuencia de la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar. En este sentido nos encontramos con muchas leyes autonómicas que regulan la mediación familiar de forma muy anterior a que se dicte la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y que en ocasiones pueden dar lugar a conflictos normativos, ya que si bien la mayoría solo regulan la mediación familiar (cosa que no hace la Ley 5/2012, que no entra a regular específicamente la mediación familiar, sino la mediación civil en general), algunas como la catalana van más allá y regulan también aspectos de mediación civil.

33 Díez Riaza, S. *El contrato de mediación civil y mercantil*. p. 20.

Sin embargo, sí que encontramos un verdadero antecedente de la mediación en nuestro país en la transacción. Regulada en el art. 1809 del Código Civil, se define la transacción como el “*contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada uno alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.*” Como en la mediación, aparecen los elementos personales, reales y formales, ya que en las dos figuras, cabe la posibilidad de que se realice por escrito y se eleve el contrato a escritura pública; no se da en la transacción, por el contrario, la participación del tercero, el mediador, aunque sí que pueden intervenir terceros que ayuden a las partes.

En el supuesto que atañe a este trabajo, que es la mediación concursal, a modo de introducción debemos destacar que, aunque la Ley 5/2012 regula también la mediación mercantil, no es hasta la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que se empieza a hablar de mediación concursal, siendo su Capítulo V, que modifica la Ley Concursal, el que introduce los llamados “*Acuerdos Extrajudiciales de Pagos*”.

2.2. Régimen jurídico

En España la primera regulación de la mediación surge en el ámbito familiar en el territorio de las Comunidades Autónomas a raíz de la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Consejo de Europa, sobre mediación familiar. De aquí proliferan multitud de leyes autonómicas sobre mediación familiar anteriores a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Estas son:

- Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo.
- Valencia: Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana.
- Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril.
- Castilla-La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo.
- Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.
- Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero.
- Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo.
- País Vasco: Ley 1/2008, de 8 de febrero.

- Andalucía: Ley 1/2009, de 27 de febrero.
- Cataluña: Ley 1/2001, de 15 de marzo, derogada por la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado, más amplia que la primera que se limitaba a la mediación familiar.
- Islas Baleares: Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar.
- Aragón: Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar.
- Cantabria: Ley 1/2011, de 28 de marzo, de mediación.

En 2008, en el ámbito europeo, surge la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Directiva es fruto de la voluntad de la Unión Europea de que los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos se desarrollen y tengan un funcionamiento adecuado, mejorando así el acceso a la justicia.

Los precedentes de esta Directiva los encontramos en³⁴:

- En 1986 se muestra la Recomendación R(86)12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros respecto a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales. Esta Recomendación establece entre sus objetivos el fomento de la resolución amistosa de los litigios.
- El art. 13 de la Convención Europea sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996, plantea acudir a la mediación familiar para solventar los conflictos en los que los menores se vean involucrados. En este mismo año se forma el Foro Europeo para la Formación e Investigación en Mediación Familiar.
- El 21 de enero de 1998 el Comité de Ministros aprueba la Recomendación R(98)1 del Consejo de Europa, sobre Mediación Familiar. Como se ha dicho anteriormente, en España esta Recomendación es el detonante de la regulación de la mediación familiar por las Comunidades Autónomas, pero también supone un hito en el resto de Europa, llegando incluso a ser considerada por algunos

34 Extraído de, López Simó, F. & Garau Sobrino, F.F. *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Capítulo I. Introducción. Y de, Díez Riaza, S & Gisbert Pomata, M. *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Capítulo I. También de, García Presas, I. *Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España*. Disponible en: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7921/1/08.Presas.pdf>

autores, como López González y Martín López (2003), como el “documento fundacional” de la mediación en Europa³⁵.

Esta Recomendación anima a los Estados miembro a fomentar la mediación familiar y a fortalecer la que ya existía; sin embargo, al tratarse de una Recomendación no tiene carácter vinculante.

- La reunión de Tampere de 1999 del Consejo Europeo, en que se apremió a los Estados miembro a implantar métodos que supusieran una alternativa a la vía jurisdiccional.
- Las Conclusiones del Consejo sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de mayo del 2000, que establecieron la necesidad de definir unos principios fundamentales en esta área.
- El Libro Verde de abril de 2002 sobre métodos alternativos de resolución de conflictos diferentes del arbitraje, también en el área del derecho civil y mercantil.
- El Código de Conducta de 2004 para los mediadores, que recoge unos principios que, bajo su propia responsabilidad y no coactivamente, deberían cumplir los mediadores. Este se entregó al Parlamento Europeo para que se le reconociera como Directiva y recoge las garantías esenciales de la mediación. Esta propuesta de Directiva supone el antecedente más inmediato de la Directiva 2008/52/CE.

La Directiva no se trata de nada más que una norma de mínimos para fomentar el recurso de la mediación en controversias transfronterizas en asuntos civiles y mercantiles, dejando a la discreción del legislador de cada Estado la regulación de las disposiciones que formarán el contenido de las leyes internas.

Pasamos así a la legislación estatal y es que, al ser las Directivas normas de obligada aplicación en los Estados miembro, la misma fue transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Sin embargo, antes de pasar a hablar de esta ley, hay que hacer mención a otras disposiciones de nuestro cuerpo legislativo. Ya la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que

35 López González, R. & Martín López, J.J. (2003). *Legislación sobre mediación familiar*.

se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio informa de una futura mediación en su Disposición Final Tercera. Además, si acudimos a la propia LEC, en su artículo 414, al regular la audiencia previa en el juicio ordinario, prevé que las partes sean informadas sobre la posibilidad de que disponen para intentar resolver la controversia mediante una negociación o una mediación. Ya hemos mencionado también la regulación que el Código Civil hace en el art. 1809 del contrato de transacción, el cual puede considerarse verdadero antecedente de la mediación en nuestro país.

Con carácter previo a la Ley 5/2012, se intentó dar cumplimiento al plazo de transposición que la Directiva establecía en el 21 de mayo de 2011 con el Anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles; sin embargo, la disolución de las Cámaras debido a la convocatoria de elecciones provocó que no se acabara de tramitar. Le quedó al nuevo Gobierno constituido tras las elecciones la tarea de cumplir el deber de trasponer la Directiva. Debido a que el plazo ya se había incumplido, en noviembre de 2011 se llamó la atención a España por parte de la Comisión y, para evitar la imposición de sanciones, se aprobó el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El Real Decreto-Ley 5/2012 fue posteriormente sometido al Congreso de los Diputados, acordándose su convalidación y su tramitación como Proyecto de Ley, dando lugar finalmente, el 6 de julio, a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta Ley ha sido desarrollada mediante reglamento a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Ley 5/2012 se estructura en cinco títulos³⁶.

El Título I, llamado “*Disposiciones Generales*” regula el ámbito material y espacial, la aplicación de la Ley a conflictos transfronterizos, el efecto que produce la mediación sobre los plazos de prescripción y caducidad, y las instituciones de mediación. Debemos destacar que se limita su aplicación a los conflictos surgidos en los ámbitos civil o mercantil, quedando por tanto excluidas la mediación penal, administrativa, laboral y la mediación en materia de consumo, que ya tienen sus propias regulaciones ajenas a esta Ley; además, destaca el texto que debe tratarse de asuntos que afecten a derechos y

36 Martín Hita, L. *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. p. 16 y 17.

obligaciones que sean disponibles para las partes y, en consecuencia, puedan negociar sobre su disposición al margen de lo que diga la ley para los casos en los que no hay acuerdo.

En cuanto a la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad, este hecho se da, según el art. 4 de la Ley *“desde la fecha en la que conste la recepción de dicha solicitud por el mediador, o el depósito ante la institución de mediación en su caso”*. Las partes cuentan con un plazo de 15 días para firmar el acta constitutiva, comenzando de nuevo el cómputo de los plazos en caso de no hacerse. Esto es importante para evitar que una de las partes solicite el inicio de la mediación con la simple voluntad de impedir a la otra acudir a la vía jurisdiccional, ya que el inicio de la mediación bloquea la posibilidad de acudir a otras vías mientras esta esté en proceso. Podríamos preguntarnos si este bloqueo supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Martín Hita et al. (2013) ponen de relieve el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre este asunto, que considera que acudir a un proceso de mediación no atentará contra el art. 24 CE siempre que, si no se llega a acuerdo, no se impida acudir a los tribunales. La suspensión de los plazos de prescripción durará hasta que finalice la mediación, procedimiento que, al ser las partes sus dueñas, no tiene impuesta una duración máxima legal.

En el Título II se realiza una enumeración de los principios que deben regir la mediación y las reglas que deben seguir las partes. Estos principios y reglas son la voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe, respeto mutuo y colaboración. Todos ellos se someterán a un análisis en el siguiente apartado.

El Título III expone el Estatuto del Mediador, en el que se establecen los requisitos necesarios para ser mediador y los principios de su actuación.

En el Título IV encontramos la regulación del procedimiento de mediación. En este caso, la Ley se muestra flexible y se limita a fijar unos mínimos, permitiendo que sean las partes las que fijen las fases como mejor les convenga.

A este respecto, la Ley dice que la mediación se inicia por solicitud de las partes en común o de una de ellas cuando haya un acuerdo de sometimiento; serán ellas las que elijan el mediador o la institución de mediación, el lugar y la lengua en que se desarrollará. Además, podrán solicitar la suspensión del proceso judicial que esté en

curso sobre la misma controversia en caso de que lo haya; en este sentido, el juez, como ya se ha mencionado, podrá informar a las partes sobre la mediación en la audiencia previa e incluso obligarles a acudir al menos a una sesión informativa.

Las partes deberán firmar en la sesión constitutiva el acta que muestre su voluntad expresa de someterse a la mediación y, en caso de no firmarse, se declarará en la misma que *“la mediación se ha intentado sin efecto³⁷”*. Sobre la duración del procedimiento, la ley se limita a decir que *“será lo más breve posible”*; si bien la mediación está encaminada a que las partes alcancen un acuerdo que resuelva su litigio, la ley no obliga a que se consiga y, por tanto, este procedimiento podrá acabar con o sin acuerdo, ya sea porque las partes o el mediador renuncien, como porque las propias partes hayan puesto un plazo de duración de la mediación y este finalice. Una vez terminada la mediación, se levantará acta en que se determine cómo ha finalizado y los acuerdos en el caso de que se hayan alcanzado.

El acuerdo alcanzado en mediación podrá elevarse a escritura pública para convertirse en título ejecutivo. Es a la ejecución de los acuerdos a lo que se refiere el Título V de la Ley, que se ciñe a lo ya previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, y aunque se desarrollará posteriormente, debemos mencionar en cuanto al régimen jurídico y ya más en relación con la mediación concursal, que es el objeto de estudio de este trabajo, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que en el Capítulo V de su Título I modifica la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal e introduce en la misma el Título X que bajo la rúbrica *“El acuerdo extrajudicial de pagos”* regula la llamada mediación concursal.

2.3. Principios

Como ya hemos dicho en el apartado anterior, la mediación se rige por los principios de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad.

Dice el art. 6 LM que *“la mediación es voluntaria.”* No existe ninguna obligación de ningún tipo de someterse a ella, es voluntad de las partes hacer uso o no de esta figura para resolver sus discrepancias. Del mismo modo, en referencia a la libre disposición,

³⁷ Artículo 19.2 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

una vez iniciado el procedimiento, las partes son libres de abandonarlo cuando quieran, sin tener que acabar necesariamente con acuerdo³⁸.

La existencia de un compromiso de mediación no atenta contra este principio ya que, a lo único a lo que obliga el mismo es a intentar la mediación, pudiendo las partes darla por terminada cuando así lo deseen. En el mismo sentido, el juez durante un procedimiento en curso deberá informar a las partes sobre esta alternativa e incluso podrá instarlas a acudir a una sesión informativa, pero nunca a someterse a mediación ni a alcanzar un acuerdo³⁹.

Igual que la mediación es voluntaria para las partes, lo es también para el mediador. El art. 22 LM posibilita al mediador que renuncie al procedimiento cuando considere que es imposible acercar posturas entre las partes, siempre de forma justificada.

El art. 7 de la LM establece la necesidad de que sea garantizada la igualdad entre las partes, lo que conduce de manera inevitable a que el mediador deba ser imparcial, garantizando el equilibrio entre las partes sin decantarse por una de ellas.

Por otra parte, la afirmación de que son las partes las dueñas del procedimiento y, por tanto, ellas alcanzan sus propios acuerdos, se encuentra plasmado en el principio de neutralidad recogido en el art. 8 de la Ley, cuando dice que *“las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13”*.

Tratándose la mediación de un método autocompositivo de resolución de conflictos, podemos considerar el principio de neutralidad como la esencia propia de la mediación. El mediador ayuda a que se produzca un acercamiento entre las partes, pero no les impone acuerdos o soluciones, sino que permite que sean ellas mismas las que vayan solventando discrepancias y estableciendo acuerdos⁴⁰.

38 Así se pronuncia en este sentido el considerando 13 de la Directiva 2008/52/CE que declara que *“debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento.”*

39 Martín Hita, L. *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. También, Serrano Gómez, E. *Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición*. p. 107. Además, Díez Riaza, S. *El contrato de mediación civil y mercantil*.

40 Martín Hita, L. *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. p. 68. También, García Villaluenga, L. *Artículo 8. Neutralidad*. p. 119-121

La confidencialidad viene recogida en el art. 9 de la LM. Se trata de un principio esencial de la mediación que garantiza que la documentación aportada y el propio procedimiento de mediación sean confidenciales, lo que permite que se forme una confianza entre las partes y el mediador que facilite que éstas se abran y expongan sus intereses y posturas. Se basa, en definitiva, en la seguridad jurídica para que todo lo que se diga o la documentación que se aporte no pueda hacerse pública posteriormente⁴¹.

El deber de confidencialidad se extiende tanto a las partes como al mediador, a quienes no se podrá obligar en un posterior proceso judicial a declarar o informar sobre el procedimiento de mediación que haya versado sobre el mismo conflicto.

Siendo la confidencialidad la base del procedimiento de mediación, éste podría verse afectado en caso de que la misma no existiera. Sin embargo, las partes de común acuerdo pueden pactar no mantener este principio⁴².

En lo que atañe a la mediación concursal, como veremos, este principio juega un importante papel, ya que en caso de que haya un proceso de concurso consecutivo, la confidencialidad que se ha mantenido en la mediación anterior dejaría de operar.

Además de estos principios informadores de la mediación, existen también unas reglas por las que las partes deben conducirse, a saber la buena fe, en virtud de la cual las partes deberán mostrar un comportamiento honrado, el respeto mutuo y la colaboración con el mediador para un correcto desarrollo del procedimiento.

2.4. El mediador: Estatuto Jurídico

“Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión.

Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.⁴³”

41 Martín Hita, L. *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. p. 71. También, García Villaluenga, L. *Artículo 9. Confidencialidad*. p. 129

42 García Villaluenga, L. *Artículo 9. Confidencialidad*. p. 134

43 Artículo 11.1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A tenor de lo dispuesto en el art. 11.1 LM, en principio, cualquier persona con capacidad de obrar puede ser mediador; tanto personas físicas como jurídicas, si bien estas últimas deberán designar a una persona física para que lleve a cabo la mediación. No pone esta Ley causas de incompatibilidad, debiendo atender en cada caso a las incompatibilidades que puedan surgir del ejercicio de una determinada profesión, ya que la Ley no configura la mediación como profesión independiente, sino que podrá ser ejercida por una gran variedad de profesionales de diferentes campos, aunque los más comunes sean los abogados, los psicólogos y los trabajadores sociales debido a su formación.

Sin embargo, la Ley hace una matización a lo anterior en el art. 11.2, y es que ya no basta solo con tener capacidad de obrar, sino que se hace necesario tener formación universitaria o formación profesional superior y, además, exige una formación específica para poder ejercer como mediador.

Sobre este ejercicio, la Ley dispone una serie de directrices fuertemente ligadas a los principios informadores de la mediación. En este sentido, el mediador debe crear un espacio en que la comunicación entre las partes sea posible, dándoles la información y el asesoramiento que sea necesario, y tomando una posición activa para acercar posiciones siempre sin imponer ninguna solución o acuerdo.

En virtud del principio de voluntariedad, que como ya decíamos antes opera tanto para las partes como para el mediador, este podrá, siempre por causa justificada, renunciar al desarrollo de la mediación si le parece que un acercamiento entre las partes es imposible y la mediación no va a resultar un método útil para ellas⁴⁴.

Ligado al principio de imparcialidad, deberá abandonar la mediación o, en su caso no iniciarla, si cree que existen causas que perjudiquen dicha imparcialidad. Del mismo modo, antes de comenzar la mediación o de continuarla, tendrá el deber de poner de manifiesto cualquiera de esas causas por las que su imparcialidad se vea afectada. En este sentido, el artículo 13.5 LM enumera algunas de estas causas, aunque de forma no exhaustiva: *“a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; y c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado*

44 En este sentido, Martín Hita, L. *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. p. 93. También, Cavanillas Múgica, S. *El mediador y las instituciones de mediación*. p. 231.

anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.” Finaliza este artículo diciendo que, si se da alguna de estas circunstancias, para poder seguir mediando, el mediador deberá asegurar su total imparcialidad y las partes tendrán que dar su consentimiento expreso.

Finalmente, respecto de la responsabilidad, el mediador incurrirá en responsabilidad por daños y perjuicios cuando no cumplan “*fielmente su encargo*”. Esta obligación de cumplir fielmente tiene gran importancia si tenemos en cuenta el importante trabajo que realizan los mediadores y los intereses de las partes que están en juego durante el procedimiento de mediación. Se deberá contar, por tanto, con un seguro de responsabilidad civil que cubra el riesgo de los daños y perjuicios que pudiera causar en su ejercicio.

2.5. Derecho comparado⁴⁵

En este apartado se contrastarán las diferencias que existen entre la regulación de la mediación en España y la regulación de otros países tanto europeos como no europeos.

En primer lugar, en cuanto a la regulación, no nos extenderemos mucho puesto que ya se ha mencionado, pero sí que consideramos necesario resaltar que, mientras que en España no es hasta el año 2001 cuando se empieza a regular la mediación en el ámbito de las Comunidades Autónomas, a nivel de la Unión Europea ya se venía reconociendo esta figura desde finales de los años 80. Del mismo modo, en Estados Unidos la mediación arrastra una tradición que llega hasta los años 60, extendiéndose de ahí a Canadá y al resto de países americanos, donde encuentra un mayor arraigo en Argentina.

Por lo que respecta a la actividad del mediador, en España éste carece en la legislación de facultades para proponer acuerdos, al igual que ocurre en Alemania, en los países anglosajones está más extendida la práctica de que el mediador adquiera un papel más activo al alcanzar el acuerdo. En Europa, encontramos que en Italia el mediador sí está facultado para proponer acuerdos en dos supuestos: cuando las partes se lo pidan o cuando estas no sean capaces de llegar a uno. Además, a diferencia de lo que ocurre en España, en otros países como Alemania o Inglaterra, la de mediador se configura como una profesión independiente. En cuanto a su formación, nuestra legislación exige estar

45 Trigo Sierra, E. & Moya Fernández, A.J. *La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012.* Extraído de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3490/documento/foro08.pdf?id=4275>

en posesión de un título universitario o de formación profesional y, además, tener formación complementaria como mediador; sin embargo, no hay uniformidad en este tema y así encontramos que en el Reino Unido se exige para ser mediador que se realice un programa de formación de 40 horas, en Austria asciende mínimo a las 365 horas y para que un curso de mediación sea homologado en Alemania debe durar al menos 200 horas.

Sobre los principios informadores, destacamos que en el ámbito de la voluntariedad, en Italia acudir a la mediación es obligatorio en ciertas materias que generan un gran volumen de trabajo en los juzgados, configurándose incluso como un requisito de procedibilidad; esto en España solo sucede en el ámbito laboral, donde es obligatorio acudir a una conciliación-mediación previa para que se admita la demanda. Si hablamos del principio de confidencialidad, encontramos que nuestro país está a medio camino entre otros como Italia, donde la confidencialidad es muy estricta y no se permite la dispensa, y Suecia, donde para que el principio de confidencialidad opere es necesario el acuerdo de las partes; en España, la confidencialidad opera en todo caso salvo que las partes lo dispensen o que, de forma justificada, en un procedimiento penal el juez solicite que el mediador declare o aporte documentación.

En cuanto a la relación entre mediación y proceso, en España existe una mediación extrajudicial, previa a la vía jurisdiccional, e intrajudicial, a la que derivan los jueces en el marco de un proceso judicial ya iniciado. Lo mismo ocurre en Francia, Alemania o Portugal, país este último donde existe una mediación extrajudicial en conflictos de consumo y una mediación intrajudicial para conflictos familiares.

Por lo que respecta a la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad, podemos tomar como ejemplo que se diferencia de España a Italia, donde el inicio de la mediación puede llegar incluso a interrumpir la prescripción como si de una demanda se tratara.

Brevemente, debemos hacer referencia a la eficacia del acuerdo. En España el acuerdo de mediación familiar, y también los alcanzados en mediación civil y mercantil pueden ser elevado a escritura pública y convertirse en título ejecutivo. En Europa podemos distinguir dos grupos de países, aquellos en los que el acuerdo alcanzado en la mediación tiene eficacia ejecutiva propia, sin necesidad de acudir al Notario, como

Grecia y Eslovenia, y aquellos que precisan de protocolización notarial, como España, Austria, Países Bajos y Alemania.

Ya para finalizar, podemos resaltar los incentivos que otros países utilizan para que se acuda a mediación en lugar de a la vía jurisdiccional. En Italia, como hemos dicho, el mediador tiene potestad para proponer acuerdos a las partes; pues bien, si el acuerdo propuesto se rechaza y la solución que da el juez es la misma, este rechazo tendrá efectos sobre las costas del proceso. En Bulgaria, en caso de que se acuda a la vía jurisdiccional y luego el conflicto se resuelva por mediación, las partes podrán recibir la devolución de la mitad de la tasa estatal que han abonado; en Rumanía y Hungría recibirán la devolución total de las tasas.

3. PRIMEROS PASOS HACIA LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Aunque la mediación concursal no se ha introducido realmente en nuestro ordenamiento jurídico hasta la aprobación de la Ley de Apoyo a los Emprendedores, ya con la reforma operada por la Ley 38/2011 sobre la Ley Concursal se introducen formas extrajudiciales de tratamiento de la insolvencia mediante la figura de los acuerdos de refinanciación que, aunque no se tratan de una verdadera mediación, sino de una negociación entre las partes, suponen un paso adelante para sacar los supuestos de insolvencia de los juzgados.

En este sentido, la ley 5/2012 supone un gran avance y así se concluyó en la primera mesa redonda que tuvo lugar en marzo de 2012 sobre mediación concursal, organizada por Dictum Abogados, el Foro Negocia y el Centro de Negociación y Mediación de IE Business School⁴⁶, a raíz de la aprobación de la ley. En esta mesa redonda, *“los expertos coincidieron en señalar la mediación como una vía eficaz para dar solución a la insolvencia de manera extrajudicial o prejudicial.”* Sin embargo, esta ley no regula expresamente la mediación concursal, aunque podemos prever que la permite al tratarse esta de una materia mercantil que, debido a su carácter patrimonial, es además de naturaleza disponible.

46 (Marzo, 2012). La nueva Ley de Mediación, puerta abierta a la mediación concursal. *DiarioJurídico.com* Recuperado de: <http://www.diariojuridico.com/la-nueva-ley-de-mediacion-puerta-abierta-a-la-mediacion-concursal>

La ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, recoge para la mediación los principios de voluntariedad y libre disposición, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad. En el caso que nos ocupa, el principio de la confidencialidad parece el más atractivo para el deudor ya que, como nos sigue diciendo Santana Salgado, se *“garantiza a las partes que no se dará ningún tipo de publicidad a las cuestiones resueltas en el proceso de mediación”*, extendiéndose esta confidencialidad al caso de que, si se llega a un acuerdo, *“los datos comunicados o las manifestaciones efectuadas durante el proceso no podrán ser empleados por las otras partes, ni por el mediador ni por terceros.”*

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que no todos los elementos recogidos en la Ley 5/2012 operan de la misma forma en la mediación concursal. En este sentido, Castillejo Manzanares pone de manifiesto que mientras que en la Ley de Mediación Civil y Mercantil el mediador tiene un papel más pasivo en el que intenta acercar a las partes pero sin intervenir en el acuerdo al que lleguen, en la mediación concursal el mediador tendrá un papel más activo y ya veremos que deberá ofrecer diferentes soluciones, no siendo, por tanto, las partes las que llegan al acuerdo por sí mismas; y señala igualmente el hecho de que mientras que la LM exige formación específica en mediación, sin muchas más exigencias que la de tener un título universitario o de formación profesional, para poder ser además mediador concursal habrá que cumplir requisitos más estrictos de formación.

De igual modo, veremos cómo el principio de confidencialidad tampoco opera de la misma forma que en la LM en caso de que no haya habido acuerdo o, habiéndolo, éste no se cumpla.

En conclusión, debido al interés hacia la mediación que se suscitó con la aprobación de la ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y cómo podría enmarcarse en ella la mediación concursal, finalmente se prevé este procedimiento en la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

4. LA LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN: MODIFICACIONES A LA LEY CONCURSAL

El 27 de septiembre de 2013 vio la luz la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización. Esta ley pretende ser como señala Talens Seguí un “*incentivo para la actividad económica en tiempos de crisis*” ya que implica variadas innovaciones tanto en materia fiscal como mercantil, todas ellas dirigidas a la creación de nuevas empresas y a su ayuda para continuar en caso de que se encuentren en una situación de insolvencia.

Dirigida a todo tipo de deudores, realiza una reforma en la Ley Concursal que pueden resumirse en tres puntos⁴⁷: la modificación de los acuerdos de refinanciación, el desarrollo de la regulación del nombramiento del experto independiente encargado de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y las garantías adoptadas en el seno de los referidos acuerdos, y la introducción de un nuevo Título, el Título X, en el que se regulan los “Acuerdos Extrajudiciales de Pagos”, un mecanismo con el que se pretende negociar un plan de pagos de forma extrajudicial con los acreedores y cuya figura central también es introducida por esta Ley: el Mediador Concursal.

Además, otra novedad es la introducción del *fresh start* o “segunda oportunidad”, que supone que el deudor persona física, dentro de un concurso de acreedores, pueda cancelar las deudas que no puede satisfacer si cumple determinados requisitos⁴⁸:

- Calificación del concurso como fortuito.
- Que no se haya condenado al deudor por delito de insolvencia punible.
- Deben satisfacerse los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

El “Acuerdo Extrajudicial de Pagos” y la figura del “Mediador Concursal” serán objeto de examen en el siguiente capítulo. Sin embargo, la Ley 14/2013 opera más cambios en la Ley Concursal que nos parece preciso detallar previamente. Estas modificaciones las resume Talens Seguí en:

- Modificación de la legitimación para instar el concurso, pues a partir de la Ley 14/2013 también el mediador concursal está legitimado para instarlo cuando no se alcance acuerdo (art. 236.4 LC), cuando los acreedores no quieran acudir a la

47 A este respecto, vid. Yáñez Gómez, J. (2013). *Ley de Emprendedores: Nueva reforma de la Ley Concursal*. Recuperado de: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ley-de-emprendedores-nueva-reforma-de-la-ley-concursal

48 Extraído de *La rehabilitación del deudor*, por Arturo Ortiz Hernández. Disponible en: www.diariojuridico.com

negociación (art. 238.3 LC) y en caso de incumplimiento cuando sí que se ha llegado a un acuerdo (art. 241.3 LC).

- Se ha adaptado el art. 5bis de la Ley Concursal a la solicitud del “acuerdo extrajudicial de pagos”. A partir de ahora, junto a la posibilidad de que el deudor comunique el inicio de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, el mediador concursal que haya aceptado el cargo deberá comunicar el inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago.
- Se modifica el régimen del concurso necesario y se introduce la suspensión de las solicitudes de declaración del mismo si se ha solicitado un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 15.3 LC).
- Como mencionábamos, se modifica el régimen de los acuerdos de refinanciación en cuanto al informe del experto independiente, que a partir de ahora será nombrado por el Registrador Mercantil.
- Del mismo modo quedan modificados los efectos que produce concluir el procedimiento concursal mediante liquidación o con insuficiencia de la masa activa, introduciéndose la figura del *fresh start* o “segunda oportunidad”, teniendo siempre en cuenta que debe ser un deudor persona física y que además debe cumplir los requisitos enumerados *supra*.
- Otro cambio es la introducción de los acuerdos extrajudiciales de pagos como procedimiento a inscribir en el Registro Concursal.
- Por último se introduce una nueva Disposición Adicional Séptima sobre el “*Tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos*” los cuales no se verán afectados por el plan de pagos del acuerdo extrajudicial de pagos.

En definitiva, la conocida como Mediación Concursal queda institucionalizada finalmente por la Ley de Emprendedores mediante la modificación de la Ley Concursal, matizando el principio de responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil y constituyéndose, por tanto como tabla de salvación para que las

empresas, con la ayuda del Mediador, puedan obtener una refinanciación y garantizar la viabilidad de la empresa⁴⁹.

49 A este respecto, Vid. *Mediación concursal tras la nueva ley de emprendedores*, por Arturo Ortiz (15 de octubre de 2013). Disponible en: www.diariojuridico.com

CAPÍTULO III – MEDIACIÓN Y LEY CONCURSAL

1. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGOS

Como hemos mencionado, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ha introducido en la Ley Concursal el Título X, que bajo la rúbrica “el acuerdo extrajudicial de pagos” regula un nuevo mecanismo para tratar la insolvencia con la ayuda de la figura del mediador concursal.

La “llamada mediación concursal” se regula en doce artículos (art. 231 a 242 LC) y se trata de un procedimiento extrajudicial diseñado por el legislador para pequeñas empresas físicas o jurídicas que se encuentran en situación de insolvencia, tendiendo a tratar esta insolvencia en sede preconcursal y conectado a la continuidad empresarial o profesional futura del deudor⁵⁰. Gisbert Pomata lo describe como un “*procedimiento de negociación de deudas de los empresarios, excluidas las de derecho público, que será impulsado por mediadores concursales*”⁵¹.

La finalidad de este procedimiento, según lo expuesto, es que el deudor y los acreedores lleguen a un acuerdo de pago que permita al deudor continuar con su empresa o actividad profesional. Esto en contraposición con la que ya establecíamos como finalidad del concurso de acreedores, que es simplemente la satisfacción de los acreedores, sin tratarse de un procedimiento dirigido a la continuidad empresarial. Para alcanzar este fin, este mecanismo pretende ser simple y ágil, reduciendo plazos y, por tanto también costes⁵².

Sin embargo, y aunque este mecanismo se identifica coloquialmente con la mediación, expone Aznar Giner que difícilmente lo es debido a la serie de matices que presenta, si bien está profundamente influenciado por la mediación. Destaca el autor en primer lugar que ni en la Ley 14/2013 ni en la Ley Concursal el legislador hace referencia al término “mediación” y solo alude a la Ley 5/2012 para mencionar al mediador concursal y

50 En este sentido, Nieto Delgado, C. (2014) *Derecho preconcursal*. p. 35. Extraído de Aznar Giner, E (2014). *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. p. 11

51 A este respecto, vid. Gisbert Pomata, M. & Díez Riaza, S. (2014). *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. p. 303

52 En este sentido, Gallego, E. *La mediación*. p. 24. Citado por Aznar Giner, E (2014). *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. p. 11

establecer que deberá reunir las condiciones de mediador según lo dispuesto en dicha ley. Ni siquiera el RD 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 menciona los acuerdos extrajudiciales de pagos como mediación o un subtipo de la misma.

Continúa Aznar Giner señalando que el principio de la autonomía de la voluntad no rige en los acuerdos extrajudiciales de pagos como sí lo hace en la mediación, donde es un principio rector. En este sentido, las partes están sujetas al procedimiento que impone la ley y, además, aunque acudir a este mecanismo es voluntario para el deudor, los acreedores se ven obligados a asistir si no quieren que un posterior concurso sus créditos pasen a ser subordinados. Mientras tanto, como ya exponíamos en el primer capítulo de este trabajo, la mediación es voluntaria para todas las partes, tanto acudir como mantenerse en ella, erigiéndose dueñas del proceso y organizándolo como mejor les parezca, algo que, como vemos, no ocurre en la “mediación” concursal.

Por último, Aznar Giner alude como última diferencia al mediador concursal. En este sentido, dice el autor que en primer lugar la designación del mediador no corresponde a las partes en los acuerdos extrajudiciales de pagos, como sí ocurre en otros tipos de mediación. Ciertamente es que al mediador concursal se le pide que cumpla las condiciones que exige la Ley 5/2012 para ser mediador y además está sujeto a los principios de neutralidad, imparcialidad y confidencialidad; sin embargo, con ciertas matizaciones ya que, si bien es cierto que en virtud de la neutralidad no podrá imponer acuerdos a las partes, su actuación es un poco más activa en este sentido que la del mediador tradicional, ya que el mediador concursal deberá realizar un plan de pagos que las partes podrán aceptar o no. En cuanto a la confidencialidad, también plantea problemas el nombramiento del mediador concursal como administrador concursal en un posterior procedimiento concursal.

2. SUJETOS EN LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

2.1. Deudor

Coincide la doctrina en que no todo deudor puede solicitar el inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos⁵³. El artículo 231 de la Ley Concursal recoge una lista de quién puede y quién no puede instar este mecanismo. Encontramos

⁵³ A este respecto, véase Aznar Giner, E. (2014). *Mediación Concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. p. 17. También Cuesta Rute, J.M. de la, (2014). *Derecho Mercantil II* (3ª Ed.) p. 386.

el apartado 1 del citado artículo dedicado a las personas físicas (denominadas “naturales” en la ley) y el apartado 2 dedicado a las personas jurídicas; sin embargo, creemos importante hacer referencia primero a los apartados 3, 4 y 5, en el que se recogen los casos que no podrán acudir a este sistema.

No podrán solicitar, en este sentido, el inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos los condenados por sentencia firme, las personas que ya hayan alcanzado con los mismos acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos o hayan obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación, o los que hayan sido declaradas en concurso de acreedores. Tampoco quienes estén negociando un acuerdo de refinanciación o quienes hayan solicitado la declaración del concurso y esta haya sido admitida a trámite. El apartado 5, por último, prohíbe también que las entidades aseguradoras y reaseguradoras utilicen este mecanismo⁵⁴.

Estos son los supuestos a los que quedó reducida la prohibición de instar el acuerdo extrajudicial de pagos tras la reforma del RD 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Con anterioridad a este decreto, tampoco podían solicitar el inicio de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos quien no estuviera inscrito en el Registro Mercantil, aun estando obligado a ello, y quienes no hubieran llevado la contabilidad o no lo hubiesen hecho correctamente, aun estando también obligados a ello; por otra parte, se fijaba en tres y no en cinco años el plazo temporal en el que no se pudo haber llegado a un acuerdo extrajudicial, haber conseguido la homologación de un acuerdo de refinanciación o haber sido declarado en concurso de acreedores. En último lugar, hasta la reforma operada por el RD 1/2015, tampoco se podía instar el acuerdo extrajudicial de pagos si alguno de los acreedores del deudor había sido declarado en

54 Ley Concursal, artículo 231:3. *No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos:*

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

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

El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.

4. *No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.*

5. *Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis.*

Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

concurso.

Queda entonces configurado este mecanismo como un procedimiento al que pueden acceder deudores, tanto personas físicas como jurídicas, que cumplan una serie de requisitos. Con anterioridad a la reforma del 2015, estaban excluidas del acceso a este mecanismo las personas físicas que no fueran empresarias, pero tras dicha reforma quedan incluidas expresamente en el artículo 231.1 de la Ley Concursal:

1. El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance⁵⁵.

Los requisitos exigidos para instar el inicio de las negociaciones que lleven a un acuerdo extrajudicial de pagos no son los mismos si se trata de una persona física o de una persona jurídica; sin embargo, tienen en común el requisito de la insolvencia, actual o inminente, erigiéndose este presupuesto como eje del nuevo procedimiento extrajudicial⁵⁶.

Por lo que respecta al deudor persona física, denominado persona natural en la LC, podrá acudir a la vía del acuerdo extrajudicial de pagos, como ya hemos señalado, tanto los empresarios como los no empresarios; a este respecto, la ley opta por una concepción amplia, flexible y omnicomprensiva⁵⁷, entendiéndose por empresario toda aquella persona que reúna tal condición en virtud de la legislación mercantil y también los trabajadores autónomos, los que ejerzan actividades profesionales y aquellos que tengan reconocida tal condición por la Seguridad Social. Deberá encontrarse en situación de insolvencia, ya sea actual como inminente, y el pasivo no puede superar

55 Redacción del art. 231.1 LC tras la última actualización publicada en el BOE el 29/07/2015. La redacción antes de la reforma quedaba de la siguiente manera:

1. *El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros.*

56 Pulgar Ezquerro, J. *Acuerdos*, p.55, extraído de Aznar Giner, E. (2016). *Mediación Concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 16

57 En este sentido, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación Concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 16.

según la estimación inicial los cinco millones de euros⁵⁸, con lo que podemos afirmar que el legislador dirige este mecanismo al pequeño empresario. No hace mención la ley sobre el número de acreedores máximo.

A la persona natural empresario, el art. 231.1 LC le exige además de lo anterior que presente el correspondiente balance como acreditación del pasivo. Cuando el empresario no esté obligado a la llevanza de la contabilidad, entendemos que este balance será sustituido por un informe realizado por un economista o auditor, debido a lo complejo que se presenta realizar un balance *ad hoc*⁵⁹.

En cuanto al deudor persona jurídica, el artículo 231.2 de la Ley Concursal⁶⁰ le impone los requisitos de encontrarse en estado de insolvencia pero con activos suficientes para hacer frente a los gastos del acuerdo y además que, en caso de que se les declare en concurso de acreedores, este no tenga una “especial complejidad” según lo que dispone el artículo 190 de la citada ley. En este sentido, considera el legislador que el concurso no tiene una “especial complejidad” cuando el número de acreedores sea menor que cincuenta, el pasivo no supera los cinco millones de euros y cuando no llegue a los cinco millones de euros también la valoración de los bienes y derechos⁶¹. Le es indiferente al legislador, y así lo expresa en el punto 2 del artículo 231 de la Ley Concursal, que la persona jurídica sea o no una sociedad de capital.

Para finalizar este apartado, a modo de apunte, nos parece llamativo que solo se exija al deudor persona jurídica estar en posesión de activo suficiente para hacer frente a los

58 Artículo 231.1 LC: *El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance.*

A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

59 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016) *Mediación Concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 18

60 Artículo 231.2 LC: *También podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital, que cumplan las siguientes condiciones:*

a) Se encuentren en estado de insolvencia.

b) En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.

c) Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

61 Artículo 190.1 LC: *El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:*

1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.

2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros

3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

gastos generados por el mecanismo, pero que tal exigencia no se prevea para las personas naturales. No parece muy lógico que esto sea así, pero el silencio de la Ley nos lleva a pensar que no es un requisito que la Ley imponga al deudor cuando se trata de una persona física⁶².

2.2. Acreedores

A diferencia de lo que ocurre en el concurso de acreedores, en el acuerdo extrajudicial de pagos todos los acreedores tienen el mismo rango con independencia de su crédito, de si es una persona física o jurídica, e incluso de si es una persona especialmente relacionada con el deudor, teniendo en este caso derecho a voto cuando en el concurso de acreedores su crédito pasa a ser subordinado y, por tanto, no puede votar en la Junta de Acreedores en caso de que el concurso termine mediante convenio.

También afecta el acuerdo extrajudicial de pagos, algo que no sucedía hasta la reforma operada en la Ley Concursal en 2015. Antes de la citada reforma, los acreedores que eran titulares de créditos con garantía real solo intervenían en la negociación, vinculando su crédito, si lo decidían de forma expresa y se lo comunicaban al deudor; sin embargo, con posterioridad a esta reforma, el acreedor real no puede escapar del acuerdo extrajudicial de pago y se va a ver afectado en los términos de los artículos 238 y 238bis de la Ley Concursal, entendiéndose por garantía real no solo las inmobiliarias, sino que podemos entender que se incluye cualquier derecho real de garantía⁶³.

Por otra parte, aunque la ley no lo dice expresamente, debemos entender que tampoco pueden acceder a esta vía las Administraciones públicas ni las entidades públicas con personalidad, ya que de acuerdo con el art. 1.3 LC no pueden ser declaradas en concurso⁶⁴. Quedan excluidos, por tanto, los créditos de derecho público, que no son todos los créditos públicos, sino aquellos que en titularidad de una Administración pública sean de derecho público⁶⁵. En este sentido, Rodríguez de Quiñones y de Torres determina que son créditos de derecho público:

Las deudas por tasas, contribuciones especiales e impuestos de cualquier origen (art. 2 LGT), así como recargos, intereses de demora y sanciones; cuotas y

62 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 21

63 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 30

64 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 63

65 A este respecto, Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 68

demás recursos de titularidad de la Seguridad Social, es decir cuotas de la seguridad social y conceptos de recaudación conjunta (cuotas al Fondo de Garantía Salarial y para formación profesional y aportaciones por desempleo), recargos, intereses de demora y sanciones (art. 18 y D.A. vigesimoprimeras TRLGSS), y tributos y demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponda a la Administración *que deriven del ejercicio de potestades administrativas* (art. 5 de la Ley General Presupuestaria)⁶⁶.

El resto de créditos que no tengan condición de créditos de derecho público quedan, como decimos, vinculados por el acuerdo al que se termine llegando.

2.3. Mediador concursal

La nueva y novedosa figura que introduce la Ley 14/2013 es la del mediador concursal.

El mediador concursal, de acuerdo con el art. 233.1 LC, debe ser una persona física que reúna los requisitos recogidos en el artículo 11 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶⁷ para ser mediador, y además los requeridos para ser administrador concursal según el artículo 27 de la Ley Concursal⁶⁸, es decir, estar inscrito en la sección cuarta del Registro Público concursal, y ser abogado ejerciente, economista, titulado mercantil o auditor con al menos 5 años de experiencia profesional y con formación especializada en Derecho concursal. Las personas jurídicas también podrán ser designadas siempre que ejercicio del cargo de mediador concursal recaiga

66 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 68

67 Art. 11 LM: 1. Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley.

2. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con 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

3. El mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.

68 Art. 27 LC: 2. Únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso.

3. Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño.

sobre una persona física que cumpla los requisitos citados. Además, deberá el mediador concursal suscribir un seguro de responsabilidad civil.

La ley concursal no dispone un régimen de incompatibilidades para el mediador concursal, pero sí dice en el segundo párrafo del artículo 233.1 que “*en todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes.*” El art. 83 LC regula la figura de los expertos independientes que intervienen en la elaboración del inventario que forma la masa activa del concurso y, debido a la proyección concursal que puede tener el mediador concursal en un posterior concurso consecutivo, parece lógico que se le aplique este artículo en lugar del art. 71bis, relativo a los expertos independientes que intervienen en los acuerdos de refinanciación⁶⁹.

Este artículo 83 LC remite al régimen de incompatibilidades que el artículo 28 LC recoge para los administradores concursales. En este sentido, no se podrá nombrar administrador concursal a quien no pueda ser administrador de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, a quienes hayan prestado servicios al deudor o a personas especialmente relacionadas con él en los últimos tres años y también a personas especialmente relacionadas con estos, y a quienes tengan incompatibilidad para ser auditor de cuentas. Deberá también el mediador concursal informar de causas que afecten a su imparcialidad según lo dispuesto en la Ley 5/2012.

El mediador será nombrado, en virtud de lo dispuesto en el art. 232.3 LC por el Registrador Mercantil en caso de que el deudor sea empresario o una entidad inscribible y por el Notario en el resto de casos; si la solicitud se realiza a una Cámara de Comercio, será esta la competente para designar al mediador y, si se trata de entidades aseguradoras, el mediador deberá ser el Consorcio de Compensación de seguros. Una vez que el mediador ha aceptado, se dará publicidad a dicha aceptación; en caso de no aceptar y no alegar para ello justa causa, la ley no prevé nada, así que podemos entender que no aceptar sin justa causa no tendrá más consecuencia que pasar al último lugar de la lista publicada en el BOE⁷⁰.

Por lo que respecta a la remuneración del mediador concursal, se estará a las reglas establecidas para los administradores concursales y, en caso de que fuese nombrado

69 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 73

70 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 73

administrador concursal en un concurso consecutivo, no podrá percibir más retribución que la que haya percibido por el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos, salvo que el juez acuerde algo distinto al percibir que existen circunstancias excepcionales.

Sin embargo, debemos realizar algunas puntualizaciones sobre esta figura. A pesar de la denominación de “mediador”, éste no tiene mucho en común con el mediador que se configura en la Ley 5/2012⁷¹. En primer lugar, mientras que el mediador de la citada ley actúa simplemente como un tercero que acerca a las partes para que éstas, por sí mismas, alcancen sus propios acuerdos, el cometido del mediador concursal es mucho más amplio: no solo deberá comprobar que los datos aportados por el deudor se ajustan a su realidad, sino que además se encargará de elaborar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que remitirá a los acreedores para que estos deliberen sobre ella⁷².

Mención especial merece el caso del deber de confidencialidad del mediador concursal. En caso de que la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos no llegue a buen puerto, el mediador concursal será nombrado, salvo justa causa, administrador concursal en el posterior concurso consecutivo, algo que no parece encajar muy bien con este deber de confidencialidad, principio del que queda liberado el mediador si es designado administrador concursal en el concurso consecutivo, según dispone expresamente el artículo 242.2.2^a de la Ley Concursal. En tanto mediador, el designado tendrá conocimiento de hechos y documentación que podrá incidir en el posterior concurso y no parece muy acertado que posteriormente pueda ser nombrado administrador concursal puesto que, sabiendo que ya no estará sujeto al deber de confidencialidad, el deudor tendrá cautela al proveer al mediador de información que luego puede perjudicarle y esto pondrá trabas al desarrollo de la negociación para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago⁷³.

Algunos autores como Sánchez Calero afirman que la razón de esta designación del mediador concursal como administrador concursal en el concurso consecutivo obedece a que el mediador tiene ya conocimiento del patrimonio del deudor y su situación⁷⁴.

71 Merino Espinar, M.B. *Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad*. Extraído de: <http://www.notariosyregistradores.com>

72 A este respecto, véanse los artículos 234 y 236 de la Ley Concursal.

73 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 127 y 128

74 Sánchez-Calero, J. *El acuerdo*, p. 61

Otros autores como Aznar Giner, sin embargo, consideran que responde a la voluntad de “*abaratar el coste del concurso consecutivo*”⁷⁵.

Finalmente, prevé la Ley Concursal la posibilidad de que el Juez no nombre administrador concursal al mediador cuando medie justa causa pero, es más, aun en caso de nombrarle, la designación no será automática; el mediador ahora como administrador concursal deberá aceptar el cargo en los mismos términos previstos en la Ley Concursal para la aceptación del administrador concursal en el concurso de acreedores. En caso de que no aceptase la designación, señala la profesora Pulgar Ezquerra que no podrá alegar como justa causa para la no aceptación el deber de confidencialidad ya que, como decimos, la Ley Concursal no ve este deber como un impedimento para ser posteriormente administrador concursal⁷⁶.

2.4. Otros intervinientes

Por último, consideramos importante destacar otros sujetos en el acuerdo extrajudicial de pagos que, aunque tiene un papel breve nos parece importante. Se trata del Notario y del Registrador Mercantil.

A estas figuras les atribuye el artículo 233 de la Ley Concursal la facultad de nombrar al mediador concursal que tramitará el expediente⁷⁷, teniendo competencia el Registrador Mercantil para nombrar al mediador en los casos en que el deudor es un empresario individual o colectivo inscribible y quedándose el Notario con una competencia residual para el resto de casos⁷⁸. No volverán a intervenir estos sujetos durante la tramitación del expediente hasta que este concluya, momento en que tienen la competencia de inscribir bien el expediente con el plan de pagos aprobado o el fracaso del mismo con la siguiente apertura del concurso consecutivo.

75 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 127

76 Pulgar Ezquerra, J. *Acuerdos*, p. 68

77 Artículo 233.3 LC: *El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal*

78 Artículo 232.3 LC: *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 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.*

A juicio de Merino Espinar⁷⁹, Registradora de la Propiedad de Madrid, debería aprovecharse más la intervención de estos profesionales que cuentan con una alta formación jurídica, otorgándoles la facultad de realizar un control previo de lo actuado como garantía para la ejecutividad de los efectos legales que tiene atribuidos por la ley el resultado de las actuaciones llevadas a cabo por el mediador concursal.

3. PROCEDIMIENTO

3.1. Designación del mediador concursal

El primer paso para comenzar las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos es que el deudor solicite el nombramiento de un mediador concursal, según lo dispone el artículo 232.1 LC. El hecho de que sea el deudor el que debe poner en marcha el mecanismo con la solicitud rompe con lo previsto en la Ley 5/2012, según la cual serán las partes de mutuo acuerdo las que inicien la mediación salvo pacto de sometimiento; rompe también, como veremos, en el sentido de que si bien en la mediación de la LM son las partes las que designan al mediador, en el acuerdo extrajudicial de pago el nombramiento del mediador corresponde, en principio, al Notario o al Registrador Mercantil⁸⁰.

El deudor es el único legitimado para realizar la solicitud, no previendo la ley que puedan hacerlo los acreedores u otro tercero. Deberá realizar la solicitud el deudor y, cuando se trate de personas jurídicas, el párrafo segundo del art. 232.1 LC nos dice que “*será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador*”, al igual que ocurre con el concurso de acreedores. En el caso de que el deudor sea persona casada y los cónyuges son propietarios de una vivienda familiar que puede verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud deberán realizarla ambos cónyuges o uno con el consentimiento del otro.

Los requisitos formales de la solicitud los encontramos en art. 232.2 LC. Deberá ser presentada la solicitud por escrito *mediante formulario normalizado suscrito por el deudor*⁸¹. Esta exigencia de formulario normalizado no existía con anterioridad a la

79 En este sentido Merino Espinar, M.B. *Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad*. Extraído de: <http://www.notariosyregistradores.com>

80 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 37

81 Artículo 232.2 de la Ley Concursal.

reforma operada en la Ley Concursal en el año 2015; antes de la reforma el artículo 232.2 se limitaba a decir que la solicitud debería hacerse mediante instancia suscrita por el deudor. La solicitud deberá incluir:

- Inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone el deudor.
- Los bienes y derechos de que sea titular.
- Los ingresos regulares previstos.
- Una lista de acreedores en la que se especifique su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos. Se incluirán también 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.
- Una relación de los contratos vigentes.
- Una relación de los gastos mensuales previstos.
- En caso de que el deudor sea persona casada, además de lo ya citado, deberá indicar la identidad del cónyuge y expresar el régimen económico del matrimonio, salvo que éste sea de separación de bienes.
- Por último, si el deudor está legalmente obligado a llevar una contabilidad, incluirá también las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

El órgano competente para conocer de la solicitud realizada por el deudor, a tenor del artículo 232.3 LC, será el Registrador Mercantil del domicilio del deudor cuando éste sea un empresario o entidad inscribible y, en los demás casos, se hará la solicitud ante el Notario del domicilio del deudor. A este respecto, Aznar Giner pone de relieve el carácter prácticamente residual de la intervención del Notario:

La referencia que efectúa la norma al carácter “inscribible” del deudor como criterio delimitador de la competencia, esto es susceptible de inscripción registral sin requerir la previa inscripción, limita fuertemente el ámbito de actuación del Notario, *cuasi* residual, a los “demás casos”. Ello en favor del Registrador Mercantil. A esta interpretación coadyuva el contenido del art. 233.3

LC que ordena la apertura de la hoja registral cuando el deudor “inscribible” no constase inscrito en el Registro Mercantil⁸².

También podrá optar el deudor por realizar su solicitud a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando éstas hayan asumido funciones de mediación.

El órgano competente que reciba la solicitud comprobará que cumple los requisitos. En caso de que considere que es defectuosa o insuficiente, le dará al deudor un plazo de subsanación que no podrá ser mayor de cinco días, transcurrido el cual, se inadmitirá la solicitud si el deudor no justifica el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos; ello sin perjuicio de que, inadmitida la solicitud, pueda presentarse una nueva⁸³.

Una vez admitida la solicitud, en virtud del artículo 233.1 LC, será nombrado mediador concursal “*la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial*”; esta lista oficial se publicará en el BOE y será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Este nombramiento lo hará el Registrador Mercantil, el Notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, según el órgano ante el que se haya dirigido la solicitud. No será obligatorio, sin embargo, designar un mediador en el caso de que el deudor sea una persona física no empresaria; en este caso, será el Notario el que impulsará las negociaciones, pudiendo nombrar un mediador en los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud en caso de que el deudor lo pida o el propio Notario lo crea conveniente⁸⁴.

El nombramiento se hará constar en un acta en la que también se fijará la retribución que recibirá el mediador concursal, retribución cuyas reglas, según nos dice el párrafo segundo del artículo 233.1 LC, se determinarán de forma reglamentaria; sin embargo, tal reglamento, a fecha de redacción de este trabajo todavía no ha sido aprobado. Además, se le notificará a la persona designada para que, en el plazo de cinco días desde que fue notificado, comparezca ante el Registrador o el Notario para aceptar el cargo.

82 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 40

83 Artículo 232.3 LC, párrafo tercero.

84 Artículo 242bis de la Ley Concursal

Aceptado el cargo, el mediador, si ha sido designado por el Registrador o el Notario, les proporcionará una dirección electrónica para poder comunicarse con el deudor y los acreedores. Este deber podemos conectarlo con la pretendida agilidad y rapidez de este procedimiento⁸⁵. Por su parte, el Registrador, el Notario o la Cámara Oficial a la que se haya dirigido la solicitud, deberán dar publicidad al procedimiento mediante determinadas actuaciones⁸⁶:

- Enviar copia o certificación de la aceptación del mediador a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda. De esta manera se otorgará eficacia *erga omnes* al proceso y sus efectos⁸⁷.
- Comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración del concurso y ordenará su publicación en el Registro Público Concursal. Con esto se frena la obligación de instar el concurso para el deudor, evitando que en un posible concurso futuro este sea calificado como culpable, e impedirá que se inste el concurso necesario, todo en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5bis de la Ley Concursal.

Sin embargo, el hecho de que sea el Registrador, el Notario o la Cámara Oficial correspondiente quienes hagan la comunicación al juzgado pueden dejar desamparado al deudor en tanto que estos sujetos no nombrarán mediador y, por tanto no harán tal comunicación, hasta haber examinado previamente el cumplimiento de los requisitos que exige la ley. Y decimos que el deudor puede quedar desamparado puesto que en ese lapso de tiempo desde que se solicita la designación de mediador hasta que efectivamente se nombra y se realiza la comunicación al juzgado, puede suceder que se realicen solicitudes de concurso necesario⁸⁸. Se trata de una cuestión complicada a la que el legislador todavía no le ha dado solución y que no sucede cuando nos encontramos ante la

85 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 56.

86 Artículo 233 LC, apartados 3 y 4

87 A este respecto, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 57

88 En este sentido, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 58

negociación de un acuerdo de refinanciación o de un convenio anticipado puesto que, en estos casos, es el deudor el que realiza la comunicación.

Por otro lado, desde la comunicación realizada al juzgado, el artículo 5 bis de la Ley Concursal da un plazo de tres meses, transcurrido el cual el deudor, haya alcanzado o no un acuerdo extrajudicial de pagos, deberá solicitar la declaración del concurso dentro del mes hábil siguiente, salvo que ya no esté en situación de insolvencia.

- Dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería general de la Seguridad Social, consten o no como acreedoras, y, en su caso, a la representación de los trabajadores, en la que deberá constar la identificación del deudor con su nombre y NIF, y la del mediador con su nombre, NIF y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo.

Tras esto, cesa la actuación de estos sujetos hasta la finalización del procedimiento y se da paso a la apertura del expediente, excepto en el caso de que la mediación la lleve a cabo una Cámara Oficial. Comienza ya la fase de negociación con los acreedores, y el Registrador Mercantil y el Notario solo volverán a intervenir para cerrar e inscribir el expediente de forma que este sea dotado de publicidad.

3.2. Fase de negociación

3.2.1. Iniciación del expediente

El primer paso a dar por el mediador una vez abierto el expediente es la comprobación de los datos y la documentación que ha aportado el deudor según lo establecido por el artículo 234.1 de la Ley Concursal. En este sentido, este artículo establece un plazo de diez días desde la aceptación para que el mediador compruebe *“los datos y la documentación aportados por el deudor”*, tarea para la que podrá pedirle que los complemente o subsane los errores que puedan tener. Además, el segundo párrafo de este artículo establece también que el mediador deberá comprobar también que los créditos expresados existen y tienen realmente la cuantía que se ha indicado.

Con anterioridad a la reforma operada en la Ley Concursal en 2015, una importante laguna legal en este sentido consistía en que la ley no indicaba los criterios que debía seguir el mediador para realizar esta tarea de comprobación. Aunque de forma seguida,

en el mismo segundo párrafo del artículo 234.1 LC, se decía que el mediador convocaría a una reunión “*al deudor y a los acreedores que figuren en la lista*”, debíamos entender por lógica que el mediador no debía convocar los créditos de los que hubiera podido comprobar su existencia⁸⁹; sin embargo, aunque tuviéramos una solución lógica, no existía una solución legal en caso de que se diera esta situación.

A partir de la reforma de 2015, el artículo 234.1 queda reformado e incluye que el mediador convocará a la reunión “*al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio*”.

Pues bien, este es el siguiente paso tras la tarea de comprobación: una vez saneada la lista de acreedores presentada por el deudor, el mediador convocará a deudor y acreedores a una reunión, excluyendo los créditos de derecho público. La convocatoria se realizará dentro del plazo de diez días desde la aceptación del cargo de mediador concursal y la reunión se realizará dentro de los dos meses siguientes también desde la fecha de aceptación⁹⁰. La forma de realizar la convocatoria será por conducto notarial o por cualquier otro medio de comunicación que asegure la recepción, debiendo hacerse a la dirección electrónica si hubiese sido aportada por el deudor o por los propios acreedores⁹¹, y deberá expresar:

- Lugar, día y hora en que tendrá lugar la reunión.
- La finalidad que tiene la reunión de alcanzar un acuerdo de pago.
- La identidad de los acreedores con indicación de la cuantía de los créditos, la fecha de concesión y vencimiento, y las garantías personales o reales constituidas⁹².

La ley no dice nada, pero parece posible decir en virtud de la celeridad que preside el procedimiento, que estos plazos no son susceptibles de prórroga o suspensión; lo que sí se prevé en el artículo 242bis LC es un plazo más amplio de quince días para las tareas

89 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. (2014) *El derecho preconcursal*. p. 75

90 Párrafo segundo del artículo 234.1 de la Ley Concursal

91 Artículo 234.2 de la Ley Concursal

92 Artículo 234.3 de la Ley Concursal

de comprobación y convocatoria a la reunión de quince días, reduciendo, sin embargo, el plazo para realizar tal reunión a treinta días desde la convocatoria.

El inicio del expediente produce efectos para el deudor, los acreedores y los créditos. En primer lugar, Aznar Giner menciona que tanto deudor como acreedor se pueden considerar sujetos a un principio de buena fe, desprendiendo este principio de las prohibiciones que tienen las dos partes de realizar tanto actos de administración y disposición que excedan los actos propios de su actividad (deudor) como actos que estén dirigidos a mejorar su posición frente al deudor (acreedores)⁹³.

Hecha esta matización, pasamos a exponer los efectos que el inicio del expediente produce sobre el deudor. Hasta la reforma realizada en 2015, la ley imponía efectos algo extremos al deudor⁹⁴ al prohibirle solicitar créditos, obligarle a devolver las tarjetas de crédito de las que fuera titular y prohibiéndole el uso de medios electrónicos de pago, algo que no parecía casar muy bien con la primera frase del artículo 235.1 LC: *“Una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional.”* Tras la citada reforma, el precepto se suaviza y el artículo 235.1 LC se limita a prohibir al deudor *“realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.”* Si bien esta fórmula parece más acertada, considera Aznar Giner que sigue siendo insuficiente puesto que pasa por alto al deudor no empresario que, en opinión del autor, podría solventarse *aludiendo a la realización por el deudor de los actos y gastos propios para su sostenimiento y el de su familia*⁹⁵.

Por último, encontramos otro efecto para el deudor en el artículo 235. 5 LC, que se trata que no podrá ser declarado en concurso mientras negocia un acuerdo extrajudicial de pagos y hasta que no transcurra el plazo que da el artículo 5bis.5 LC, es decir, tres meses desde la comunicación de inicio del procedimiento.

Respecto de los acreedores, debemos remitirnos a lo que disponen los puntos 2 y 4 del artículo 235 LC. Expone este artículo en primer lugar que los acreedores que puedan verse afectados por el posible acuerdo no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor, hasta un plazo máximo de tres

93 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 75

94 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 76

95 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 78

meses (dos meses si el deudor es una persona física no empresario). Sí podrán hacerlo los acreedores de créditos con garantía real, siempre que esta garantía no afecte a bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor; si los bienes están afectos, se podrá ejercitar la acción real, si bien es posible que la ejecución se paralice al iniciarse el procedimiento y hasta que transcurra el plazo⁹⁶. Esto produce efectos registrales también, ya que según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 235.2.a) LC, con posterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador, no se podrán anotar embargos o secuestros de los bienes del deudor.

Tampoco podrán los acreedores, a tenor del apartado b) del artículo 235.2 LC, “*realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común*”. No se podrá, por tanto, otorgar garantías a favor de determinados acreedores, pagar créditos sometidos a la negociación, documentar créditos en títulos, ejercitar acciones judiciales contra el deudor para reclamarle la deuda, etc. Sin embargo, al no contemplar la ley sanciones para el incumplimiento de este deber, algunos autores como Aznar Giner consideran que será escasa la virtualidad de tal prohibición.

Finalmente, fruto de la reforma de 2015 es lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 235 que, en referencia a los créditos que pudieran verse afectados por el acuerdo, suspende el devengo de intereses.

3.2.2. Plan de pagos

El papel más activo del mediador concursal queda patente en esta fase. El artículo 236.1 LC le pide al mediador que, a la mayor brevedad y siempre con una antelación mínima de 20 días antes de la fecha que se ha fijado para la reunión con los acreedores, remita a estos con el consentimiento del deudor una propuesta de acuerdo que podrá contener⁹⁷:

- Esperas que no superen los diez años
- Quitas
- Cesión de bienes o derechos tanto en pago como para pago de la totalidad o parte de los créditos.

96 Artículo 235.2.a) de la Ley concursal.

97 Artículo 236.1 de la Ley Concursal

- La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora con arreglo a lo que se dispone en el apartado 3.b).3º.ii) de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley Concursal, disposición que rebaja el quorum para la adopción de acuerdos de aumento de capital por la Junta General a una mayoría ordinaria.
- La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En el caso de que el deudor se trate de una persona física no empresario, el plazo de antelación para la remisión es de 15 días⁹⁸ y el contenido de la propuesta estará limitado a los tres primeros supuestos de los ya mencionados⁹⁹.

Este gran catálogo de posibilidades no existía con anterioridad a la reforma de 2015, cuando el artículo 236.1 de la Ley Concursal limitaba el contenido de la propuesta a esperas que no podían superar los tres años y quitas que no podían superar el 25% del importe de los créditos, admitiéndose también la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas.

Es notable como el legislador ha quitado el límite de las quitas. En principio es posible poner cualquier quita sin importar la cuantía y, sin embargo, no podemos entender que es posible hacer una quita del 100% de la deuda, ya que en tal caso no se trataría de una quita, sino de una condonación; en el caso de una quita muy elevada, indica Aznar Giner que *entrará en juego el concepto de desproporción de la quita acordada vía impugnación del acuerdo*¹⁰⁰.

La mayor parte de la doctrina¹⁰¹ considera que esta propuesta la realiza el mediador concursal, en lugar de limitarse este a la remisión de la misma a los acreedores. Sin embargo, nos parece interesante reseñar antes de continuar con este apartado que

98 Artículo 242bis.1.6º de la Ley Concursal

99 Artículo 242bis.1.7º de la Ley Concursal

100 Al respecto de todo este párrafo, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 86

101 Véase a este respecto Nieto Delgado, C (2016). *Derecho Preconcursal*, p. 46. Pulgar Ezquerro, J. *Acuerdos*, p. 61. También Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*, p. 77. Y Senés Montilla, C. *El acuerdo*, p. 60.

algunos autores como Aznar Giner consideran que la propuesta la redacta el deudor teniendo para ello encuentros con los acreedores en los que el mediador concursal prestará su asistencia, encuentros que no tienen porqué producirse solo tras el inicio del expediente, sino que pueden comenzar antes¹⁰².

En todo caso, la propuesta deberá estar formada por¹⁰³:

- Un plan de pagos en el que aparezcan reflejados con detalle los recursos previstos para darle cumplimiento.
- Un plan de viabilidad que, normalmente, redactará la empresa deudora, aunque también podrán hacerlo los acreedores o un tercero al que se le encargue la tarea¹⁰⁴. Este contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las obligaciones que se contraigan en el acuerdo; en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia; y un plan de continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.
- Por último, copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos si es que no se van a satisfacer en plazo.

Una vez remitida la propuesta a los acreedores, estos cuentan con un plazo de diez días para presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación, transcurrido el cual les será remitido por el mediador concursal la propuesta final aceptada por el deudor¹⁰⁵. En este sentido, aunque la ley no establece nada, entendemos que el mediador deberá valorar dichas propuestas de los acreedores y su encaje en el acuerdo, procurando que haya equilibrio entre las partes, y podrá adoptar alguna de las alternativas cambiando completamente la propuesta o solo modificando la ya elaborada de forma parcial¹⁰⁶.

Por último, si transcurre el plazo de diez días y los acreedores que representen al menos la mitad del pasivo deciden no continuar con las negociaciones, el artículo 236.4 LC le

102 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 83 y 84

103 Artículo 236.2 de la Ley Concursal.

104 Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 90

105 Artículo 236.3 de la Ley Concursal.

106 Rodríguez de Quiñones y de Torres, A. *El derecho preconcursal*, p. 78 y 79

pone al mediador concursal el deber de instar el concurso de acreedores si el deudor todavía se encuentra en situación de insolvencia.

3.2.3. La reunión con los acreedores

La reunión se llevará a cabo en el lugar, fecha y hora expresados en la convocatoria y a ella deberán acudir todos los acreedores que hayan sido convocados, a excepción de aquellos que, en el plazo de diez días mencionado en el apartado anterior, hayan manifestado su conformidad o su oposición a la propuesta de acuerdo, según lo dispuesto en el artículo 237.1 LC.

No acudir a la reunión habiendo sido debidamente convocado y sin que medie alguno de los supuestos anteriormente referidos conllevará una sanción recogida al final del primer apartado del artículo 237.1 LC. En este caso el crédito de tales acreedores se calificará como subordinado en el caso de que finalmente fracase la negociación y el deudor sea declarado en concurso de acreedores.

La única excepción a esta obligación la constituyen los créditos a cuyo favor se haya constituido una garantía real.

La ley no establece nada sobre la organización y el desarrollo de la reunión más allá de que en ella se podrán modificar el plan de pagos y el plan de viabilidad, siempre que las condiciones de pago de los acreedores que ya hayan manifestado su aprobación, y por tanto no hayan acudido a la reunión, no se vean alteradas¹⁰⁷. En este sentido, considera Rodríguez de Quiñones y de Torres que la reunión estará presidida por el mediador concursal que, funcionando en este sentido como un verdadero mediador, se encargará de dejar constancia de los asistentes, dirigirá los debates, concretará las propuestas que se presenten, dirigirá las votaciones y proclamará los acuerdos alcanzados. No exige la ley que se levante acta, pero este autor recalca la necesidad de que se acredite lo actuado por escrito y a su parecer debería estar presente un Notario que dé fe de lo que suceda en la reunión y los acuerdos que se alcancen.

Parece llamativo, para acabar, y a este respecto se pronuncian también Rodríguez de Quiñones y de Torres y Aznar Giner, que el deudor no tenga una obligación legal de acudir a la reunión; al menos, la ley no dice nada al respecto. Y parece llamativo decimos, tal y como señalan estos autores, porque la ley como ya hemos mencionado

107 Artículo 236.4 de la Ley Concursal

dice que en la reunión se podrán modificar el plan de pagos y el plan de viabilidad, y para que estas modificaciones puedan incluirse en el acuerdo final el propio deudor deberá dar su consentimiento.

3.3. Terminación

3.3.1. Aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos

Tras el debate y las pertinentes votaciones, la reunión puede terminar de dos maneras, con la aceptación o con la no aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos. Antes de referirnos a los efectos de uno y otro supuesto, debemos hacer referencia a las mayorías que se necesitan para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado.

En este sentido, el artículo 238 LC nos da dos opciones con mayorías calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda ser afectado por el acuerdo. Por tanto, se considerará aceptado el acuerdo cuando ha votado a favor el 60% o el 75% del pasivo que pueda verse afectado; en uno y otro caso las consecuencias serán distintas:

- Si ha votado a favor el 60% del pasivo que pueda verse afectado, los créditos que no tengan constituida garantía real o la parte de los mismos que exceda del valor de la garantía real quedarán sujetos a esperas de no más de cinco años, a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos o a la conversión de deuda en préstamos participativos (art. 238.1.a) LC).
- Si la mayoría de votos ha sido del 75% del pasivo que pueda verse afectado, los créditos que no tengan constituida garantía real o la parte de los mismos que exceda del valor de la garantía real quedarán sujetos a esperas con un plazo de cinco años o más sin superar los diez, a quitas superiores al 25% del importe de los créditos y a las demás medidas previstas en el artículo 236 LC (art. 238.1.b) LC).

En caso de que no haya aceptación, si el deudor sigue en estado de insolvencia, el artículo 238.3 LC impone al mediador concursal la obligación de solicitar la declaración en concurso al juez competente, quien declarará el concurso inmediatamente, instando también su conclusión si se aprecia que la masa activa es insuficiente. El mediador, por tanto, deberá comprobar si se dan los presupuestos para la declaración del concurso antes de instarlo; ya que, al ser la insolvencia el punto central del concurso de

acreedores, si este supuesto no existe, el mediador no tendrá obligación de instar el concurso aunque hayan fracasado las negociaciones.

En otro caso, si se acepta el acuerdo con las mayorías antes expuestas, éste deberá ser dotado de publicidad, elevándose el mismo a escritura pública de la que se presentará una copia en el Registro Mercantil para que el Registrador cierre el expediente cuando éste fuera abierto por el Registrador Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio correspondiente. Además el cierre del expediente deberá ser comunicado al juez que fuera competente para declarar el concurso de acreedores y también se publicará que existe acuerdo en el Registro Público Concursal, publicación que deberá contener tanto los datos identificativos del deudor como los del mediador concursal; el Registrador, Notario o Cámara Oficial competente; y el número de expediente del nombramiento del mediador concursal; asimismo, deberá hacerse indicación de que el expediente está a disposición de acreedores interesados en el Registro Mercantil, notaría o Cámara Oficial de Comercio correspondiente¹⁰⁸.

Cuando se ha aceptado el acuerdo con las mayorías indicadas, este no podrá rescindirse en un posterior concurso de acreedores¹⁰⁹ y por su contenido quedarán vinculados el deudor y los acreedores aceptantes. En el caso de los acreedores con garantía real que no hubiesen aceptado, sí que se verán vinculados por el acuerdo por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía cuando las medidas se hayan adoptado por una mayoría del 65% en el caso del primer supuesto de medidas que se ha descrito, o cuando hayan sido adoptadas por una mayoría del 80% en el segundo supuesto¹¹⁰.

El acuerdo despliega efectos tanto para los acreedores aceptantes como para los no aceptantes. Además de lo ya expuesto, en primer lugar los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos según lo que se haya pactado (art. 240.2 LC); los acreedores no aceptantes y que se vean afectados por el acuerdo conservarán sus derechos frente a los obligados solidarios del deudor y también frente a sus fiadores o avalistas (art. 240.3 LC); por último, los acreedores que hayan aceptado el acuerdo mantendrán sus derechos frente a los demás obligados en función de lo acordado en la obligación jurídica contraída con ellos (art. 240.4 LC).

108 Artículo 238.2 de la Ley Concursal

109 Artículo 238.4 de la Ley Concursal

110 Artículo 238bis de la Ley Concursal

3.3.1.1. Impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos

Los acreedores que no hayan sido convocados o que se hayan opuesto al acuerdo bien antes de la reunión, bien no votando a favor en la misma, contarán con un plazo de diez días a contar desde la publicación para impugnar el acuerdo en el juzgado competente para conocer del concurso de acreedores¹¹¹.

Como dispone el apartado 2 del artículo 239 LC, la impugnación no está dotada de efectos suspensivos de la ejecución del acuerdo. Además, continúa este apartado en enumerar las causas en las que se podrá fundar la impugnación, siendo estas las únicas en las que la misma puede hallar su fundamento:

- Falta de concurrencia de las mayorías exigidas, teniendo en cuenta a los deudores que no hayan sido convocados y sí debieran haber concurrido. En este caso, pone de manifiesto Rodríguez de Quiñones y de Torres, que podrá alegarse tanto la falta injustificada de reconocimiento de un crédito, como el reconocimiento de un crédito pero con cuantía errónea; sin embargo, señala el autor, solo prosperará la impugnación si estas alegaciones se traducen en una mayoría insuficiente, es decir, si al hacerse el recuento correcto de los créditos, no saliera en la votación la mayoría necesaria.
- La superación de los límites que establece el artículo 236.1 LC.
- La desproporción de las medidas acordadas. En este sentido, ya indicábamos antes que en el caso de la quita, si bien no se pone un máximo legal, la desproporción en la misma podrá llevar a la impugnación.

La tramitación de las impugnaciones será conjunta por el procedimiento del incidente concursal y la sentencia que resuelva podrá ser objeto de recurso de apelación, el cual tendrá tramitación preferente¹¹².

La sentencia que estime la impugnación anulará el acuerdo extrajudicial de pagos que se ha alcanzado y declarará el concurso consecutivo que se regula en el artículo 242 LC y que examinaremos a continuación. Rodríguez de Quiñones y de Torres señala la diferencia con el concurso de acreedores en lo previsto para el convenio concursal, al no caber en caso de impugnación del acuerdo extrajudicial de pagos

111 Artículo 239.1 de la Ley Concursal.

112 Apartados 3 y 5 del artículo 239 de la Ley Concursal.

una nueva convocatoria de reunión con los acreedores, como sí sucede en el otro procedimiento. Según la percepción del autor, esto podría ser contrario a la voluntad del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos de preservar la actividad del deudor, sobre todo si se tiene en cuenta que el concurso consecutivo conduce casi con seguridad a la liquidación del patrimonio del deudor.

El hecho de que el acuerdo se declare nulo, conlleva la desaparición de los efectos que este produce sobre los créditos afectados, aunque sí que deberán considerarse válidos los pagos que ya se habían realizado en cumplimiento del acuerdo antes de su declaración de nulidad. En cualquier caso, considera Rodríguez de Quiñones y de Torres que, por razones de justicia, no se deberían entender consolidados los pagos realizados por cesiones de bienes del deudor.

Por último, señalar que la sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal¹¹³.

3.3.2. Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos

Debemos señalar que la intervención del mediador concursal no termina con la reunión y la adopción del acuerdo extrajudicial de pagos. El artículo 241 le impone tres deberes adicionales, a saber “*supervisar el cumplimiento del acuerdo*” en el primer apartado, hacer constar en el acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal el cumplimiento íntegro del acuerdo (art. 241.2 LC), e instar el concurso si se incumpliera el acuerdo (art. 241.3 LC). En el último caso, se considerará que el deudor sigue en situación de insolvencia al no hacer frente al acuerdo adoptado, salvo prueba en contrario ya que, si no se da el presupuesto de la insolvencia, no procede declarar el concurso¹¹⁴.

4. EL CONCURSO CONSECUTIVO

El concurso consecutivo al acuerdo extrajudicial de pagos está regulado en cuanto a sus especialidades en el artículo 242 de la Ley Concursal.

En este sentido, se considera concurso consecutivo todo aquel instado a raíz de un acuerdo extrajudicial de pagos cuando este fracase en su fase de negociación, se

113 Artículo 239.4 de la Ley Concursal.

114 En este sentido, Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, p. 108. También Pulgar Ezquerro, J. *Acuerdos*, p. 68.

incumpla o se anule por sentencia del juez competente para conocer del concurso. Podrán instarlo tanto el mediador concursal, que en determinadas ocasiones, como en el fracaso de las negociaciones o en caso de incumplimiento, está obligado a solicitarlo; pero también por el deudor o por los acreedores¹¹⁵.

El concurso consecutivo se tramitará por el procedimiento abreviado con ciertas especialidades que quedan recogidas en el artículo 242.2 LC.

En primer lugar, si la solicitud de declaración del concurso la realiza el deudor, éste deberá acompañarla de propuesta anticipada de convenio o de un plan de liquidación; si se inicia el concurso porque lo solicita alguno de los acreedores, el deudor podrá presentar la propuesta anticipada de convenio o el plan de liquidación en los quince días siguientes a la declaración del concurso. En el caso de que la realice el mediador concursal, además de la propuesta anticipada de convenio o el plan de liquidación, deberá presentarse:

- El informe a que se refiere el art. 75 LC, es decir, el informe que en el concurso de acreedores debe presentar la administración concursal. En caso de que el mediador no sea nombrado administrador concursal, o si el concurso es solicitado por el deudor o algún acreedor, habrá un plazo de diez días a partir del transcurso del plazo de comunicación de créditos para presentar este informe.
- En caso de que el deudor sea una persona física, también deberá pronunciarse sobre si concurren los requisitos que se exigen para la exoneración del pasivo insatisfecho, supuesto que se dará cuando el concurso no se califique como culpable, o sobre la apertura de la sección de calificación, si procede.

Esta exoneración responde a la “segunda oportunidad” que viene prevista en la Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización, y cuyos requisitos, recordamos, consistían en:

- Calificación del concurso como fortuito.
- Que no se haya condenado al deudor por delito de insolvencia punible.
- Deben satisfacerse los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

115 Artículo 242.1 de la Ley Concursal

En el caso de que el deudor sea una persona física no empresaria, el art. 242.1.10ª LC dispone que “*el concurso consecutivo se abrirá directamente en fase de liquidación*”.

El juez nombrará al administrador concursal en el auto de declaración del concurso, que salvo justa causa, será la misma persona que ostentó el cargo de mediador concursal en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos. En este caso dice expresamente la Ley Concursal en el artículo 242.2.2ª que dejará de operar el deber de confidencialidad del mediador, supuesto al que ya hemos hecho referencia *supra*, pero que nos parece importante volver a destacar debido a los problemas que ya hemos indicado que puede producir esta situación.

Por otra parte, los gastos que haya generado el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos tendrán consideración de créditos contra la masa, junto al resto de deudas que integran estos créditos. Además, el plazo de dos años que se da para la determinación de los actos rescindibles empezará a contar desde la fecha en que el deudor realice la solicitud de designación de un mediador.

Los acreedores que hubieran firmado el acuerdo, por su parte, no deberán solicitar el reconocimiento de créditos. Además, los acreedores podrán impugnar el informe de la administración concursal en el plazo de diez días a contar desde la notificación del mismo según lo dispuesto en el artículo 96 LC.

Por último, cuando se ha solicitado la liquidación o cuando no se ha admitido, presentado, aprobado o cumplido la propuesta anticipada de convenio, se abre la fase de liquidación y, en caso de que no lo haga el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo de diez días a contar desde que se abre la fase de liquidación. Este plazo es improrrogable.

5. LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES EN DERECHO COMPARADO¹¹⁶

Encontramos necesario antes de finalizar este trabajo hacer referencia al derecho comparado, ya que la inspiración para la figura de los acuerdos extrajudiciales la encontramos en ordenamientos comparados.

116 Epígrafe elaborado siguiendo como guía a, Echegaray Díaz, J.L. *El acuerdo extrajudicial de pagos*. También, Pérez-Serrabona González, J.L. *La mediación concursal*. p. 322-323.

El antecedente más próximo de la regulación que se hace en nuestro país de esta figura está en Francia, donde existe una figura que se encarga de realizar un estudio tanto de la persona del deudor como de la situación económica en que se encuentra y así determinar si podrá llegar a un acuerdo o si deberá ir directamente a la fase de liquidación. En este país, además, se podrá nombrar a un mandatario *ad hoc* para que ejerza funciones de asistencia, o a un *conciliateur* que tratará de que el deudor y sus acreedores lleguen a un acuerdo.

En Italia nos encontramos con los “acuerdos de reestructuración de deudas” que serán posteriormente reconocidos por el juez, y también en Bélgica ha habido reformas tendentes a solucionar este tipo de procedimientos de insolvencia de forma extrajudicial y buscando la continuidad de la empresa.

Por último, tampoco la UE se ha quedado al margen y ha tratado el tema de la insolvencia mediante Reglamentos y Recomendaciones tendentes a que las empresas puedan solucionar estos problemas fuera de los Tribunales sin tener que abandonar su actividad y con la posibilidad de reestructurarse para poder continuar la actividad en el futuro, después de realizar los pagos acordados en el acuerdo con los acreedores.

CONCLUSIONES FINALES

El objeto de este trabajo ha sido el estudio de los “acuerdos extrajudiciales de pagos”, la comúnmente llamada “mediación concursal”. Para entender mejor esta figura se ha dividido el trabajo en tres partes.

Nos ha parecido fundamental explicar en primer lugar el concurso de acreedores, pero más fundamental aún nos parece el Capítulo II en el que explicamos las deficiencias de este procedimiento y hacemos una introducción a la mediación en general.

En efecto, como hemos manifestado en el cuerpo del trabajo basándonos en las manifestaciones de los autores que se han pronunciado sobre el asunto, el concurso de acreedores es un procedimiento lleno de carencias que, al haber sido regulado en un tiempo en que la situación económica era buena, no ha sabido adaptarse a la prolongada situación de crisis que ha atravesado nuestro país y de la que ahora solo está empezando a recuperarse.

Consideramos el concurso de acreedores un procedimiento lento, aunque a mi parecer esto se debe más a la saturación y falta de recursos que sufren los Juzgados de lo Mercantil y no tanto a una mala regulación legal. En cualquier caso, el hecho es que se extiende en el tiempo de forma excesiva y que, además, es costoso y poco satisfactorio, tendente a terminar con la liquidación en lugar de por convenio, lo que provoca que una gran parte de los acreedores no llegue a cobrar y que además el deudor vea como finaliza su actividad empresarial o profesional; en definitiva, una situación en la que solo unos pocos ganan.

Sin embargo, esta saturación de los Tribunales y su falta de recursos no solo sucede en el ámbito concursal, sino en toda la Administración de Justicia en general. Es por esto por lo que se impone la necesidad de buscar una forma de liberar la carga de trabajo de Juzgados y Tribunales y, para ello, se instaura la mediación.

Figura que goza de enorme popularidad en los países anglosajones, en España todavía es en cierta medida desconocida, aunque en el ámbito familiar lleva regulándose en los ordenamientos autonómicos desde el año 2001. Nos parece la mediación una institución importante que, sin embargo, no triunfará como lo ha hecho en otros países hasta que haya un cambio de mentalidad en la sociedad y es que, como decíamos en el desarrollo del trabajo, en España no existe una “cultura de la transacción” y es un país más

tendente a promover los litigios en el ámbito jurisdiccional. Aun así, creemos que con la regulación adecuada y una buena promoción por parte de las instituciones, las personas terminarán viendo que es un proceso ventajoso para todas las partes involucradas.

Más nueva es aún la llamada “mediación concursal”, denominación errónea a nuestro parecer, ya que no creemos que se la pueda considerar una verdadera mediación. En primer lugar, está demasiado encorsetada en el procedimiento previsto por la Ley Concursal, que no deja lugar a la voluntad de las partes para la dirección del mismo como sucede en el resto de mediaciones, donde las partes son las dueñas del procedimiento.

Por otra parte, está la figura del mediador concursal, que tiene un papel mucho más activo que el mediador tradicional que se recoge en las Leyes autonómicas o en la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Lo que no es necesariamente malo. También está su formación; en principio se le exigen las mismas condiciones que para ser administrador concursal, precisamente porque en el concurso consecutivo será nombrado administrador concursal.

Entendemos que existen razones de economía para que exista esta disposición, pero creemos que supone demasiados problemas, siendo el principal la inoperancia de la confidencialidad que rige durante la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos en el caso de que se llegue a un concurso consecutivo. Posiblemente, la característica más atractiva de la mediación sea precisamente la confidencialidad y en el ámbito concursal parece que supone una gran ventaja para el deudor, que no se enfrentará a la publicidad que rige como principio en el concurso de acreedores; pero, y posiblemente sea la principal razón por la que la “mediación concursal” no está triunfando, el hecho de que el mediador concursal sea nombrado después administrador concursal y ya no rija esa confidencialidad es un gran disuasorio para acudir a esta figura, sobre todo teniendo en cuenta toda la información que el deudor podrá poner a disposición del mediador en el primer procedimiento.

Además, a nuestro parecer y según la experiencia adquirida con este Máster, en que la mayoría de las alumnas venían de ámbitos distintos al del derecho, creemos que cualquier persona podría ser mediador concursal si se le da la formación adecuada, aunque no cumpla los requisitos para ser administrador concursal. La división de estas

dos figuras haría que no fuese necesario detener la operancia de la confidencialidad y más personas, tanto físicas como jurídicas, acudirían a este procedimiento.

Por último, nos parece que a que no esté triunfando la “mediación concursal” también contribuyen las numerosas lagunas que tiene su regulación en el Título X de la Ley Concursal. Muchas de ellas han sido eliminadas con la última reforma realizada en el año 2015, pero quedan otras, de las que merece mención especial la falta de unas reglas de actuación del mediador. Como decimos en el desarrollo del trabajo, la Ley Concursal no dice nada al respecto y se describen en analogía con las previstas para el mediador en la Ley 5/2012, pero sí nos parece adecuado, debido a la especialidad que supone la figura del mediador concursal respecto del mediador previsto en las otras normas, que la Ley deba regular estos aspectos.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(Marzo, 2012). La nueva Ley de Mediación, puerta abierta a la mediación concursal. *DiarioJurídico.com* Recuperado de: <http://www.diariojuridico.com/la-nueva-ley-de-mediacion-puerta-abierta-a-la-mediacion-concursal>

Álvarez Sacristán, I. (2012). *La mediación civil y mercantil (Comentario y Formularios)*. Bilbao: Gomylex.

Aznar Giner, E. (2016). *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. (2º Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

Broseta Pont, M. & Martínez Sanz, F. (2014). *Manual de Derecho Mercantil. Volumen II*. 21º Ed. Madrid: Tecnos.

Castillejo Manzanares, R. (2013) *La figura del mediador concursal en el Acuerdo extrajudicial de pagos*. Recuperado de: <http://www.cej.es/pdf/cuatro.pdf>

Cuesta Rute, J.M. de la, (Director) (2014). *Derecho Mercantil II*. (3º Ed.). Barcelona: Huygens.

Díaz Echegaray, J.L. (2014). *El acuerdo extrajudicial de pagos*. Pamplona: Civitas.

García Presas, I. *Las directrices de la Unión Europea en materia de mediación. Su proyección en España*. Disponible en: <https://dspace.usc.es/bitstream/10347/7921/1/08.Presas.pdf>

García Villaluenga, L. & Rogel Vide, C. (Directores) (2012). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*. Madrid: Reus S.A.

Gisbert Pomata, M. & Díez Riaza, S. (2014). *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*. Pamplona: Civitas.

Jiménez Sánchez, G.J. & Díaz Moreno, A. (Coordinadores) (2013). *Derecho Mercantil. Volumen 10º. Derecho concursal* (15º Ed.). Madrid: Marcial Pons.

López Simó, F. & Garau Sobrino, F.F. (Coordinadores) (2014). *Mediación en Materia Civil y Mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52/CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Martín Hita, L. (Coordinador) (2013). *Comentarios a la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*. Sevilla: ePraxis.

Martín Molina, P. B.; Carre Díaz-Gálvez, J. M. del; & Lopo López, M. A. (Coordinadores) (2014). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Madrid: Dykinson, S.L.

Menéndez, A. & Rojo, A. (Directores) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil. Volumen II*. Pamplona: Civitas.

Merino Espinar, M.B. *Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad*. Extraído de: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2015-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-y-mediador-concursal.htm>

Orozco Pardo, G. & Monereo Pérez, J.L. (Directores) (2015). *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*. Madrid: Tecnos.

Ortiz Hernández, A. *La rehabilitación del deudor*. Disponible en: www.diariojuridico.com

Ortiz Hernández, A. (2013) *Mediación concursal tras la nueva ley de emprendedores*. Disponible en: www.diariojuridico.com

Santana Delgado, M.L. (2013). *Mediación Concursal. Curso de especialización en Mediación Civil y Mercantil*. Recuperado de: http://mediacion.icacor.es/descarga/PonenciasyPresentaciones/MEDIACION_CONCURSAL_3.pdf

Talens Seguí, J. (2014). *La mediación. Breves apuntes sobre la mediación y su regulación por el RD 5/2012 de 5 de marzo, y la Ley de Apoyo al Emprendedor de 28 de septiembre de 2013*. Madrid: Fe d'erratas.

Trigo Sierra, E. & Moya Fernández, A.J. *La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012*. Extraído de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3490/documento/foro08.pdf?id=4275>

Yáñez Gómez, J. (2013). *Ley de Emprendedores: Nueva reforma de la Ley Concursal*.
Recuperado de: http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/ley-de-emprendedores-nueva-reforma-de-la-ley-concursal

ANEXO I

FORMULARIO PARA LA SOLICITUD DEL PROCEDIMIENTO PARA ALCANZAR UN ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOSⁱ

D., con DNI, actuando

en nombre propio,

en nombre de la entidad, con CIF, en virtud de los poderes de representación que se acompañan,

viene a presentar solicitud de iniciación del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Declaro que concurren en mi caso los requisitos exigidos por el 231 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, para iniciar este procedimiento y que la estimación inicial del pasivo no supera la cantidad de cinco millones de euros.

A) Identificación

a) PERSONA NATURAL.

1. Domicilio: (.....,)

2. Teléfono:

3. Correo electrónico:

4. Modificación del domicilio en los últimos seis meses:

Sí.

No.

5. Lugar de nacimiento:

6. Nacionalidad si es extranjero:

7. Estado civil: ... soltero ... casado ... separado ... divorciado (... con convenio regulador ... sin convenio regulador)

8. Régimen económico matrimonial:

Gananciales.

Separación de bienes.

Participación.

9. Identidad del cónyuge (nombre, apellidos y NIF, NIE o Número de Pasaporte) si el peticionario está casado en régimen distinto al de separación de bienes:

10. Indicar si los cónyuges son propietarios de vivienda familiar que pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos:

Sí.

No.

En caso afirmativo,

Se acompaña el consentimiento del otro cónyuge.

La solicitud de firma por ambos cónyuges.

11. Personas a su cargo o a quienes deba satisfacer alimentos:

Sí.

No.

En caso afirmativo, indique sus nombres, apellidos y la relación de parentesco con Ud.:

12. Indicar si el deudor tiene pareja de hecho con la haya formado un patrimonio común y los pactos o reglas económicas que le sean de aplicación. En caso afirmativo, señalar la identidad de la pareja (nombre, apellidos y NIF o NIE).

b) PERSONA JURÍDICA.

1. Forma jurídica:

2. La razón social o denominación:

3. Identificación del órgano de administración o liquidador que ha decidido la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos:

4. Los datos de identificación registral:

5. La nacionalidad, si fuesen extranjeras:

6. Domicilio:

7. Número de identificación fiscal, cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria:

8. Teléfono:

9. Correo electrónico:

10. Manifiestar que la entidad cumple los requisitos del artículo 190 de la Ley Concursal, sin que tenga más de 50 acreedores, el pasivo no supera los 5.000.000 de euros y el activo no alcanza los 5.000.000 de euros:

Sí.

No.

11. Manifiestar que se disponen de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

Sí.

No.

12. Manifiestar que la entidad no es aseguradora o reaseguradora:

Sí.

No.

B) Concurrencia de las condiciones de acceso al procedimiento

1. Señale el tipo de insolvencia en que se encuentra:

Actual, si ya no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Inminente, si prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones.

2. Indique los hechos de los que deriva su situación de insolvencia:

Desempleo.

Sobreendeudamiento.

Pérdidas empresariales o profesionales.

Disminución de las ventas.

Aumento de los gastos de explotación.

Aumento de los costes financieros.

Aumento de la morosidad de los clientes.

Otros:

3. Estimación del importe global de las deudas:

4. Estimación del importe global del valor de los bienes y derechos:

5. Indique si ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores:

Sí.

No.

Se acompaña certificado de antecedentes penales.

6. En caso afirmativo, especifique el delito por el que fue condenado y la fecha de la sentencia firme en virtud de la cual hubiera sido condenado.

7. Indique si ha alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, ha obtenido la homologación de un acuerdo extrajudicial de refinanciación o ha sido declarado en concurso de acreedores dentro de los últimos 5 años.

Sí.

No.

En caso afirmativo, indique la fecha del acuerdo o del auto.

8. Indique si actualmente se encuentra Ud. negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación

Sí.

No.

9. Indique si actualmente se encuentra admitida respecto de Ud. una solicitud de concurso de acreedores

Sí.

No.

C) Inventario de bienes y derechos

1. Indique la relación de ingresos regulares previstos, bienes, derechos y cualquier otro activo líquido de los que sea titular el deudor:

2. Si procede, indique los bienes y derechos necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial:

3. Acompañe la siguiente documentación, si procede:

a) Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.

b) Últimas tres nóminas percibidas.

c) Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.

d) Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.

e) En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.

f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, cuando la vivienda habitual del deudor se encuentra gravada con un derecho real de hipoteca.

g) Certificado de pensión de jubilación.

h) Si estuviera obligado a llevar contabilidad, las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

4. Indique si es titular de cuentas bancarias:

Sí.

No.

En caso afirmativo, indique el importe total del dinero depositado:; y proporcione la siguiente información sobre sus cuentas corrientes o depósitos bancarios, fondos de inversión o similares:

Entidad	Oficina	Número de cuenta o depósito	Saldo (en euros)

Acompañe certificados expedidos por la entidad financiera.

5. Indique si es titular de capital mobiliario (acciones, obligaciones, préstamos, cuentas corrientes, depósitos financieros, seguros, arrendamiento de bienes muebles):

Sí.

No.

Entidad	Oficina	Cuenta de valores	Valor (en euros) a fecha/..../.....

Acompañe certificados expedidos por la entidad financiera e indique su importe total:

6. Indique si es titular de bienes inmuebles:

Sí.

No.

Inmueble	Situación	Inscripción en el Registro de la Propiedad n.º... de libro, folio, tomo y n.º de finca	Valor catastral (en euros)

Acompañe:

- a) Certificados de dominio y cargas o gravámenes expedidos por el Registro de la Propiedad.
- b) Escrituras de compraventa de la vivienda habitual y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere.

7. Indique si es titular de bienes muebles (vehículos, joyas, obras de arte...):

Sí.

No.

En caso afirmativo, adjunte un anexo con la descripción de cada bien e identifique respecto de cada bien, su tipo (por ej. en el caso de vehículos indique marca y modelo), n.º de matrícula o registro y fecha de adquisición.

D) Lista de acreedores

1. Número de acreedores:

2. Datos identificativos de los acreedores:

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía debida	Fecha de vencimiento del crédito	Amortizaciones previstas

3. Especialidades de identificación de créditos que dispongan de hipoteca o garantías reales (debe acompañarse original o copia autorizada de la escritura de constitución de las garantías o certificación registral de inscripción en el caso de la hipoteca):

Identidad del acreedor	Domicilio	Dirección electrónica	Cuantía (*)	Tipo de garantía y fecha de constitución

(*) Para su valoración se estará a lo dispuesto en el art. 94.5 de la Ley Concursal.

4. Relación de los contratos en vigor (debe acompañarse contrato original o copia fehaciente del mismo):

Fecha de contrato	Contraparte	Tipo de contrato	Obligaciones del deudor pendientes	Obligaciones de la contraparte pendientes

5. Relación de gastos mensuales previstos:

Naturaleza del gasto	Cuantía	Fecha de vencimiento	Periodicidad

6. Indicar si tiene contratados trabajadores a su cargo:

El número de trabajadores es:

Indicar la representación de los trabajadores, su domicilio y dirección electrónica:

Presentado en, a de de

Fdo.

En caso de que el régimen matrimonial no sea el de separación de bienes, debe firmar el cónyuge del deudor:

Fdo.

i Formulario aprobado por la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre. Extraído de www.boe.es