

## REFLEXIONES ACERCA DEL ESTATUTO JURÍDICO DEL MEDIADOR CONCURSAL

**María Isabel Candelario Macías**

*Profesora titular de Derecho Mercantil.  
Universidad Carlos III de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, don Fernando CALBACHO LOSADA, don Carlos CALVO CALVO, doña Matilde CUENA CASAS y don Claudio RAMOS RODRÍGUEZ.

---

### EXTRACTO

En este trabajo se analiza la figura del mediador concursal como pieza clave sobre la que se sustenta la mediación concursal a través del acuerdo extrajudicial de pagos incorporado por la Ley de Emprendedores y actualizado por el Real Decreto-Ley 1/2015, que se convalida por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. Se examina el concepto y la naturaleza jurídica del mediador concursal, para posteriormente adentrarse en «su» estatuto jurídico, teniendo como referente la administración concursal regulada en la Ley Concursal 22/2003. Dentro del estatuto jurídico se ponderan los principios informadores, cualidades y formación que ha de concurrir en el mediador, y se investiga en torno a su designación, publicidad y registro, incapacidades, responsabilidad, retribución, seguro obligatorio y tareas encomendadas. Finalmente, se infieren algunas reflexiones que nos proporcionen la virtualidad del mediador concursal y su entroncamiento en los mecanismos preconcursales de resolución de las dificultades económica del deudor.

**Palabras claves:** Derecho concursal, acuerdo extrajudicial de pagos, mediación concursal y mediador concursal.

---

*Fecha de entrada: 30-04-2015 / Fecha de aceptación: 30-06-2015*

## REFLECTIONS ON THE LEGAL STATUS OF BANKRUPTCY MEDIATOR

María Isabel Candelario Macías

---

### ABSTRACT

In this paper the figure of the mediator in bankruptcy analyzed as a key on the mediation is based insolvency through payment settlement built by the Law on Entrepreneurs and updated by Royal Decree Law 1/2015, which validates by the Law 25/2015, of July 28, second chance mechanism, reducing the financial burden and other measures of social order. The concept and the legal nature of bankruptcy mediator under review, and later go into «his» legal status, taking as reference the receivers regulated in the Bankruptcy Law 22/2003. Within the legal status reporting principles, qualities and training must attend the mediator are weighted and investigates about his appointment, publication and registration, disability, liability, compensation, compulsory insurance and assigned tasks. Finally, some thoughts that give us the potentiality of bankruptcy mediator and trunking workout techniques in solving the economic difficulties of the debtor are inferred.

**Palabras claves:** bankruptcy law, settlement of payments, bankruptcy mediation and bankruptcy mediator.

---

---

## Sumario

1. Introducción
2. Concepto y habilidades del mediador
3. Cuadro normativo
4. Naturaleza jurídica
5. Estatuto jurídico
  - 5.1. Principios informadores. Capacidad y cualidades. Formación
  - 5.2. Designación. Publicidad y registro
  - 5.3. Incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones
  - 5.4. Responsabilidad y retribución
  - 5.5. Seguro obligatorio o cobertura equivalente
  - 5.6. Funciones
    - 5.6.1. Convocatoria de acreedores y aprobación del plan
    - 5.6.2. Cumplimiento y supervisión del plan
    - 5.6.3. Instar el concurso consecutivo
    - 5.6.4. Otras funciones de colaboración e información
6. A modo de conclusión

### Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización<sup>1</sup> viene a delimitar el expediente «acuerdo extrajudicial de pagos»<sup>2</sup> ex artículos 231 a 242 de la Ley 22/2003, de lo concursal (en adelante, LCon). Parece claro que estamos ante una opción de política legislativa en pos de incentivar y promocionar los mecanismos extrajudiciales y pre-concursales para lidiar con la alta litigiosidad<sup>3</sup> y los altos costes de tiempo y económicos que arrastra el concurso *per se*, además de proporcionar otros cauces de resolución ante la ineficacia de la aplicación de las normas concursales.

Se fomenta así la preconcursalidad como remedio alternativo respecto al concurso/proceso propiamente dicho. La promulgación de la Ley de Emprendedores del año 2013 introduce la mediación

<sup>1</sup> BOE n.º 233, 28 de septiembre de 2013. Tiene su precedente en el Proyecto de Ley, núm. 52, de 3 de julio de 2013, (BOCG-10-A-52-1), relativo a la Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización.

<sup>2</sup> Cfr., más en RODRIGUEZ CONDE, C.: «El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, n.º 4, 2013, págs. 919 a 953. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32, mayo-agosto, 2014, pág. 5, al precisar que «es un procedimiento concursal en cuanto a su legislación, aun cuando no da lugar a un concurso en sentido estricto (...) calificación como paraconcursal, pues permite que ese acuerdo entre un deudor insolvente y sus acreedores se alcance al margen del procedimiento del concurso, (...) el acuerdo extrajudicial de pagos comparte la naturaleza preconcursal de otras instituciones legalmente previstas, puesto que el nuevo procedimiento extrajudicial puede desembocar en un concurso, que se califica como consecutivo (...)». Igualmente, MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *Práctica de Tribunales*, n.º 109, julio-agosto, 2014, La Ley, págs. 1 y 10, explica que «para la solución de conflictos civiles entre los ciudadanos estos ya pueden acudir ahora a cualquiera de los profesionales de los colegios profesionales que ya se están inscribiendo como "mediadores profesionales", al igual que ya ocurre con extraordinario éxito en todos los países anglosajones, a la hora de salvar empresas los deudores van a poder solicitar que se inicie con sus acreedores lo que se ha denominado como un "acuerdo extrajudicial de pagos"; es decir, que sin tener que acudir de salida a un lento y carísimo concurso de acreedores se ha aprobado una nueva fórmula para que, por un lado, las empresas no tengan que verse obligadas a ser liquidadas –ya que la mayoría de los concursos de acreedores acaban así–, por otro, los profesionales antes citados sean nombrados por notarios y/o registradores mercantiles, lo que incrementa las posibilidades de trabajo para estos cuatro colectivos antes citados». También FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su "desjudicialización"», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 31, mayo-agosto, 2014, en pág. 4: «El procedimiento del acuerdo extrajudicial tiene por propósito alcanzar, mediante un procedimiento muy simplificado en relación con el concursal, un acuerdo de masa de los de continuidad o una solución liquidativa del patrimonio por cesión del mismo a los acreedores en pago o para pago de las deudas y a través de un negociación en que interviene un mediador concursal designado por una autoridad pública competente para la apertura del procedimiento y su publicidad».

<sup>3</sup> Vid. la noticia de prensa económica: SOLER VILADELPRAT, E.: «Mediación concursal para salvar empresas», *Cinco Días*, 13 de mayo de 2014, en [http://cincodias.com/cincodias/2014/05/13/empresas/1399991516\\_292150.html](http://cincodias.com/cincodias/2014/05/13/empresas/1399991516_292150.html) (consultado por última vez el 21 de octubre de 2014), expresa: «El elevado riesgo de morosidad y la extrema dificultad de financiación empresarial todavía se erigen en problemas graves que ponen en cuestión la ansiada recuperación económica española. Coexiste con esta realidad otro factor que se encarna en la altísima prevalencia de la litigiosidad para la resolución de conflictos derivados de la actividad empresarial y económica y que va en detrimento de otras fórmulas que podrían generar ahorros en tiempo y dinero y soluciones más ventajosas para el bien común».

en el concurso trámite el acuerdo extrajudicial de pagos, convirtiendo la figura del mediador concursal en protagonista principal y relevante para el buen éxito y desarrollo de este nuevo mecanismo para solventar las situaciones de dificultades económicas del deudor. Cierto es que esta regulación se ha alterado por la Ley 25/2015 (BOE n.º 180 de 29 de julio de 2015), si bien en lo que hace al mediador concursal en poca medida. De esta suerte, resulta oportuno examinar, por las implicaciones prácticas derivadas, el estatuto configurador del mediador concursal, investigando en torno a «su» naturaleza jurídica, cualidades que han de concurrir, características, registro, publicidad, responsabilidad, retribución, seguro obligatorio y las funciones atribuidas, para darnos una serie de pautas que nos construyan los asideros de esta nueva figura tan relevante para comprender la mediación concursal.

## 2. CONCEPTO Y HABILIDADES DEL MEDIADOR

Para entender la figura del mediador hemos de acudir a su conceptualización o definición, en especial, la que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, a saber:

- Mediador,- ra. (Del lat. *mediator*, -oris). 1. adj. *Que media*.
- Mediador, -ra s. m. y f. *Persona u organismo encargado de intervenir en una discusión o en un enfrentamiento entre dos partes para encontrar una solución*<sup>4</sup>.

Otra definición vendría ilustrada en su categoría de adjetivo en la persona *que media*. *Persona encargada de hacer respetar los derechos de dos partes, o de defender sus intereses*<sup>5</sup>.

Sin acudir a ningún tipo de norma legal –por el momento–, cuando nos hablan de mediación, entendemos que la misma es una forma-mecanismo o modo de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, el mediador. Así las cosas, podríamos inferir de una primera aproximación a la figura del mediador que no son jueces ni árbitros, no imponen soluciones, ni opinan sobre quién tiene la verdad, lo que persiguen es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, conduciendo el desarrollo de la comunicación y guiándolo por medio de unos sencillos pasos<sup>6</sup> en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos se beneficien o, al menos, queden satisfechos. En la vida cotidiana nos encontramos con varios tipos de mediación<sup>7</sup>, si bien quizá la mediación familiar sea la más co-

<sup>4</sup> Cfr. el *Diccionario manual de la lengua española*, Vox, 2007, Larousse Editorial.

<sup>5</sup> Vid. el *Diccionario enciclopédico*, Vox 1, 2009 Larousse Editorial.

<sup>6</sup> Según FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos...», *op. cit.*, pág. 5, «la función del llamado "mediador concursal" no consiste en la autocomposición de una (supuesta) controversia sino que se inserta como una pieza más de un procedimiento cuya razón de ser es la prevención preconcursal».

<sup>7</sup> Vid. a PRATS ALBENTOSA, L.: «La mediación (pre)-concursal», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.264, 5 de marzo de 2014. VALCÁRCEL GARCÍA, M.: «Acuerdo de mediación en asuntos mercantiles», en VV. AA. (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas, 2014, págs. 399 a 412.

nocida, igual que la mediación en los centros educativos<sup>8</sup> con la intención de promover un protocolo de convivencia más pacífico. En este primer acercamiento, observamos que la mediación suele ser voluntaria, confidencial, y está sustentada en el diálogo y la comprensión<sup>9</sup>, inclusive, en el acto de empatizar con la otra persona que se tiene «enfrente».

### 3. CUADRO NORMATIVO

Corresponde de seguido ofrecer el panorama normativo que decreta tanto la mediación en sentido genérico, como la mediación concursal<sup>10</sup>, para con ello obtener los puntos de interés legal a los que agarrarse. La mediación en general viene reglamentada en las siguientes leyes, a saber:

- Directiva Europea 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>11</sup>.

En su considerando número 6.º alaba la mediación, toda vez que declara que es «una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes». Esta norma sí nos proporciona una definición de que sea el mediador, en su artículo 3, letra b): «Todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado Miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación».

- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>12</sup>. Esta norma es la traslación de la directiva *ut supra* referida al Derecho nacional<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Seguimos las explicaciones vertidas en la página web: <http://web.educastur.princast.es/proyectos/mediacion/mediacion.htm> (consultado por última vez el 1 de julio de 2014), por resultar clarificadoras y vistas la mediación desde su perspectiva general.

<sup>9</sup> Cfr., *in totum*, a LOMAGLIO, B. y SCANDALE, F.: *La mediazione civile e commerciale: Teoria e pratica*. Milano: F. Angeli, 2014, pág. 171.

<sup>10</sup> Cfr., por todos, DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Madrid: Civitas, 2014.

<sup>11</sup> DOUE L 136, de 25 de mayo de 2008.

<sup>12</sup> BOE n.º 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>13</sup> *In totum*, véase a MARTÍ MINGARRO, L.: «La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 29, enero, 2013, págs. 1 a 16. BARONA VILLAR, S.: *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», *Diario La Ley*, n.º 8.225, 2014.

En otro orden, descendiendo ya a la especial mediación concursal, esta se contiene en la enumeración de las siguientes reglas:

- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización<sup>14</sup> ex artículo 21.
- 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<sup>15</sup>.
- Remisión a normas concursales, en concreto, la Ley 22/2003, de 9 de julio, de lo concursal en lo que hace a la administración concursal, artículos 27 y siguientes, y el título X, relativo al acuerdo extrajudicial de pagos, artículos 231 a 242 de la precitada norma. En este apartado, hemos de tener en consideración la reforma llevada a cabo de la administración concursal por vía de la Ley 17/2014<sup>16</sup>.
- Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal<sup>17</sup>, capítulo IV, artículos 12 a 14, respectivamente. En este sentido, se habrá de tener en aprecio la inminente reforma habilitada por la Ley 17/2014.

<sup>14</sup> BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013.

<sup>15</sup> BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2013. Más al respecto, véase a GÓMEZ BILBAO, I.: «Los nuevos acuerdos extrajudiciales de pagos y la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial», en <http://www.firmafgm.com/perch/resources/publications/09052014-.pdf> (consultado por última vez el 13 de octubre de 2014), pág. 5. CASANUEVA TOMÁS, J.: «El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal», en <http://www.diariojuridico.com/el-desarrollo-reglamentario-de-la-figura-del-mediador-concursal/>, 22 de mayo de 2014 (consultado por última vez el 23 de noviembre de 2014).

<sup>16</sup> BOE n.º 238, 1 de octubre de 2014. La razón de ser de las modificaciones en torno a este órgano concursal aparecen recogidas en la exposición de motivos de la Ley 17/2014: «También se introducen varios cambios en el Título II de la Ley, que regula el régimen de la administración concursal. En primer lugar, se establecen las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal y que tiene como objetivo asegurar que las personas que desempeñen las funciones de administrador concursal cuenten con las aptitudes y conocimientos suficientes. En este ámbito, destaca como novedad la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos y la creación de una sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos que se exijan, especificando el ámbito territorial en el que estén dispuestas a ejercer sus labores de administración concursal. En segundo lugar, se reforma el sistema de designación de la administración concursal, cuyo funcionamiento será desarrollado mediante reglamento. Se establecen como pilares del nuevo sistema la sección cuarta del Registro Público Concursal, que sustituye a las actuales listas en los decanatos de los juzgados y la clasificación de los concursos en función de su tamaño. Esta clasificación pretende aproximar, a través del tamaño, la complejidad que cabe esperar del concurso para poder modular los requisitos exigidos a la administración concursal. Asimismo, se recopilan en nuevo artículo las funciones que los administradores ya tienen atribuidas actualmente en la ley y que deberán ejercerse atendiendo a las singularidades propias de cada tipo de procedimiento y en función de la concreta fase concursal a las que resulten de aplicación. En tercer lugar, se introducen modificaciones en los principios rectores de la remuneración de la administración concursal. Se incorpora el principio de eficiencia, que pretende asegurar que la remuneración de la administración concursal tenga en cuenta la calidad y los resultados de su trabajo. De este modo, se persigue que el arancel no solo sea un mecanismo de retribución, sino también un mecanismo de incentivos que fomente la calidad, la diligencia y la agilidad de la administración concursal».

<sup>17</sup> BOE n.º 289, de 13 de diciembre de 2013.

- Agregado a todo lo presente, se ha de tener en cuenta la legislación más reciente en el tiempo sobre la materia: Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social –ya aludido–, que convalida el anterior Real Decreto-Ley 1/2015.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA

La figura del mediador concursal es compleja<sup>18</sup>, toda vez que, de una parte, se aleja del retrato del mediador<sup>19</sup> propiamente dicho tanto en su naturaleza jurídica como en sus funciones<sup>20</sup>, puesto que va más allá<sup>21</sup>; pensemos que puede instar el concurso consecutivo (*cfr.* art. 242 LCon) como función más «gravosa» y coercitiva respecto a las partes intervinientes. Y, además, de otro lado, encaja mal en la consideración de un órgano del concurso<sup>22</sup>; como mucho podemos decir que es un órgano concursal no necesario al igual que la junta, *ex* artículos 116 y siguientes de la LCon, puesto que solo procederá su actuación dentro del proceso-concurso, una vez instado el concurso consecutivo, y aquí se convierte, salvo causa justificada, en administración concursal, dejando de

<sup>18</sup> Al respecto, *cfr.* ORTIZ HERNÁNDEZ, A.: «Concurso de acreedores de persona física, *freshstart* y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.172, 17 de octubre de 2013, Ref. D-353, la Ley, pág. 3, sugiere que «a mi entender esta denominación de mediador concursal es confusa puesto que las funciones que se recogen para el mediador concursal no se corresponden con los principios que debe requerir un mediador en los términos de la Ley de Mediación. Principalmente en el procedimiento de mediación el mediador no propone ningún acuerdo sino que promueve que las partes alcancen su propio acuerdo (...)».

<sup>19</sup> En opinión de MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, pág. 4: «La filosofía del mediador civil no se ajusta a la del mediador concursal, ya que podemos decir que en realidad este no actúa como mediador, y lo que es más curioso tampoco empieza a actuar en la fase concursal, y cuando lo haga, si llega a hacerlo, actuaría como administrador concursal, con lo que, además, viene a romper el principio o exigencia básico de la mediación de la confidencialidad, ya que podría actuar en la fase de concurso cuando "ha intervenido" en la fase de la negociación con los acreedores». Y, añade en pág. 13: «El desarrollo de la reunión con los acreedores es una prueba más de que la función del mediador concursal y su relación con los acreedores dista mucho de ser la que está configurada en la relación entre el mediador civil y mercantil y las partes del conflicto, ya que con respecto a los acreedores que no acudan a la reunión se les sanciona en la graduación de sus créditos».

<sup>20</sup> Opina SENÉS, C.: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *Revista de Derecho Civil*, n.º 1, enero-marzo, 2014, pág. 58: «La "mediación concursal" no es genuina mediación aplicada al procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial; es, simple y llanamente, intervención de un profesional especializado en materia concursal al que la ley atribuye unas funciones concretas –la más sobresaliente, elaborar un plan de pagos–, y cuyas actuaciones deben ser desarrolladas, en la forma, en los tiempos, y con los límites y condicionamientos que marca la ley».

<sup>21</sup> Según FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial...», *op. cit.*, pág. 5: «La función del llamado "mediador concursal" no consiste en la autocomposición de una (supuesta) controversia sino que se inserta como una pieza más de un procedimiento cuya razón de ser es la prevención preconcursal».

<sup>22</sup> *Cfr.* sobre este particular a SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, pág. 22: «Puede generar dudas la solución adoptada, dado que la labor del mediador y la del administrador concursal presentan notorias diferencias».



ser mediador concursal. En este contexto de actuación, hay autores que asimilan el mediador concursal a un gestor<sup>23</sup> e, inclusive, por su proximidad, al administrador concursal<sup>24</sup>.

Ante esta situación, podríamos afirmar que el mediador concursal plantea una naturaleza jurídica «híbrida»<sup>25</sup>, *sui generis* o de *tertium genus*<sup>26</sup>, respecto a este último; podemos aseverar que es así puesto que nos encontramos en el ordenamiento jurídico con instituciones varias, que se le acercan o asemejan, tales como el perito forense de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>27</sup> (*cfr.* arts. 335<sup>28</sup> a 352), el auditor de cuentas con su propia normativa<sup>29</sup>, el experto independiente designado por el registrador mercantil *ex* artículo 71 bis de la LCon, dentro del cuadro de los acuerdos de refinanciación hasta la propia administración concursal<sup>30</sup>, recogido por la legislación concursal. Luego, el

<sup>23</sup> Así se manifiesta TAPIA HERMIDA, A. J.: «El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 21, 2014, pág. 41, al apreciar el mediador concursal como «gestor concursal».

<sup>24</sup> Crítica sobre este aspecto ESPINAR, E.: «Cómo evitar el concurso de acreedores en tres meses: El mediador concursal», *Andalucía Económica*, septiembre 2013, en pág. 59 («(...) el papel asignado por la Ley al mediador se asemeja más al del administrador concursal que a la pretendida figura de un "amigable componedor" en la medida en que el mediador es, además de la persona encargada de promover el acuerdo entre las partes, el encargado de redactar y presentar el plan de pagos a los acreedores»).

<sup>25</sup> *Cfr.*, sobre este particular, DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El acuerdo extrajudicial de pagos*, *op. cit.*, pág. 73.

<sup>26</sup> Piensa SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario la Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.230, 16 de enero, 2014, que «se trata de un tercero neutral activo que realiza funciones de negociación y conciliación y cuya función es esencialmente de cooperación». Agrega en pág. 2: «Por otro lado los que consideran (opinión que comparto) que la figura del mediador en supuestos de insolvencia se corresponde con una verdadera naturaleza de "mediación" entendida como "la intervención de un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes en conflicto a solucionar su problema"».

<sup>27</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, BOE n.º 7 de 8 de enero de 2000.

<sup>28</sup> Manda el artículo 335. *Objeto y finalidad del dictamen de peritos. Juramento o promesa de actuar con objetividad*: «1. Cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal.

2. Al emitir el dictamen, todo perito deberá manifestar, bajo juramento o promesa de decir verdad, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber como perito.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto».

<sup>29</sup> *Cfr.* artículos 7 y ss., Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, (BOE n.º 157 de 2 de julio de 2011). Y, Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (BOE n.º 266 de 4 de noviembre).

<sup>30</sup> Comenta SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, en pág. 19: «(...) iniciado el concurso, por regla general, se designará al mediador como administrador concursal. De forma que la intervención del mediador excede la simple intermediación entre el deudor y sus acreedores para intentar que alcancen un acuerdo

mediador concursal podría encontrarse a medio camino entre las figuras anotadas, presentándose en cualquier caso una dificultad<sup>31</sup> en su configuración jurídica. Téngase presente, además, que el *Código de conducta europeo para mediadores*<sup>32</sup> conjuga difícilmente con las tareas asignadas al mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos, en particular, cuando este tiene que instar el concurso consecutivo *ex* artículo 242 de la LCon. No olvidemos que en la mediación prima la buena fe entre las partes y una serie de habilidades de acercamiento, mientras que el mediador que insta el concurso consecutivo, en este último supuesto, comporta la apertura de la fase de liquidación y, con ello, la delimitación de la sección de calificación del concurso. Sumado a ello, el mediador ha de regirse por la confidencialidad, tal y como tendremos ocasión de analizar *infra*, cuestión que la reglamentación del acuerdo extrajudicial «pasa por alto», en especial, por la publicidad asociada y vinculada a la figura del mediador concursal desde su designación hasta el cumplimiento de las diferentes funciones a él atribuidas (*cf.* art. 233 LCon).

Si seguimos mirando al ámbito de la Unión Europea, obsérvese lo disciplinado por la *Recomendación sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, ya anotada, que propugna el facilitar las negociaciones sobre los planes de reestructuración, nombramiento de un mediador o un supervisor. Proclama el punto 9: «El nombramiento de un mediador o un supervisor por el órgano jurisdiccional no debería ser obligatorio, sino realizarse en los casos en que tal nombramiento se considere necesario. A) en el caso del mediador, para ayudar al deudor y a los acreedores a dirigir con éxito las negociaciones sobre el plan de reestructuración». Tampoco el mediador concursal es un mero negociador como puede inferirse de la recomendación europea descrita, y pese a que en la propia exposición de motivos que acompaña a la Ley de Emprendedores se invoque en diferentes ocasiones esta figura al decir que «es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo», o bien, «el procedimiento fracasa cuando el negociador constata el incumplimiento». Como se puede colegir de lo referenciado, y amén de lo dicho, en cuanto a la delimitación del mediador concursal como una figura de *tertium genus*, la institución que más se acerca al mediador concursal por sus funciones y por la constante remisión legislativa a su estatuto jurídico (calidades subjetivas, remuneración, seguro, entre otros) es la de la administración concursal; antes bien, quede claro que se aproximan pero no son lo mismo. En definitiva, puede descolgarse de todo lo comentado precedentemente la gran complicación en fijar la naturaleza jurídica del mediador concursal porque se extiende por diferentes ámbitos de actuación y normativos, de ahí que se tenga que acudir a técnicas como la de *tertium genus* al no poder delinear con nitidez su naturaleza jurídica.

---

extrajudicial de pagos y convierte a aquel en un acompañante y cualificado testigo de la evolución entre el deudor y sus acreedores».

<sup>31</sup> Apunta COMFORTI, F.: «Mediación concursal ¿entre la «negociación» y la «mediación»?», <http://mediadoresinterculturales.blogspot.com.es/2014/03/mediacion-concursal-entre-la.html> (consultado por última vez el 9 de octubre de 2014), las posibles diferencias entre el acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación y, destaca, especialmente, que «habría sido un gran acierto que el legislador hubiera hablado de "administrador pre-concursal, extraconcursal o extrajudicial" en vez de "mediador concursal" pero, una vez más, la oportunidad se ha perdido».

<sup>32</sup> Véase en [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf)

## 5. ESTATUTO JURÍDICO

Para asimilar el estatuto jurídico diseñado en torno al mediador concursal hemos de estar, *prima facie*, a las consideraciones generales alrededor de la figura del mediador, en particular, a los principios informadores sobre los que se sustenta, los requisitos necesarios para configurar su capacidad y la formación precisa para desarrollar «sus» tareas, la responsabilidad, la remuneración, entre otras cuestiones. Observemos seguidamente los diferentes ingredientes que construirán el estatuto del mediador concursal<sup>33</sup>.

### 5.1. PRINCIPIOS INFORMADORES. CAPACIDAD Y CUALIDADES. FORMACIÓN

Hemos de tener como punto de partida para la comprensión de este epígrafe lo que se establece en los principios informadores de la mediación en general, recogidos en el título II, de la Ley 5/2012 y, en particular, en «su» artículo 6 relativo a la *voluntariedad y la libre disposición*. Reza este precepto:

«1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo».

Por su lado, si atendemos al artículo 7 de la aludida ley<sup>34</sup>, viene a estipular la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores<sup>35</sup> con el siguiente tenor:

«En el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el

<sup>33</sup> Véanse los comentarios e interrogantes de NIETO DELGADO, C.: «El incierto estatuto jurídico del mediador concursal». En el *Economista.es*, publicado el 14 de noviembre de 2013, en <http://www.economista.es/opinion-legal/noticias/5312335/11/13/El-incierto-estatuto-juridico-del-mediador-concursal.html#.Kku8RujkX6S0dDv> (consultado por última vez el 16 de septiembre de 2014).

<sup>34</sup> Véase a PÉREZ DE LA BLANCA CAPILLA, J.: «Comentario personal sobre la confidencialidad del mediador concursal», en <http://blog.bufetepb.com/?p=37> (consultado por última vez el 23 de noviembre de 2014).

<sup>35</sup> Para SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, pág. 21, asevera que «(...) la condición principal del mediador concursal es la de su independencia. A estos efectos, el mediador concursal debe analizar la compatibilidad de su intervención en relación con el deudor que solicitó el acuerdo y con sus acreedores».

respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas»<sup>36</sup>.

También, hemos de acudir al artículo 8, relativo a la *neutralidad*<sup>37</sup>:

«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 artículo 14».

El artículo 9 es el dedicado a observar la *confidencialidad*<sup>38</sup>:

«1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico».

<sup>36</sup> Más interpretación de este precepto en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.: «Mediador: Siete trazos para un perfil», en VV. AA. (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ), *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas, 2014, págs. 377 y ss., en págs. 378 y ss., explica cómo habría que llevar a efecto la integridad del mediador concursal.

<sup>37</sup> *Vid.*, al respecto, SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *op. cit.*, pág. 3.

<sup>38</sup> *Cfr.*, SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión ...», *op. cit.*, págs. 5 y ss. También FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, abril-junio, 2014, págs. 379 a 429, apunta que «(...) puede entenderse la confidencialidad como una manifestación del deber genérico de lealtad, puesto que también dentro de este deber, se incluye en la legislación societaria el deber de guardar secreto por parte de los administradores (...). Esta confidencialidad tiene, no obstante, dos posibles perspectivas: la primera, el hecho de que la actuación del mediador sea confidencial. La segunda, el deber de confidencialidad que pesa sobre el mediador, en el sentido de que "no podrá revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento"».

Si meditamos detenidamente en torno a las cualidades descritas hasta el momento asociadas al mediador en general: voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y, en especial, confidencialidad<sup>39</sup> bajo pena de incurrir en responsabilidad (*ex art. 11 de la Ley 5/2012*), podemos afirmar que casan mal<sup>40</sup> con las destrezas y funciones que ha de desarrollar el mediador concursal<sup>41</sup>, tal y como es diseñado por la Ley de Emprendedores. Dicho planteamiento también explicaría la dificultad en encorsetar esta nueva figura en cualquiera de las existentes y se opte por caminos intermedios cuando nos referimos, en particular, a la naturaleza jurídica habida. Fijémonos, a la par, que los principios informadores aluden al mediador sin ningún tipo de calificación, pero al mediador concursal<sup>42</sup>, que ejecuta labores de carácter técnico preciso —se presume— en cuanto que ha de fijar las diferentes masas, además de

<sup>39</sup> Sobre este particular, hemos de observar la conclusión número 8 de las Conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre *Criterios de Aplicación de la Reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores, sobre cuestiones concursales*, en: <http://www.economistas.org/Contenido/REFor/AcuerdoUnifcazCriteriosLeyEmprendores.JuecesMadoc2013.pdf>, (consultado por última vez el 30 de septiembre de 2014) que viene a señalar que «(...) debe tenerse presente que: (i). El mediador concursal es una figura de primera importancia durante la tramitación del expediente para el acuerdo extrajudicial, incluso con la atribución a él de la tarea de elaborar el plan de pagos (*vid. art. 236.1 LC*). Ello implica el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo tocante a la actividad económica del deudor que quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del artículo 9.1 Ley de Mediación, lo que generaría la imposibilidad del uso de aquellos datos e informaciones para posteriores acciones de reintegración y calificación concursal. (ii). La única excepción admitida en el artículo 9.2 a) Ley de Mediación es la exoneración por escrito de dicho deber de confidencialidad a favor del mediador. (iii). Pese a ello, se ha de entender que la mediación concursal reúne, por principio de su régimen legal, una serie de especialidades respecto a las características generales de la mediación común, de modo que se singulariza su función y la instrumenta respecto al eventual concurso consecutivo, para actuar como administrador concursal. De ello es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero solo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, no en otros aspectos [en línea con el art. 7.2 b) de la Directiva 2008/52/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de mediación en asuntos civiles y mercantiles]. Ello sin perjuicio de que pueda constituir una buena práctica del mediador obtener dicha exoneración expresa por escrito, a los efectos del eventual concurso posterior, al principio de su labor de mediación».

<sup>40</sup> Entiende QUIROGA SARDI, G.: «Reflexiones sobre el concurso sucesivo y el acuerdo extrajudicial de pagos, 18 de octubre de 2013, en [http://www.lawyerpress.com/news/2013\\_10/1810\\_13\\_004.html](http://www.lawyerpress.com/news/2013_10/1810_13_004.html) (consultado por última vez el 12 de octubre de 2014): «Lo que no veo tan claro es que el mediador, que por la propia regulación legal de su figura ha de guardar una estricta confidencialidad sobre los temas en los que intervenga (no pudiendo incluso ser testigo en procedimientos judiciales posteriores salvo que así se declare por sentencia penal), sea el encargado de: Decidir si es necesario declarar el concurso sucesivo; Sea nombrado Administrador de ese nuevo concurso».

<sup>41</sup> Obsérvese la Recomendación 115 de la *Guía Legislativa de UNCITRAL sobre el Régimen de Insolvencia*, pág. 222, al declarar que «el régimen de la insolvencia debería especificar las cualificaciones y cualidades requeridas para ser nombrado representante de la insolvencia, entre ellas, integridad, independencia e imparcialidad, así como conocimientos adecuados del derecho mercantil pertinente y experiencia en asuntos comerciales y empresariales. El régimen también debería especificar los motivos por los que un candidato propuesto para tal cargo podría quedar descalificado» (en: [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf)).

<sup>42</sup> Piensa, sobre este aspecto, SENÉS, C.: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *op. cit.*, pág. 58: «Qué desmesurada nos parece la extrapolación al acuerdo extrajudicial de la confidencialidad propia del mediador cuando lo único que la Ley Concursal toma de la Ley de Mediación es la formación en técnicas de negociación que se exige al "mediador concursal". Algunas referencias legales son significativas al respecto: la Ley de Mediación no es supletoria del procedimiento extrajudicial de pagos; y no lo es, ni en bloque, ni tan siquiera el estatuto orgánico del mediador. En cambio, si integra el estatuto del "mediador concursal" lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes (arts. 233.1; 71 bis.4 LC)».

proponer acuerdos y un plan de viabilidad, instar el concurso consecutivo *ex* artículo 242 de la LCon, entre otros extremos, los precitados principios se convierten en deberes, en especial, cuando se acerca esta figura a la del administrador concursal<sup>43</sup>, que ha de observar deberes de diligencia y lealtad. En esta cuestión, hemos de acudir a lo que se contiene en el artículo 35 de la LCon, cuando decreta: «1. La administración concursal y los auxiliares delegados desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal». Es decir, se emplea la fórmula genérica que también es requerida a los administradores de las sociedades de capital. En definitiva, *in pari materia*, el mediador concursal va a ajustarse a los deberes tradicionales del Derecho societario, también recogidos en materia concursal, y que sirven como parámetros para poder calibrar y depurar –llegado el caso– las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir en el desarrollo de sus funciones.

Descendamos ahora a comentar la capacidad y cualidades<sup>44</sup> a desarrollar por parte del mediador atendiendo a lo disciplinado por el artículo 233, apartado 1.<sup>o</sup><sup>45</sup>, de la LCon, y sabiendo que se ha de actuar con carácter general según lo disciplinado (1.<sup>o</sup>) por el artículo 11 de la Ley 5/2012, destinado a fijar las *condiciones para ejercer de mediador*, al proclamar que:

«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.

<sup>43</sup> Cfr. GALLEGOS SÁNCHEZ, E.: «La mediación concursal. Alternativa para la solución de las crisis de no empresarios y pymes», Centro de Negociación y Mediación. Foro Negocia, Instituto de Empresa y *Dictum Abogados*, marzo 2012, 30 págs., en [http://dictumabogados.com/wpcontent/themes/DynamiXdictum/images/mediacion\\_concursal/slipviewer-xpress.html](http://dictumabogados.com/wpcontent/themes/DynamiXdictum/images/mediacion_concursal/slipviewer-xpress.html)

<sup>44</sup> A efectos prácticos, véanse los requisitos para llevar a cabo la mediación por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, cfr. el proceso en [http://mediacion.icam.es/web3/cache/P\\_MED\\_abo\\_req.html](http://mediacion.icam.es/web3/cache/P_MED_abo_req.html)

<sup>45</sup> Ordena el artículo 233. *Nombramiento de mediador concursal*:

«1. El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del "Boletín Oficial del Estado", la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

El mediador concursal deberá reunir, además de esta condición de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27.

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».

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».

Del mandato transcrito se descuelgan varias interpretaciones: en primer lugar, el mediador puede ser cualquier persona física o jurídica que se ajuste a los parámetros de la profesión que va a desenvolver; en segundo lugar, ha de ser una persona con formación superior complementada con cursos de especialización sobre la materia. Y, finalmente, la labor de mediador ha de estar cubierta por un seguro obligatorio de responsabilidad civil.

De otro lado, para seguir completando las cualidades y formación requerida para ser mediador concursal, hemos de remitirnos (2.º) al artículo 27 de la LCon, apartado 1.º, tal y como se desprende del artículo 233 de la LCon, que lo asimila a la administración concursal<sup>46</sup> en pos de saber qué cualidades<sup>47</sup> ha de poseer. Teniendo muy en cuenta aquí que la remisión se hace a la disciplina de la administración concursal, con anterioridad a la reforma sufrida del mandato contenido en el artículo 27 de la LCon por la Ley 17/2014, y que además se está pendiente de un desarrollo reglamentario que se ha de llevar a efecto antes de finales de marzo de 2015, pero hasta la fecha de hoy día sigue sin llevarse a efecto. Sea como fueren en la redacción *ex ante*:

- Se configura la administración concursal en los artículos 26 y siguientes de la LCon.
- Se reglamenta un Estatuto Legal de la Administración Concursal, que bien pudiera servir con carácter supletorio ante las lagunas que se plantean respecto al mediador concursal.
- Se dispone una serie de condiciones subjetivas que han de concurrir para formar la administración concursal (*ex art. 27 LCon*) basado en la experiencia de cinco años en materia concursal, teniendo que ser abogado, auditor de cuentas-economista.

Nótese que con la Ley 22/2003 –en su versión original y primaria– desaparecía la figura del síndico/interventor/comisario para asumir una nueva denominación más genérica y acorde con las funciones que tenían atribuidos estos. De esta suerte, a la administración concursal se le proporciona por la ley una especial relevancia al igual que sucede en el Derecho concursal comparado alemán e inglés, véanse los artículos 28 y siguientes (incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones) hasta el artículo 39 de la Ley 22/2003. En los preceptos aludidos, diseñados con gran rigor técnico, se estipula la aceptación, la posibilidad de exigir auxiliares delegados y recusación. En este caso, será el juez, previo informe de la administración concursal, el que fije la

<sup>46</sup> Véase, *in extenso*, a RODRÍGUEZ CONDE, C. (coord.) y ESMERATS RAURELL, I.: *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, Barcelona: Bosch, 2014, págs. 7 y ss.

<sup>47</sup> Véase, por todos, GALLEGO SÁNCHEZ, E.: «La Administración Concursal», en *Estudios sobre la Ley concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2 (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), 2005, págs. 1.321-1.358. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J.: «El "Modelo" de administración concursal acogido en la Ley Concursal», *Diario La Ley*, n.º 7.634, 2011; DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª del P.: «¿Cómo debe designarse la administración concursal?», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 38, 2012, págs. 341 a 350. CASANELLAS BASSOLS, R.: «La Administración concursal persona jurídica», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 31, 2014, págs. 177 a 193.



retribución de estos por medio de auto (*cf.* art. 34). Por su lado, el artículo 36 de la LCon establece de manera clara la responsabilidad del administrador, disponiendo una responsabilidad solidaria con los auxiliares delegados, si procede. En líneas generales, cabe afirmar se configura un estatuto específico para la administración del concurso (arts. 34 a 39).

Hay que advertir que el artículo 27 de la LCon relativo a las condiciones subjetivas para el nombramiento de la administración concursal sufre una modificación por la Ley 38/2011, que viene a diseñar lo que sigue en su punto 1.º, que es al que se remite el artículo 233 de la LCon:

«1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones:

1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal».

Recuérdese que tras la alteración sufrida por el artículo 27 de la LCon trámite la Ley 38/2011, en estos momentos, pueden constituirse en administración concursal tanto las personas físicas que cumplan con los condicionantes de especialización demandados por la ley y, de otro, las personas jurídicas<sup>48</sup> que integren los sujetos con dicha especialización en Derecho y en Economía. En este ámbito de actuación, se ha de manifestar que las personas jurídicas pueden adoptar cualquier vestidura permitida por ley, aunque con bastante frecuencia serán las sociedades profesionales<sup>49</sup> las encargadas de llevar a cabo estas tareas, zanjándose la polémica habida en torno a esta institución por parte de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 que, además, viene a validar la emitida por la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de abril de 2009. Por aproximación, tal y como venimos argumentando, podemos entender que el mediador concursal también podrá ser constituido por una persona jurídica, *v. gr.*, sociedad profesional. A todo lo precedente –subraya-

<sup>48</sup> *Cfr.* CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO: «El administrador concursal persona jurídica: Su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 17, 2012, págs. 146 y ss.

<sup>49</sup> Véase la Ley 2/2007, de 15 de marzo de 2007 (BOE n.º 65 de 16 de marzo), ordena en su artículo 1: «Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley». Y, es más, agrega con el propósito de delimitar su ámbito, que «es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional».



mos— hay que traer a colación el hecho que el artículo 27<sup>50</sup> de la LCon ha sido alterado también por la Ley 17/2014, desapareciendo de manera expresa las cualidades subjetivas que le eran requeridas a la administración concursal. Ahora, se remitirán dichas cualidades a una norma reglamentaria, que ha de ser dictada con anterioridad a finales de marzo de 2015, tal y como adelantábamos. Insistimos, en este caso, los requisitos y cualidades subjetivas concurrentes por el momento se hacen depender de si estamos ante un concurso de tamaño medio o de gran dimensión. Se pone especial acento con la nueva modificación de las cualidades subjetivas en el hecho de que la administración concursal *podrá inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal*. El juez será el encargado de designar al administrador y tendrá libre discreción para variar el *turno correlativo*, que

<sup>50</sup> Se modifica el artículo 27, y se suprime el artículo 27 bis. El artículo 27 queda redactado en los siguientes términos:

«1. La administración concursal estará integrada por un único miembro.

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.

4. A los efectos de la designación de la administración concursal se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Reglamentariamente se fijarán también las características que permitan definir el tamaño del concurso.

5. La designación del administrador concursal recaerá en la persona física o jurídica del listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que corresponda por turno correlativo y que, reuniendo las condiciones exigidas en los apartados anteriores, haya manifestado al tiempo de solicitar su inscripción en dicho registro o, con posterioridad, su voluntad de actuar en el ámbito de competencia territorial del juzgado que lo designe. La primera designación de la lista se realizará mediante sorteo.

No obstante, en los concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo a alguno de los siguientes criterios: la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

6. En caso de concurso de una entidad de crédito, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria. Igualmente nombrará administradores de entre los propuestos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando se trate de concursos de entidades sujetas respectivamente a su supervisión o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras.

7. Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público podrá nombrar como segundo administrador concursal a una Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella. En este supuesto, la representación de la administración deberá recaer sobre algún empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado, que desempeñe sus funciones en el ámbito jurídico o económico, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa. En estos casos, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal. La Administración Pública acreedora o la entidad vinculada a ella podrá renunciar al nombramiento.

8. En supuestos de concursos conexos, el juez competente para la tramitación de estos podrá nombrar, en la medida en que ello resulte posible, una administración concursal única, designando auxiliares delegados. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes».

demanda la ley, siempre y cuando estemos ante concursos de gran tamaño y motive su decisión. La designación de la administración concursal, se incide, estará en función del tamaño del concurso.

Volviendo a retomar las cualidades y formación del mediador concursal, hemos de precisar que en caso de laguna interpretativa en torno al mediador concursal, la LE opta por atender (3.º) al nombramiento de expertos independientes, en lugar de acudir a la reglamentación de la administración concursal y su estatuto, que hubiera sido lo más razonable, tal y como hemos adelantado *ut supra*. El artículo 233, número 1, *in fine*, prescribe 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. Debemos entender que por experto independiente puede estarse refiriendo, de un lado, al experto de los artículos 71 bis y disposición adicional cuarta de la LCon en sede del acuerdo de refinanciación o, de otro lado, se hace alusión al experto independiente contenido en el Reglamento del Registro Mercantil (art. 338<sup>51</sup> Real Decreto 1784/1996<sup>52</sup>). Esta cuestión no aparece clarificada por la norma y puede dar origen a interpretaciones diversas<sup>53</sup>. En este punto, y enmarcado dentro del acuerdo de refinanciación, hemos de observar la modificación última sobre la materia a través del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo y la Ley 17/2014, respectivamente. En particular, en lo relativo al artículo 71 bis, punto 4.º y disposición adicional cuarta de la LCon, punto 2.º, que se remite al anterior.

Proclama el artículo 71 bis, punto 4.º:

«Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del

<sup>51</sup> Prescribe el artículo 338. *Solicitud del nombramiento de expertos independientes*:

«1. La solicitud de nombramiento de uno o varios expertos independientes para la elaboración de un informe sobre las aportaciones no dinerarias a sociedades anónimas o comanditarias por acciones se hará mediante instancia por triplicado, dirigida al Registrador Mercantil del domicilio social, expresando las circunstancias siguientes:

- 1.ª Denominación y datos de identificación registral de la sociedad o, en su caso, el nombre y apellidos de las personas que promuevan la constitución de la sociedad, así como su domicilio.
- 2.ª Descripción de los bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, así como del número y valor nominal y, en su caso, prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida.
- 3.ª Declaración de no haberse obtenido en los últimos tres meses otra valoración de los mismos bienes, realizada por experto independiente nombrado por el Registrador Mercantil.
- 4.ª Fecha de la solicitud.

2. La instancia deberá ir suscrita, al menos, por una de las personas que promuevan la constitución de la sociedad o, si ya estuviera constituida, por la propia sociedad».

<sup>52</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE n.º184, 31 de julio de 1996.

<sup>53</sup> Crítica esta situación FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, abril-junio, 2014, págs. 379 a 429, al comentar que «se trata de una remisión que en los términos en los que viene recogida es ciertamente criticable. De entrada, porque podría pensar que el legislador lo tenía mucho más fácil. Bien podía remitirse a las normas sobre mediación civil, donde se contempla el estatuto del mediador en su título III; o bien hacer una remisión al régimen de los administradores concursales, habida cuenta que también la Ley Concursal, en el capítulo II del libro II regula el "Estatuto Jurídico de los administradores concursales". Solución, a mi juicio, mucho más acertada que la remisión prevista en la norma».

plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

El nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas».

En otros términos explicativos y de interpretación, si la remisión se realiza al experto independiente ubicado en sede del acuerdo de refinanciación, también apreciamos que en caso de laguna se habrá de acudir al estatuto de la administración concursal *ex* artículo 28 de la LCon; luego, no hubiera sido más correcto directamente remitirse a estos mandatos.

En cualquier caso, para identificar las diferentes cualidades que concurren en la figura del mediador concursal debemos dirigirnos a las diferentes normativas que jerárquicamente establece el propio artículo 233 de la LCon. En lo tocante a la formación que ha de aportar y recibir el mediador concursal también se descuelga de diferente reglamentación habida, en concreto, en el 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, ya anotado, que es el encargado de establecer la formación del mediador (capítulo II), y que resulta de una concepción amplia: la formación debe tener una duración mínima de 100 horas, parte teórica y práctica (que supondrá el 35% del total). Se demanda también una serie de cautelas para continuar con la actualización de los conocimientos y la formación. La formación específica<sup>54</sup> recibida con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto 980/2013 será válida y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar los requisitos de formación exigibles, según establece la disposición adicional primera. En cuanto a la acreditación de la formación, la disposición transitoria primera del Real Decreto 980/2013 establece que «hasta el 1 de junio de 2014 se podrá acreditar la formación del mediador mediante certificación de su inscripción en el registro de mediadores de una Comunidad Autónoma».

Al hilo de lo hasta aquí comentado, la formación del mediador concursal tendrá que ir en consonancia con las atribuciones a este otorgadas, al punto que deberá conocer no solo la disciplina de la mediación en general<sup>55</sup>, sino también de la concursal y, en particular, de lo disciplinado en torno al acuerdo extrajudicial de pagos.

<sup>54</sup> SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: «La naturaleza jurídica del mediador concursal», *op. cit.*, pág. 7.

<sup>55</sup> *Vid.* ORTIZ, A.: «Quiero ser mediador concursal», en [http://www.lawyerpress.com/news/2014\\_02/1702\\_14\\_008.html](http://www.lawyerpress.com/news/2014_02/1702_14_008.html), 17 de febrero de 2014 (consultado por última vez el 21 de noviembre de 2014).

## 5.2. DESIGNACIÓN. PUBLICIDAD Y REGISTRO

El nombramiento del mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación<sup>56</sup> del Ministerio de Justicia, *ex* artículo 233 de la LCon. Recuérdesse de nuevo aquí que el mandato se remite a la reglamentación existente en torno a los expertos independientes, cuestión controvertida, tal y como hemos puesto de relieve, toda vez que hubiera sido más acorde que en materia de nombramiento del mediador concursal<sup>57</sup> se siguiera los parámetros disciplinados para la administración concursal *ex* artículo 29 de la LCon, relativo al nombramiento y aceptación del cargo, ya que si se asimila en otros aspectos tales como la retribución o las cualidades subjetivas a reunir, entre otras, no se entiende el porqué en esta cuestión no se procede de igual modo. En este contexto, hemos de puntualizar que en el ámbito de la administración concursal, la Ley 17/2014 remite a una norma reglamentaria posterior de ordenación de la materia y, además, modifica el apartado 1.º, artículo 30 de la LCon, que queda redactado en los siguientes términos: «1. Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, esta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo». Signifíquese, en relación al mediador concursal, que el nombramiento se hace de forma secuencial, al punto que si el mediador concursal designado no acepta el cargo pasa al final de la secuencia, o lo que es lo mismo, se pone a la cola y no puede ser nombrado hasta que le llegue otra vez el turno. La secuencia en la designación también viene impuesta por el artículo 19, apartado 2.º del RDL 980/2013, en donde se disciplina que «el ingreso de los mediadores concursales en el Portal tendrá lugar por orden estrictamente cronológico de recepción, situándose en ese momento al final de la secuencia».

Podemos entender que la aceptación del mediador concursal es voluntaria. Legalmente, traemos a colación el Real Decreto 980/2013, que estipula en el artículo 19, punto 3.º, *in fine*: «Si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia. El mediador designado que no aceptase el cargo se situará al final de la secuencia, sin que pueda volver a ser designado hasta que finalice esta». En otros términos, la no aceptación implicaría una especie de sanción, toda vez que se colocará de forma

<sup>56</sup> Al respecto, enseña PRATS ALBENTOSA, L.: «La Mediación en el pre-concurso», *Revista de Mediación*, n.º 1, vol. 7, 2014, pág. 73: «(...) con carácter general, ha de afirmarse que la prestación de los servicios profesionales propios del mediador puede realizarse sin estar inscrito en tal Registro. Pero también ha de subrayarse que, en todo caso, los mediadores quedan obligados frente a sus clientes al cumplimiento de los deberes que la Ley de Mediación les impone, pues estos se integran en el contrato (art. 1.258 CC). No obstante lo anterior, el mediador que voluntariamente desee incorporarse al Registro deberá aportar al Responsable del mismo (el Director General de los Registros y del Notariado, art. 10.2 RLM) los documentos a que se refiere el artículo 14 RLM, así como también deberá acreditar ante él que está en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional de grado superior, y que cuenta con la formación específica para ejercer la mediación (arts. 3, 5 y 6 RLM) y, por último, que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de su responsabilidad civil».

<sup>57</sup> Véase el ejemplo de acta notarial de designación de mediador concursal propuesta por RIPOLL JAÉN, A.: «Acta Notarial. Designación Mediador (1)», en <http://www.notariosyregistradores.com/PERSONAL/NOTARIAS/documentos/2013-acta-de-mediaci%C3%B3n-y-modelos.htm> (consultado por última vez el 21 de octubre de 2014).

secuencial al final de la lista de mediadores y no podrá ser designado durante el periodo de tiempo que dure el expediente concreto que ha rechazado mediar. Otro tema vinculado a lo enunciado es el hecho que con el transcurso del tiempo, el mediador concursal renuncie a seguir realizando su labor con las graves consecuencias de coste de tiempo y económicas, perjudiciales para el deudor y las masas respectivas. Ante este estado de cosas, si sería de aplicación la institución de la responsabilidad que le es requerida al mediador concursal por incumplimiento de sus tareas. Téngase en consideración, además, que el mediador concursal una vez aceptado el nombramiento proporcionará tanto al notario o registrador, según proceda, su dirección electrónica (*ex art. 233*, apartado 2.º de la LCon) y, en este punto, hemos de estar a lo disciplinado para el administrador concursal *ex artículo 29.6* de la LCon, ya anotado, y a la experiencia práctica ya existente en torno a esta circunstancia.

Asimismo, la designación del mediador concursal implica mayor publicidad, puesto que «el registrador o notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo (...) dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes (...) así como al Registro Civil y a los demás registros públicos (...) y ordenará su publicación en el "Registro Público Concursal" (art. 198)», *ex artículo 233*, punto 3.º, LCon. En la remisión al artículo 198 de la LCon, regulador del Registro Público Concursal, hemos de observar la última modificación sufrida por este precepto a través de la Ley 17/2014.

Por su parte, el artículo 233, punto 4.º disciplina que se «dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que estas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor con su nombre y Número de Identificación Fiscal y la del mediador con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica, así como la fecha de aceptación del cargo por este. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento (...).» Llamar la atención del artículo 233, n.º 5, al decir que en el supuesto de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros.

En conexión con la designación y aceptación del mediador concursal nos encontramos la inscripción y la publicidad asociada a este y a otros hechos relativos a la mediación concursal. En efecto, cabe señalar que la publicidad viene reglamentada por el Real Decreto 980/2013, en su capítulo III, creándose un Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación<sup>58</sup>, dependiente del Ministerio de Justicia<sup>59</sup>, cuya finalidad será facilitar la publicidad y la transparencia de la mediación, dando a conocer a los ciudadanos los datos relevantes que se refieren a la actividad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. Para conseguir este propósito el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación se conforma y sustenta como una base de datos informatizada a la que se accede gratuitamente a través del sitio web del Ministerio de Justicia.

<sup>58</sup> Véase el portal habilitado para tal fin por el Ministerio de Justicia en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite\\_C/1288782402968/Detalle.html](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1200666550200/Tramite_C/1288782402968/Detalle.html)

<sup>59</sup> *Cfr.*, además, el Manual de Inscripción en el Registro, editado por el Ministerio de Justicia, al respecto [http://www.icab.es/files/242-446420-DOCUMENTO/Manual\\_de\\_uso\\_de\\_la\\_Inscripcion\\_en\\_el\\_Registro.pdf](http://www.icab.es/files/242-446420-DOCUMENTO/Manual_de_uso_de_la_Inscripcion_en_el_Registro.pdf)

El Registro se estructura en tres secciones: la primera destinada a la inscripción de los mediadores, la segunda en la que se inscribirán los mediadores concursales, que regula el título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (que añadió la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), y la tercera para las instituciones de mediación. Bajo este contexto, *prima facie*, se ha de tener muy presente además el Registro Público Concursal disciplinado en el Real Decreto 892/2013<sup>60</sup>, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal, en particular, en su artículo 14, encargado de ofrecer la *publicidad del acuerdo extrajudicial de pagos y sus incidencias*.

Subráyese que con la excepción de los mediadores concursales, la inscripción en el registro no tendrá carácter obligatorio sino voluntario para mediadores e instituciones de mediación, sin embargo, la inscripción en el mismo permitirá acreditar la condición de mediador, que plasmada en el acta inicial de una mediación será objeto de comprobación tanto por el notario que eleve a escritura pública el acuerdo de mediación, como por el juez que proceda a la homologación judicial de tales acuerdos llegado el caso.

Agregado a lo comentado, adviértase que la inscripción del mediador concursal es obligatoria en el Registro de Mediación<sup>61</sup>, tal y como dispone el artículo 11 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, al prescribir el párrafo 2.º, del apartado 1.º: «Será requisito previo la inscripción en el registro para el nombramiento como mediador concursal conforme a lo establecido por el apartado 1 del artículo 233 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal». Lo relatado habrá de ponerse en conexión con lo establecido en los artículos 18 y 19, respectivamente, del Real Decreto 980/2013 relativo a los mediadores concursales<sup>62</sup>.

Al hilo de lo reseñado, se desprende la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de Mediadores del mediador concursal, tal y como estipula el apartado 1.º, del artículo 233 de la LCon que, además, viene a establecer la necesidad de que sea el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia el que suministre al portal del «Boletín Oficial del Estado» los datos necesarios para facilitar a notarios y registradores mercantiles el nombramiento de los mediadores concursales. Es por ello que la existencia y regulación de ese registro era necesario como paso previo al nombramiento de los mediadores concursales.

El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia se coordinará con los demás registros de mediadores que puedan existir en las comunidades autónomas, a fin de asegurar la unidad de datos, la economía de actuaciones y la eficacia administrativa.

<sup>60</sup> BOE n.º 289, de 3 de diciembre.

<sup>61</sup> Véase la circular emitida por el Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, en: [http://www.micap.es/include\\_asp/fi-cherero.asp?id=1905](http://www.micap.es/include_asp/fi-cherero.asp?id=1905)

<sup>62</sup> Según MAGRO SERVET, V. Z.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, págs. 10, sugiere que «los notarios y registradores mercantiles deberían tener en cuenta en la designación de los mediadores concursales los criterios de proximidad geográfica en relación al domicilio del deudor y del despacho profesionales del mediador incluido en las listas del registro de mediadores para abaratar costes».



La inscripción del mediador en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, prevista en el Real Decreto 980/2013, se realizará a través de un sistema de administración electrónica para flexibilizar el acceso y el tratamiento de los datos, sobre todo si tenemos en cuenta que este registro aportará y reportará todos los datos al portal del BOE, y de donde los notarios y registradores obtendrán la información para poder nombrar al mediador oportuno. Nada nuevo, si tenemos en cuenta la aplicación de la Ley 18/2011<sup>63</sup>, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que habilita aquella posibilidad.

La inscripción del mediador en general sin ningún tipo de calificación se contiene en los artículos 14 a 17 del Real Decreto 980/2013. El artículo 14 es el encargado de proporcionar la información que ha de aportar el mediador al registro, el artículo 15 es el destinado al alta y comprobación de datos, mientras que el artículo 16 se dedica a la actualización de datos y el artículo 17 a la baja del registro. En cambio, los artículos 18<sup>64</sup> y 19<sup>65</sup> del Real Decreto 980/2013 son los dedicados a la inscripción del mediador concursal y la remisión de datos a la Agencia del BOE.

<sup>63</sup> BOE n.º 160, de 6 de julio de 2011.

<sup>64</sup> Artículo 18. *Inscripción de los mediadores concursales:*

«1. Las personas naturales o jurídicas que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del artículo 233 de la Ley Concursal, podrán solicitar su inscripción como mediadores concursales en la sección segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, a efectos de poder ser designados en los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

2. La inscripción de los mediadores concursales se efectuará, cuando se trate de personas naturales, de conformidad con las normas generales previstas en la sección anterior de este capítulo, a través del formulario establecido al efecto en la sede electrónica del Ministerio de Justicia. En todo caso, deberán acompañarse los documentos que acrediten el cumplimiento de alguna de las condiciones a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1 del artículo 27 de la Ley Concursal.

Si el mediador concursal estuviera colegiado podrá justificar el cumplimiento de los requisitos exigidos mediante certificado en formato electrónico del respectivo Colegio Profesional.

Las personas jurídicas podrán solicitar la inscripción presentando el modelo de solicitud establecido a estos efectos en la sede electrónica del Ministerio de Justicia en el que además de los datos de identificación de la persona jurídica, se concretarán las personas naturales que por figurar inscritas en las secciones primera o segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, podrán desarrollar la actividad de mediación en representación de la persona jurídica. Adicionalmente, la persona jurídica deberá acreditar que concurren en ella las condiciones establecidas en el párrafo último del apartado 1 del artículo 27 de la Ley Concursal».

<sup>65</sup> Artículo 19. *Remisión a la Agencia «Boletín Oficial del Estado» de los datos correspondientes a los mediadores concursales:*

«1. Justificado el cumplimiento de los requisitos exigidos, el Registro comunicará inmediatamente y por medios electrónicos a la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado los datos del mediador concursal, a los efectos de incluirlos en el Portal a que se refiere el apartado 1 del artículo 233 de la Ley Concursal. Entre los datos a suministrar por el Registro figurarán siempre el nombre, apellidos y número de identificación fiscal, su domicilio y datos de contacto, incluyendo, en su caso, una dirección de correo electrónico.

Del mismo modo, se comunicará inmediatamente la baja del mediador en el Registro para que a partir de ese momento no figure en dicho Portal y no pueda ser designado mediador concursal.

2. El ingreso de los mediadores concursales en el Portal tendrá lugar por orden estrictamente cronológico de recepción, situándose en ese momento al final de la secuencia. Si algún mediador o institución, que hubiera ingresado con anterioridad en el Portal fuera después excluido del mismo por causar baja en el Registro, volviera a inscribirse, reingresará en el Portal sin recuperar su antigua posición en la secuencia, quedando incorporado en el último lugar.

Según la disposición final tercera del Real Decreto 980/2013, la apertura del plazo de inscripción sería el 1 de abril de 2014 y el inicio de la publicidad del registro, el día 1 de junio. Hasta entonces, se supone que nadie que haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos habrá podido iniciarlo, ya que se entiende que el plazo del artículo 5 bis de la LCon incluye el del inicio de las negociaciones del acuerdo extrajudicial de pagos para computar la paralización de las acciones, y no puede llevarse a efecto la posible designación de mediador concursal, puesto que obligatoriamente ha de estar inscrito.

Otro tema controvertido que hay que manifestar es el hecho de la cantidad de publicidad asociada a la figura del mediador concursal, que es más que relevante, queriéndose en todo momento, por parte del legislador, dotarla de seguridad jurídica; si bien esta consecuencia pueda estar reñida con la configuración tradicional de la mediación y, más si cabe, si la trasladamos al ámbito concursal por la «mala» publicidad y «descrédito» que se asocia al mismo.

### 5.3. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

En este epígrafe, se ha de apreciar y ojear de nuevo la naturaleza jurídica de esta figura y hemos señalado ya, con carácter previo, que se han de estimar las cualidades subjetivas del administrador concursal y, en caso de laguna, se estará a la designación del experto independiente<sup>66</sup>. Precisamente, si acudimos a saber más sobre el experto independiente, nos puede proporcionar algo de luz, en especial, al decretarse en el artículo 71 bis, punto 4.º, de la LCon: «El nombramiento se hará entre profesionales que resulten idóneos para la función. Dichos expertos quedarán sometidos a las condiciones del artículo 28 y a las causas de incompatibilidad establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas». El artículo 71 bis de la LCon adopta una nueva redacción por la Ley 17/2014, pero el punto 4.º sigue con el tenor relatado *ut supra*. Pareciese del tenor legal, más preferible la aplicación del artículo 28 de la LCon en sede de administración concursal, aun cuando exista expresamente la remisión al sistema de expertos independientes, tal y como hemos explicado. Cabalmente, el artículo 28 de la LCon es el destinado a establecer las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones, alterado primero por la Ley

---

3. Los Registradores Mercantiles y los Notarios accederán al Portal mediante certificado reconocido de firma electrónica, requiriendo el suministro de los datos del mediador concursal que de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante, a los efectos de que pueda ser nombrado en los acuerdos extrajudiciales de pagos que aquellos tramiten. En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma. En último lugar, señalará el Portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado.

Si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia. El mediador designado que no aceptase el cargo se situará al final de la secuencia, sin que pueda volver a ser designado hasta que finalice esta».

<sup>66</sup> Expresa SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, pág. 21, «(...) las incompatibilidades aplicables al mediador oscilan entre las establecidas con carácter general para los expertos independientes (que, de acuerdo con el art. 341. 1 RRM, implica una remisión a las causas generales de incompatibilidad de los peritos conforme al art. 124 LEC y art. 219 LOPJ) y las que la LC establece para los administradores concursales (art. 28 LC) (...) La recusación deberá plantearse conforme a lo establecido en el artículo 342 RRM».



38/2011. Y, en segundo lugar, en cuanto a este mandato contenido en el artículo 28 de la LCon, es también variada su redacción y contenido a través de la Ley 17/2014, con el siguiente tenor:

«1. No podrán ser nombradas administradores concursales las siguientes personas:

a) Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

b) Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquel el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.

c) Quienes, estando inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal, se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso.

d) Quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años.

2. En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designado por la persona jurídica cuando se haya nombrado a esta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados, conforme al artículo 181, por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

3. Salvo para las personas jurídicas inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente.

Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93.

Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

4. Se aplicarán a los representantes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Consorcio de Compensación

de Seguros y de cualesquiera Administraciones Públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las contenidas en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo y de las establecidas en el apartado 2.2.º del artículo 93.

5. No podrá ser nombrado administrador concursal quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el artículo 71 bis.4 de esta Ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso».

Ni que decir tiene que, en este campo de actuación, al mediador concursal le servirá –repetimos– la experiencia ya existente en torno a la figura de la administración concursal, a la par, se ha de tener presente que la norma también remite a los expertos independientes, entendiéndose por estos los que contempla la LCon, en especial, para el acuerdo de refinanciación e, inclusive, en sentido genérico los expertos independientes acogidos en el Reglamento del Registro Mercantil.

#### 5.4. RESPONSABILIDAD Y RETRIBUCIÓN

Enseña la exposición de motivos de la Ley 5/2012, de mediación que «la figura del mediador es, de acuerdo con su conformación natural, la pieza esencial del modelo, puesto que es quien ayuda a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes. La actividad de mediación se despliega en múltiples ámbitos profesionales y sociales, requiriendo habilidades que en muchos casos dependen de la propia naturaleza del conflicto. El mediador ha de tener, pues, una formación general que le permita desempeñar esa tarea y sobre todo ofrecer garantía inequívoca a las partes por la responsabilidad civil en que pudiese incurrir». Se infiere del mandato enunciado la integridad y relevancia que se le presupone al mediador por razón de su cargo y cómo este ha de ofrecer «garantías» en caso de incurrir en responsabilidad civil por incumplimiento de las tareas asignadas.

En el artículo 11 de la Ley 5/2012, ya relatado en torno a las cualidades del mediador, se reconoce la conveniencia de un seguro de responsabilidad civil, tal y como apreciaremos *infra* y complementaremos con lo estipulado en el artículo 14. Proclama legalmente el artículo 11, apartado 3.º, de la Ley 5/2012, perteneciente a señalar las *condiciones para ejercer de mediador*: «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». Por el momento, lo que queda claro es la *diligencia que ha de asumir y desplegar el mediador por razón del cargo*<sup>67</sup> y presumir que su responsabilidad es de naturaleza subjetiva al tener que intervenir culpa o dolo en su actuación para desplegarse la precitada responsabilidad<sup>68</sup>. Antes bien, trasladadas las anteriores reglas a la

<sup>67</sup> Cfr., *in totum*, VALERO LLORCA, J. y COBAS COBIELLA, M. E.: «La responsabilidad del mediador a la luz de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Aproximación a la cuestión», *Diario La Ley*, n.º 7.987, 19 de diciembre de 2012.

<sup>68</sup> Señala sobre este aspecto, MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, pág. 3: «Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los

figura del mediador concursal, toda vez que la Ley de Emprendedores en su reglamentación del acuerdo extrajudicial de pagos –este aspecto no es tratado–, podemos inferir que la responsabilidad del mediador concursal será de carácter contractual por razón del cargo que desempeña en pareja actuación de lo que sucede con la administración concursal. Bajo esta línea argumentativa, somos de la creencia que al mediador concursal se le ha de requerir que cumpla su desempeño con la diligencia y lealtad debida, a modo y semejanza de lo que se prescribe para el administrador de las sociedades de capitales *ex* artículos 225, 226, 228 y 232, respectivamente, de la Ley de Sociedades de Capitales<sup>69</sup>. De manera y modo que para incurrir en responsabilidad, esta surgirá al no observar adecuadamente la diligencia y lealtad requerida por el ordenamiento jurídico. La responsabilidad será demandada si concurre una serie de presupuestos ya consabidos como es la realización de un acto u omisión, así como un nexo entre los actos realizados y el daño-perjuicio ocasionado. Precisamente, dicha responsabilidad tiene que ser cubierta por un seguro obligatorio de responsabilidad civil, tal y como observaremos en el siguiente epígrafe. También, habría que acudir llegado el caso y si planteamos que el mediador concursal<sup>70</sup> se acerca a la figura del administrador concursal en muchas de sus tareas, a la par, lo será en relación a su responsabilidad<sup>71</sup> que le es exigida a este, ciertamente rigurosa, de los artículos 36<sup>72</sup> y 37<sup>73</sup>, respectivamente, de la LCon.

---

acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En reunión, a la vista de una propuesta avanzada por el negociador, se discute el plan de pagos o el eventual acuerdo de cesión de bienes en pago de deudas».

<sup>69</sup> Cfr. el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE n.º 161, de 3 de julio de 2010.

<sup>70</sup> Véase a PRATS ALBENTOSA, L.: «La mediación (pre)-concursal», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.264, 5 de marzo de 2014.

<sup>71</sup> Cfr., sobre la responsabilidad de la administración concursal, entre otros a QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «La responsabilidad de los administradores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 7, 2007, págs. 17 a 38. MUÑOZ DE BENAVIDES, C.: «La responsabilidad de los administradores concursales», *Diario la Ley*, n.º 7522, Ref. D-369, 2 de diciembre de 2010. ZUMAQUERO GIL, L.: «La responsabilidad civil de los administradores concursales», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2013, págs. 1 a 41.

<sup>72</sup> Establece el artículo 36. *Responsabilidad*:

«1. Los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al deudor y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa por los actos y omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia.

2. Los administradores concursales responderán solidariamente con los auxiliares delegados de los actos y omisiones lesivos de estos, salvo que prueben haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño.

3. La acción de responsabilidad se sustanciará por los trámites del juicio declarativo que corresponda, ante el juez que conozca o haya conocido del concurso.

4. La acción de responsabilidad prescribirá a los cuatro años, contados desde que el actor tuvo conocimiento del daño o perjuicio por el que reclama y, en todo caso, desde que los administradores concursales o los auxiliares delegados hubieran cesado en su cargo.

5. Si la sentencia contuviera condena a indemnizar daños y perjuicios, el acreedor que hubiera ejercitado la acción en interés de la masa tendrá derecho a que, con cargo a la cantidad percibida, se le reembolsen los gastos necesarios que hubiera soportado.

6. Quedan a salvo las acciones de responsabilidad que puedan corresponder al deudor, a los acreedores o a terceros por actos u omisiones de los administradores concursales y auxiliares delegados que lesionen directamente los intereses de aquellos».

<sup>73</sup> Nótese que se altera la redacción del artículo 37 de la LCon a través de la Ley 17/2014, relativo a la separación del administrador concursal y sus auxiliares.

Siguiendo con el hilo de nuestra explicación en torno a la responsabilidad del mediador concursal, otro tema que surge en la fijación de la precitada responsabilidad viene proporcionado por el hecho de que este no inste la solicitud de concurso consecutivo, toda vez que los artículos 236.4 y 238.3 de la LCon ordenan al mediador concursal que solicite el concurso de forma inmediata, requiriéndole una particular diligencia, pero la cuestión que se plantea es: ¿y si no lo hace en tiempo o no se ajusta a la diligencia debida? Parece claro que aquí en igualdad de condiciones como las que se le demandan a la administración concursal, se le exigirán también las responsabilidades oportunas por su falta de actuación diligente. A tal propósito, sería de aplicación, *mutatis mutandi*, la doctrina vertida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 669/2013, de 11 de noviembre, concerniente al contenido y características de la acción de responsabilidad contenida en el artículo 36.1 de la LCon. Declara en su fundamento jurídico segundo: «Como afirma la sentencia, aunque la demanda no lo especifique, la responsabilidad exigida lo es por un perjuicio ocasionado a la masa, al haber frustrado expectativas de reintegro, y no por daños causados directamente al acreedor demandante». Dentro del contexto de la sentencia que comentamos, agrega en su fundamento jurídico décimo: «No es por lo tanto una acción individual, sino colectiva (...) Se trata de una responsabilidad basada en la causación de un daño o perjuicio a la masa, por una conducta del administrador concursal, activa u omisiva, contraria a la Ley o a la diligencia que le resulta exigible en el ejercicio de la función para la cual ha sido nombrado. (...) pues ni la falta de ejercicio de la acción de reintegración ni la falta de reclamación del IVA soportado constituyen una infracción de una norma de conducta impuesta por la Ley, más allá de que pudieran, en su caso, no ajustarse a la diligencia debida». Puede decirse que en el ámbito de actuación del acuerdo extrajudicial, hay que recordar que el mediador tiene una diligencia máxima en las actuaciones y cumplimiento de una serie de deberes, por tanto, puede atraer la responsabilidad requerida a la figura de la administración concursal.

Parece desprenderse, además, que la responsabilidad del mediador concursal se ve agravada según se descuelga del artículo 241.1 de la LCon<sup>74</sup>, al tener que alcanzar con éxito la negociación del acuerdo, así como en la supervisión y seguimiento posterior del mismo para su correcto cumplimiento<sup>75</sup>. En este sentido, el mediador adquiere atribuciones y facultades de

<sup>74</sup> Prescribe el artículo 241. *Cumplimiento e incumplimiento del acuerdo*: «1. El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. 2. Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y en el Registro Público Concursal. 3. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia».

<sup>75</sup> *Cfr.* la reflexión positiva que realiza MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, pág. 2, que describe que «lo que se pretende, pues, es introducir profesionales que ayuden a salvar a estas empresas, pero que, también sirvan de puente con los acreedores para tratar de llegar a acuerdos que eviten la desaparición de la empresa (...). Estos profesionales, con estas últimas reformas legales aprobadas, van a cortar con muchos instrumentos legales para ayudar a salvar a las empresas y conseguir que los acreedores puedan cobrar». Por su lado, expresa su parecer FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *op. cit.*, en págs. 386 y ss. «La cuestión es que llama la atención la capacidad del legislador para exigir a este mediador concursal competencias, a mi juicio, desorbitadas. Qué otra cosa es sino exigir al mediador concursal que vigile que se va cumpliendo de forma efectiva lo dispuesto en el acuerdo extrajudicial de pagos».

información adicional que puede recabar del deudor durante el proceso y desarrollo del acuerdo extrajudicial<sup>76</sup>.

En definitiva, cabe concluir que la responsabilidad del mediador concursal no es disciplinada por norma alguna, salvo que tengamos que acudir para rellenar tal vacío legal a la jerarquía de fuentes en torno a esta figura, léase la Ley 5/2012 sobre mediación teniendo como fundamento ordenado en el artículo 11 de la referida ley, y, de otro lado, apelar por las semejanzas en su configuración y tareas a la responsabilidad de la administración concursal *ex* artículo 36 de la LCon. Y, más en genérico, a la administración societaria.

No se escapa que esta coordinación y complemento de normas no es lo más certero, pero son los asideros para delinear la responsabilidad en que pudiera incurrir el mediador concursal.

En otro orden de reflexiones y en lo que hace a la retribución<sup>77</sup> del mediador concursal, se disciplina con carácter general la remisión al marco del arancel de la administración concursal, tal y como se ordena en la disposición adicional novena de la LCon, incorporada por la Ley 14/2013: «Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales».

Como se puede apreciar, la hermenéutica del mandato planteará y provocará diferentes controversias interpretativas en la práctica al volver a reenviarnos a otras leyes, en particular, hemos de ir al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales<sup>78</sup>.

Por imperativo legal (*ex origine*, art. 34 de la LCon), el arancel atiende a la cuantía del activo concursal y a la cuantía del pasivo. El cálculo de la base de la retribución de la administración concursal se realiza mediante la suma de dos cantidades distintas: en primer lugar, la que resulta de aplicar al valor de la masa activa los porcentajes decrecientes que se fijan en el arancel; y, en segundo lugar, la que resulta de aplicar al valor de la masa pasiva los también porcentajes decrecientes igualmente establecidos en dicho arancel.

Hemos de detenemos aquí, toda vez que la Ley 17/2014 viene a cambiar la redacción del artículo 34 de la LCon en los siguientes términos:

«1. Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa, salvo cuando se trate del personal de las entidades a que se refiere el artículo 27.6.

<sup>76</sup> *Cfr.* SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *op. cit.*, pág. 48, que puntualiza: «La supervisión implica una actuación continuada, que dado el límite de espera máximo que autoriza el artículo 236.1 LC puede traducirse en una prolongación de la relación del mediador con el deudor y los acreedores durante varios años».

<sup>77</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El acuerdo extrajudicial de pagos*, *ibidem*, págs. 89 y ss.

<sup>78</sup> BOE n.º 216, de 7 de septiembre de 2004.

2. La retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente y que atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos y al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal.

El arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas:

a) Exclusividad. Los administradores concursales solo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel.

b) Limitación. La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.

c) Efectividad. En aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

d) Eficiencia. La retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción.

3. El juez fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha.

4. En cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo.

5. El auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales se publicará en el Registro Público Concursal y será apelable por el administrador concursal y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso».

El nuevo y extenso mandato contenido en el artículo 34 de la LCon descrito y perteneciente a la esfera de la retribución de la administración concursal nos pudiera proporcionar determinadas pautas que nos sirvan para el mediador concursal. Teniendo muy presente lo estipulado en la disposición transitoria segunda<sup>79</sup> de la Ley 17/2014, que remite su vigencia hasta que exista el reglamento de desarrollo. Hasta entonces, hemos de interpretar, en primer término, que se dictará un reglamento de desarrollo del arancel atendiendo a la concurrencia de una serie de parámetros. A tal efecto, cabría interrogarse el porqué no aprovechar dicha oportunidad para que también se dicte un reglamento (o complemento) específico para la retribución del mediador concursal atendiendo a sus circunstancias concretas. En segundo término, el arancel atribuible a la administración concursal se basa en una serie de principios, que en igualdad de condiciones también le sería de aplicación al mediador concursal, como son exclusividad, eficiencia, efectividad y la limitación de acuerdo a lo disciplinado por ley. En tercer término, cabe la posibilidad de graduar la retribución en función de las tareas desarrolladas. En cuarto término, la retribución se ha de fijar por auto del órgano jurisdiccional y en el supuesto de variación se ha de publicitar en el Registro Público Concursal. En el caso del mediador concursal, al no poderse realizar por auto, será mediante resolución del notario o registrador mercantil, en este punto, el mediador no se halla en igualdad de condiciones en relación con el administrador concursal.

Por su parte, también hemos de acudir –por el momento– a lo que expresa el artículo 1 del Real Decreto 1860/2004, relativo al ámbito de aplicación:

«1. El ejercicio de las funciones que la ley atribuye a los administradores concursales será retribuido con cargo a la masa activa con las cantidades que resulten de la aplicación del arancel establecido en este Real Decreto.

2. El ejercicio de las funciones atribuidas por el convenio será retribuido sin sujeción a arancel conforme a lo establecido en el propio convenio y, en defecto de previsión, conforme a lo que establezca el juez del concurso atendiendo a la importancia de dichas funciones.

3. Este Real Decreto será de aplicación únicamente a los supuestos de administración concursal que hayan de regirse por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal».

En el transcurso del tiempo, el artículo 233 párrafo 1.º, *in fine*, redactado por la Ley 25/2015, manifiesta que «reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal, que deberá fijarse en su acta de nombramiento. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación. 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».

<sup>79</sup> Régimen de la administración concursal. «Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses».



Como observamos, la retribución del mediador se equiparará a la de la administración concursal, pero esta aseveración hay que matizarla en cuanto que, en la práctica, planteará más de un inconveniente<sup>80</sup>, tal y como adelantábamos. Reflexionemos en torno al dato que la retribución de la administración concursal es fijada por el juez de lo concursal, en cambio, dentro del ámbito del acuerdo extrajudicial, expediente desjudicializado, el órgano encargado de fijar la retribución debiera ser bien el notario o bien el registrador mercantil, según los casos; respecto a este último hay puntos de conexión e interpretación que nos pudieran valer si hablamos de expertos independientes en general. Otra de las cuestiones a plantear viene dada porque la retribución de la administración concursal es de tenor arancelario<sup>81</sup> y en dependencia de diferentes criterios –masa activa y pasiva–, que son difícilmente trasladables al acuerdo extrajudicial de pagos<sup>82</sup>. Piénsese que la figura del mediador se aproximaría a la administración concursal en el desarrollo de la fase común-ordinaria del proceso concursal, pero claro, su retribución se ajusta teniendo presente tanto la lista de acreedores como el inventario de bienes en la finalización de esta fase común; pero cómo podemos mudar dichas situaciones (derivadas de un proceso técnico de avalúo y valoraciones diversas) al inicio del expediente acuerdo extrajudicial, parecen pues difícilmente trasladables.

Bajo este contexto, otro tema vinculado a la retribución del mediador concursal viene ordenado por el artículo 242, punto 2.º, 2.ª mención de la LCon, al mandar que «2.ª Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración del concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial». Luego, no percibirá el mediador concursal más retribución por instar el concurso consecutivo, salvo causa justificada y apreciada con carácter excepcional por el órgano jurisdiccional. De esta suerte, se alejan los «fantasmas» de que el mediador concursal quiera convertirse en administrador del concurso consecutivo porque va a

<sup>80</sup> Vid. DEL CORRAL LOSADA, E.: «La retribución del Mediador Concursal y del Administrador Concursal en el Concurso Consecutivo», en VV. AA. (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ), *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas, 2014, pág. 440, apunta que «(...) resulta difícilmente comprensible (y aplicable) esta remisión en bloque a las normas de retribución de la administración concursal cuando para la fijación de la del mediador concursal (...) la actuación del mediador concursal y la del administrador concursal son totalmente diferentes y la posible responsabilidad del administrador concursal es muy superior».

<sup>81</sup> Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *op. cit.*, manifiesta que «la retribución arancelaria es un sistema absolutamente rígido de retribución. Quizá, por ello, hubiera sido una mejor solución, puesto que se apuesta por este sistema de mediación, que como tal, se dejará al acuerdo del mediador y del deudor. Quizá más lógico fijar, como sucede en el procedimiento francés de conciliación, que la retribución se acordará con carácter previo por el mediador y el deudor».

<sup>82</sup> Para TALENS SEGUÍ, J.: «Modificaciones de la Ley de Emprendedores a la Ley Concursal», en VV. AA. (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ) *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas, 2014, pág. 420, subraya que «(...) el régimen retributivo de los mediadores, el cual se equipara al de los Administradores Concorsales en cuanto al arancel en los términos del Real Decreto 1860/2004. La cuestión surge en qué cantidad se debe fijar, pues en el acuerdo extrajudicial de pagos no hay una fase común, ni una fase de convenio o liquidación, lo cual genera incertidumbre».



recibir mayor retribución<sup>83</sup>, sino que su tarea principal sigue siendo la de alcanzar un acuerdo y que este tenga éxito en la medida de lo posible.

## 5.5. SEGURO OBLIGATORIO O COBERTURA EQUIVALENTE

Corresponde seguidamente dar cuenta del hecho que el mediador ha de contar para el ejercicio correcto de sus funciones de una garantía ilustrada en el seguro obligatorio o cobertura equivalente. Declara el artículo 14 de la Ley 5/2012, que es el destinado a delimitar la *responsabilidad de los mediadores*: «La aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren. El perjudicado tendrá acción directa contra el mediador y, en su caso, la institución de mediación que corresponda con independencia de las acciones de reembolso que asistan a esta contra los mediadores. La responsabilidad de la institución de mediación derivará de la designación del mediador o del incumplimiento de las obligaciones que le incumben».

Independientemente de que el precepto referenciado pertenece a la esfera del mediador en general, hay que apostillar que para el mediador concursal no existe una legislación específica en torno al seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales, al punto que para saber sobre el mismo, hemos de ir a la normativa existente, partiendo, desde la responsabilidad en que puede incurrir el mediador por incumplimiento de sus deberes, así como en el desempeño de sus funciones, y pasar más detenidamente a observar la ordenación habida en relación con la mediación y la remisión a la administración concursal, si procede. Como puede entenderse, el planteamiento descrito no es lo más deseable por razones de técnica legal ni de seguridad jurídica, toda vez que constantemente hemos de acudir a otras normas, siendo conveniente que se establezca por parte del legislador un cuadro normativo que sirva de referencia explícita para el mediador concursal.

Percátese, en cualquier caso, que del precepto descrito se infieren dos imputaciones de responsabilidad, de un lado, la del propio mediador concursal y, de otro, la de las instituciones de mediación por razón de la designación del mediador concursal *ex* artículo 14 de la Ley 5/2012.

No podemos pasar por alto que en materia de mediación concursal, amén de los artículos 11 y 14 de la Ley 5/2012, ya aludidos, hemos de tener muy presente el Real Decreto 980/2013, ya anotado, que también viene a reglamentar en sus artículos 26 a 29 las pautas en torno a la modalidad asegurativa que requiere el desempeño de mediador concursal.

---

<sup>83</sup> *Vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *op. cit.*, puntualiza que «el hecho de que se indique que como regla general no se percibirá ninguna retribución adicional en el caso de procedimiento consecutivo, puede constituir un incentivo para que los mediadores concursales se esfuercen en intentar acercar a las partes para que lleguen a un acuerdo, concededores de que en caso contrario, van a tener que liquidar sin recibir ninguna compensación. O dicho de otro modo, se trataría de evitar que tuviera un interés en que fracasara la mediación y se llegara al procedimiento consecutivo».

Para conseguir el propósito perseguido por los preceptos descritos, nos encontramos *ab initio* ante la configuración de un seguro de responsabilidad civil<sup>84</sup> recogido en los artículos 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro 50/1980<sup>85</sup>. En efecto, véase lo que prescribe el artículo 76 de la precitada ley: «El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de este, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido».

En consecuencia, el mediador concursal deberá contar con un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que se presume deberá tener la misma o próxima cobertura que para ser administrador concursal<sup>86</sup>, regulada por el Real Decreto 1333/2012<sup>87</sup>, de 21 de septiembre y, en coherencia, se deberá solicitar a la compañía aseguradora que igualmente incluya en la póliza la cobertura de la actividad del mediador concursal<sup>88</sup>. Esta póliza deberá ser puesta en conocimiento por parte del mediador al iniciar la actividad de mediación. En este ámbito, hay que precisar que el Real Decreto 1333/2012, relativo al seguro obligatorio<sup>89</sup> para la administración concursal, establece que la vigencia del seguro o la garantía equivalente sea obligatoria para el nombramiento y aceptación del cargo; la cobertura se debe mantener durante la tramitación del proceso concursal. Entonces, por analogía para el mediador concursal durará dicho contrato de seguro toda la tramitación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos.

<sup>84</sup> Cfr. REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M.: «El seguro de responsabilidad civil», en *Lecciones de responsabilidad civil*. (coord. BUSTO LAGO y REGLERO CAMPOS), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, págs. 215 a 252.

<sup>85</sup> BOE n.º 250, de 17 de octubre de 1980.

<sup>86</sup> Cfr., YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: «Otra vuelta de tuerca al seguro obligatorio de la administración concursal», *Iuris&lex*, 26 de octubre de 2012. IRIBARREN BLANCO, M.: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 29, 2013, págs. 19 a 59. MUÑOZ VILLAREAL, A.: «El Aseguramiento de la Responsabilidad Civil de los administradores concursales», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 31, septiembre 2013, págs. 1 a 14. TAPIA HERMIDA, J. A.: «El seguro de responsabilidad civil de los administradores concursales», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 19, 2013, págs. 31 a 46.

<sup>87</sup> Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales. BOE n.º 241, de 6 de octubre de 2012.

<sup>88</sup> Según JAÉN VALLEJO, M.: «Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación», *op. cit.*, págs. 396 y 397: «La necesidad de este doble seguro para los mediadores concursales es dudoso, pues en realidad la función que estos desempeñarán en la hipótesis administrador concursal que se dedica a la mediación concursal es única, como único es también el riesgo cubierto, por lo que puede producirse en este ámbito una duplicidad perturbadora para el correcto ejercicio de la profesión».

<sup>89</sup> Véase a SANZ ACOSTA, L.: «El Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales», *Actualidad Civil*, n.º 21-22, 2012, págs. 2.145 a 2.149.

Corresponde, a continuación, poner de relieve algunas características que vienen a identificar esta modalidad asegurativa aplicable al mediador concursal, a saber: en primer lugar, nos encontramos que el seguro de responsabilidad civil de los mediadores concursales es un *seguro especial* por la reglamentación concurrente respecto a esta figura aun careciendo de una legislación «particularizada», pero el reenvío se hace a normas específicas, tales como los artículos 11 y 14, respectivamente, relativos a la responsabilidad del mediador según la Ley 5/2012, ya aludida y, a su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 980/2013. También se habrán de observar los artículos 233 y siguientes, de la LCon, ordenadores del acuerdo extrajudicial de pagos. En este sentido, hemos de atender a la jerarquía legal que prescribe el artículo 2<sup>90</sup> de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

En segundo lugar, estamos ante un *seguro de carácter obligatorio* porque así viene impuesto por la normativa en torno al mediador concursal. Fijémonos que la existencia del seguro de responsabilidad civil es para el mediador una *condictio sine que non*, toda vez que no podrá ejercer sus funciones si previamente no tiene suscrito este tipo de contrato. En efecto, otro punto de conexión interpretativa en torno a la delimitación del seguro de responsabilidad que ha de poseer el mediador concursal nos lo proporcionan los artículos 26 y 29<sup>91</sup>, respectivamente, del Real Decreto 980/2013. Ergo, el mandato resulta claro en cuanto que el artículo 26 convierte a este seguro en obligatorio para desarrollar la función de mediador y, por ende, de mediador concursal. Prescribe literalmente el artículo 26, punto 1.º: «Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función». Este contrato puede ser suscrito de manera individualizada para un mediador concreto, o bien, cabe la posibilidad de contratarlo de forma colectiva siempre que incorpore de manera clara que cubre las consecuencias de la mediación concursal.

De hecho, la aceptación del mediador está en dependencia que acredite que ha contratado un seguro o cobertura equivalente en igualdad de condiciones que se le requiere al administrador concursal por la vía del artículo 29.2.º<sup>92</sup> de la LCon y, en concomitancia, véase el artículo 11.3 de la Ley 5/2012;

<sup>90</sup> Prescribe el artículo 2: «Las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de Ley que les sea aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado».

<sup>91</sup> Artículo 29. *Obligación de aseguramiento de la responsabilidad de las instituciones de mediación.*

«Con independencia de la posibilidad de asumir la contratación de la cobertura de la eventual responsabilidad civil de los mediadores que actúen dentro de su ámbito, las instituciones de mediación deberán contar con un seguro o una garantía equivalente que cubra la responsabilidad que les corresponde, de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en especial, la que pudiera derivarse de la designación del mediador».

<sup>92</sup> Traigamos de nuevo a colación lo que prescribe el artículo 29. 2.º de la LCon: «Si el designado no compareciese, no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente o no aceptase el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento. A quien sin justa causa no compareciese, no tuviera seguro suscrito o no aceptase el cargo, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el mismo partido judicial durante un plazo de tres años».

artículo 233 de la LCon y artículos 14, 1.º, letra f)<sup>93</sup> y 26<sup>94</sup> del Real Decreto 980/2013, respectivamente. Cabe añadir que en caso de laguna y a falta de reglamentación particular de este seguro para el mediador concursal, también serán de aplicación las normas generales contempladas para el seguro de responsabilidad civil *ex* artículos 73 a 76 de la Ley del Contrato de Seguro, tal y como anticipábamos.

Finalmente, se ha de apuntar que junto *al seguro obligatorio de responsabilidad también podrá agregarse otras coberturas adicionales* de carácter voluntario.

## 5.6. FUNCIONES

Las funciones del mediador<sup>95</sup> se desgranar del diferente articulado de la norma legal<sup>96</sup>, de ahí que haya que acudir a la misma. En este sentido, se ha de manifestar la labor de síntesis que ha rea-

<sup>93</sup> Véase el contenido del artículo 14. *Información que deben proporcionar los mediadores:*

«1. A través del formulario de solicitud contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia, los mediadores podrán inscribirse en la sección primera del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, aportando para su publicidad en el mismo y mediante declaración responsable sobre su veracidad, suscrita con certificado reconocido de firma electrónica, los siguientes datos: (...)

f) Póliza del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional o, en su caso, del certificado de cobertura expedido por la entidad aseguradora o la garantía equivalente que se hubiera constituido. Se indicará una dirección electrónica de la entidad aseguradora o de la entidad de crédito en la que constituyera la garantía equivalente (...).

<sup>94</sup> Describe el artículo 26. *Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador:*

«1. Todo mediador deberá contar con un contrato de seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador o entidad de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función.

2. Este seguro o garantía podrá ser contratado a título individual por el mediador o dentro de una póliza colectiva que incluya la cobertura de la responsabilidad correspondiente a la actividad de mediación.

3. Cuando se trate de mediadores que actúen dentro del ámbito de una institución de mediación la cobertura de los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la actuación del mediador podrá ser asumida directamente por la institución de mediación».

<sup>95</sup> *Cfr.* la reflexión positiva que realiza MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, pág. 2, que describe que «lo que se pretende, pues, es introducir profesionales que ayuden a salvar a estas empresas, pero que también sirvan de puente con los acreedores para tratar de llegar a acuerdos que eviten la desaparición de la empresa (...). Estos profesionales, con estas últimas reformas legales aprobadas, van a cortar con muchos instrumentos legales para ayudar a salvar a las empresas y conseguir que los acreedores puedan cobrar». Por su lado, expresa su parecer FERNÁNDEZ PÉREZ, N.: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *op. cit.*, en págs. 386 y ss.: «La cuestión es que llama la atención la capacidad del legislador para exigir a este mediador concursal competencias, a mi juicio, desorbitadas. Qué otra cosa es sino exigir al mediador concursal que vigile que se va cumpliendo de forma efectiva lo dispuesto en el acuerdo extrajudicial de pagos». DEL CORRAL LOSADA, E.: «La retribución del mediador concursal y del administrador concursal en el concurso consecutivo», en VV. AA. (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ), *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas, 2014, págs. 439 y ss., en especial, págs. 440 y ss. establece las diferencias de las funciones realizadas entre el administrador concursal y el mediador concursal.

<sup>96</sup> *Cfr.* PRATS ALBENTOSA, L.: «La Mediación en el pre-concurso», *op. cit.*, pág. 77, critica a la figura de mediador y sus funciones y puntualiza que: «Esta minuciosa regulación ensombrece la actividad propia del mediador, y en ello cabe

lizado el legislador concursal en relación con las funciones que cumple la administración concursal, que con anterioridad a la Ley 17/2014 había que acudir al articulado para extraer las mismas, ahora con el amplio y nuevo artículo 33 de la LCon incorporado por la Ley 17/2014, viene a concentrar y sistematizar en un solo mandato las diferentes funciones de la administración concursal.

### 5.6.1. Convocatoria de acreedores y aprobación del plan

Aparece recogida dicha función en el artículo 234 de la LCon, modificada la redacción por la Ley 25/2015, perteneciente a la convocatoria a los acreedores:

«1. En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerirle su complemento o subsanación o instarle a corregir los errores que pueda haber.

En ese mismo plazo, comprobará la existencia y la cuantía de los créditos y convocará 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 a una reunión que se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio. Se excluirá en todo caso de la convocatoria a los acreedores de derecho público.

2. La convocatoria de la reunión entre el deudor y los acreedores se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción.

Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla aportado el deudor o facilitado aquellos al mediador concursal en los términos que se indican en la letra c) del artículo 235.2, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica.

3. La convocatoria deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas».

Asociado a la convocatoria de acreedores, se agrega la realización del plan de pagos para alcanzar el acuerdo extrajudicial *ex* artículos 236 y 238 de la LCon, respectivamente.

#### «Artículo 236. *El plan de pagos*

1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, (...).

---

encontrar una razón a que la introducción de la figura del mediador sea objeto de crítica, cuando no de desprecio, por considerar que es un sucedáneo de administrador del concurso, cuando no un «intruso» en su esfera de influencia».

3. Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, estos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor».

Por su parte, el artículo 238, punto 3.º manda: «Si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley».

Como se deduce del tenor legal, al mediador concursal le corresponde el buen fin tanto de la convocatoria de acreedores como la aprobación del plan de pagos, si bien asociado a estas dos funciones viene otra de igual o de mayor calado, toda vez que si fracasan tanto una como la otra, el mediador se verá abocado de forma inmediata a solicitar el concurso consecutivo.

### 5.6.2. Cumplimiento y supervisión del plan

Entre las labores del mediador, nos encontramos con la de hacer cumplir el acuerdo adoptado, tal y como nos enseña el artículo 241, destinado al *cumplimiento e incumplimiento del acuerdo*:

- «1. El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo.
2. Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y en el Registro Público Concursal.
3. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia».

La tarea descrita se encuentra en la misma sintonía que las anteriores de convocar y aprobar el plan de pagos.

### 5.6.3. Instar el concurso consecutivo

Una de las funciones que «peor» se adaptan a la naturaleza y funcionalidad del mediador será precisamente esta: la de instar el concurso consecutivo<sup>97</sup>, toda vez que supone una toma de

---

<sup>97</sup> Más en BAENA, P. J.: «El concurso consecutivo», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 33. septiembre-diciembre, 2014, págs. 11 a 61.

postura y una función más autoritaria o de poder dentro de las relaciones entre las partes. En este contexto, no podemos pasar por alto el dato que atañe a la alteración de la redacción del artículo 3 de la LCon, al incluir al mediador concursal dentro de los legitimados para instar el concurso consecutivo *ex* artículo 242 de la LCon.

Prescribe el artículo 242. *Especialidades del concurso consecutivo*:

«1. Tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento.

Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado (...).

Simplemente, cabe reseñar que el concurso consecutivo contemplado en el artículo 242 de la LCon procederá a instancias del deudor o –ahora sí– también de los acreedores por la imposibilidad de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos o bien porque se ha incumplido el plan de pagos acordado<sup>98</sup> y, agregado a ellos, el mediador concursal, que se encuentra legitimado para tal fin. También la anulación derivada de la impugnación dará origen al concurso consecutivo<sup>99</sup>. En sus orígenes, conforme a la redacción proporcionada por la Ley 14/2013, la característica especial del concurso consecutivo era la tramitación de la fase de liquidación<sup>100</sup>, cuya salvedad venía dada por la insuficiencia de la masa activa; en este supuesto, se articulaba por el procedimiento específico que dispone el artículo 176 bis de la LCon. Ahora tras la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 1/2015 y su convalidación posterior por la Ley 25/2015, sí cabe la posibilidad de que la solicitud de concurso consecutivo vaya acompañada de una propuesta anticipada de convenio.

Sea como fuere, el artículo 242, apartado 2.º LCon, viene a delimitar una serie de especialidades, entre otras:

- El juez de lo concursal designará administrador del concurso al mediador concursal, salvo causa justificada.
- Los gastos derivados del expediente de acuerdo extrajudicial se apreciarán como créditos contra la masa, así como los demás créditos que se ajusten a los términos del artículo 84 de la LCon.

<sup>98</sup> Cfr. MAGRO SERVET, V.: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *op. cit.*, págs. 16 y ss.

<sup>99</sup> DÍAZ ECHEGARAY, J. L.: *El acuerdo extrajudicial de pagos*, *ibidem*, págs. 143 y ss.

<sup>100</sup> Según SENÉS, C.: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *op. cit.*, pág. 65 «(...) resulta excesivo el rigor con el que se "sanciona" al deudor que ha intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial y no lo ha conseguido frente al trato más favorable que se dispensa al concursado "directo"».



- El periodo de 2 años que exige la rescisión concursal *ex* artículo 71 de la LCon empezarán a contar desde «la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil o notario» (*ex* art. 242.2, 3.ª LCon).
- No será preciso el reconocimiento de los titulares de créditos que ya previamente durante la negociación extrajudicial hayan sido reconocidos legalmente.
- En el supuesto de que el deudor empresario persona natural sea declarado en concurso fortuito, el juez podrá declarar la remisión de todas las deudas, siempre y cuando se hayan visto satisfechas en la liquidación de forma íntegra tanto los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, exceptuándose de la precitada remisión los créditos de derecho público (*ex* art. 178 bis LCon).

#### 5.6.4. Otras funciones de colaboración e información

Podríamos, a la hora de sistematizar las diferentes funciones del mediador concursal extraídas de la ley, sumar otras labores a desarrollar por el mismo vinculadas al correcto devenir y solución del acuerdo extrajudicial y si bien pudiera parecer un cajón de sastre, pero nada más lejos de la realidad, toda vez que el derecho de información y colaboración entre las partes se convierte en elemento crucial para el buen deambular del expediente. A tal efecto, estos menesteres se ilustrarían en informar a los diferentes acreedores de los trámites habidos durante la elaboración y posterior aprobación del plan, así como la constante colaboración con la figura del deudor desde el inicio hasta el desarrollo y supervisión posterior de lo acordado.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nadie duda de que lo hasta aquí explicado en torno al mediador concursal resultará más que significativo y, en concreto, por el papel asumido por esta institución, una nueva figura dentro de la operativa y mecánica de solventar las situaciones de dificultades económicas y, *a priori*, que se vale de la experiencia ya habida en torno a la administración concursal, si bien hay que dejar muy claro que son figuras no equiparables aunque se encuentren próximas, ya que hemos argumentado y observado la dificultad en la configuración y naturaleza jurídica de esta figura más cercana a un gestor de la crisis empresarial (*tertium genus*), que a un administrador concursal propiamente dicho. Ergo, no valdría la remisión o, dicho con otras palabras, no es lo más correcto reenviar en materia de mediación concursal a la reglamentación habida en torno a la administración concursal, *v. gr.* la responsabilidad, la retribución y el seguro obligatorio de responsabilidad civil previsto para el administrador concursal y, por tanto, se hace imprescindible que el mediador concursal tenga para su actuación y su responsabilidad un seguro o cobertura propia acogida en una reglamentación particularizada, para con ello evitar disfuncionalidades y errores de apreciación. En efecto, entre las variadas deficiencias de técnica jurídica que plantea la Ley 14/2013 de Emprendedores, una de ellas es, cabalmente, el fijar cómo se determinará la retribución del



mediador, reenviándonos al administrador concursal cuando este no tiene las mismas funciones –más si cabe– ni la misma responsabilidad, cuestión que en la práctica planteará más de una dificultad. Y tampoco la Ley 25/2015 arroja demasiada luz sobre este particular. En pareja línea de pensamiento, el no diseñar adecuadamente el seguro que ha de acompañar a la posible responsabilidad en la que incurra el mediador concursal, tal y como hemos expuesto. Mientras tanto seguiremos acudiendo a las categorías generales existentes en orden a dar respuesta a tal situación. Cierto es que la experiencia práctica habida alrededor de esta figura que estamos examinando es muy escueta y el «tiempo dará y quitará razones» sobre este tópico.

## Bibliografía

ALCOVER GARAU, G. [2014]: «Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.327, 6 de junio.

AZNAR GINER, E. [2014]: *Mediación Concursal: Los acuerdos extrajudiciales de pago*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CANDELARIO MACÍAS, M.ª I. [2014]: *La gestión de la empresa en crisis. Acuerdos de refinanciación*, Valencia: Tirant lo Blanch.

– [2015]: «Consideraciones en torno a la responsabilidad del mediador concursal», *Revista de Responsabilidad Civil. Circulación y Seguro*, n.º 10, noviembre, págs. 6 a 25.

CASANUEVA TOMÁS, J. [2014]: «El desarrollo reglamentario de la figura del mediador concursal», en <http://www.diariojuridico.com/el-desarrollo-reglamentario-de-la-figura-del-mediador-concursal/>, 22 de mayo de 2014 (consultado por última vez el 23 de noviembre).

DÍAZ ECHEGARAY, J. L. [2014]: *El acuerdo extrajudicial de pagos*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L. [2014]: «La naturaleza preconcurso del acuerdo extrajudicial de pagos. Presupuestos subjetivo y objetivo y su "desjudicialización"», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 31 mayo-agosto, págs. 1 y ss.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. [2014]: «El estatuto jurídico del mediador concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 292, abril-junio, págs. 379 a 429.

GÓMEZ BILBAO, I. [2014]: «Los nuevos acuerdos extrajudiciales de pagos y la reforma operada por el Real Decreto-Ley 4/2014 de medidas urgentes de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial», en <http://www.firmafgm.com/perch/resources/publications/09052014-.pdf> (consultado por última vez el 13 de octubre).

MAGRO SERVET, V. [2014]: «Análisis de la nueva figura del mediador –"posible administrador"– concursal. ¿Mediador o "negociador" mercantil?», *Práctica de Tribunales*, n.º 109, julio-agosto, La Ley.

PRATS ALBENTOSA, L. [2014]: «La Mediación en el pre-concurso», *Revista de Mediación*, n.º 1. vol. 7, págs. 70-80.

RODRÍGUEZ CONDE, C. [2013]: «El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 112, n.º 4, págs. 919 a 953.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. [2014]: «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32, mayo-agosto, págs. 1 a 63.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E. [2014]: «La naturaleza jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario la Ley*, Sección Tribuna, n.º 8.230, 16 de enero.

SENÉS, C. [2014]: «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *Revista de Derecho Civil*, n.º 1, enero-marzo, págs. 49 a 68.

SOLER VILADELPRAT, E. [2014]: «Mediación concursal para salvar empresas», *Diario Cinco Días*, 13 de mayo, en [http://cincodias.com/cincodias/2014/05/13/empresas/1399991516\\_292150.html](http://cincodias.com/cincodias/2014/05/13/empresas/1399991516_292150.html)

VV. AA. [2014]: (coords. MARTÍN MOLINA, CARRE DÍAZ-GÁLVEZ y LOPO LÓPEZ). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, Madrid: Dykinson, FundieCo, Fe d'erratas.