

TESIS DOCTORAL

2015

**ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO EN PROCESOS DE
INSOLVENCIA. PROCEDIMIENTO Y TRAMITACIÓN**

**AUTOR: DOÑA CARMEN DE VIVERO DE PORRAS.
LICENCIADO EN DERECHO.**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

**DIRECTOR: PROF. DR. D. MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ
MADRID, NOVIEMBRE DE 2015.**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL.

FACULTAD DE DERECHO.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA.

**TITULO DE LA TESIS: ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO EN
PROCESOS DE INSOLVENCIA. PROCEDIMIENTO Y TRAMITACIÓN**

**AUTOR: DOÑA CARMEN DE VIVERO DE PORRAS
LICENCIADO EN DERECHO.**

DIRECTOR: PROF. DR. D. MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

ABREVIATURAS.....	9
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO Y BREVE ANÁLISIS DEL DERECHO COMPARADO.....	13
1. Análisis de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	14
1.1. Antecedentes.-.....	14
1.2. Concepto, principios y figura del mediador.....	17
1.3. Procedimiento de mediación.....	23
1.4. Formalización del título ejecutivo, tribunal competente y ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos	26
1.5. La mediación desarrollada por medios electrónicos	29
1.6. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.	
31	
2. Origen y evolución normativa en el Estado español.....	39
3. Breve referencia a los procesos de reestructuración de deuda en el ámbito de la Unión Europea.....	44
3.1. Regulación previa a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.....	44
3.2. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles	47
3.3. Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.....	57
CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO (AEP).....	64
1. Autocomposición.....	65

2. Distinción con otras figuras: Conciliación, transacción y negociación.	
71	
2.1. Conciliación.....	72
2.2 Transacción y negociación.	74
2.3. Sistemas heterocompositivos. Arbitraje y jurisdicción.....	79
2.3.1. Arbitraje.	80
2.3.2. Jurisdicción.	85
3. Disponibilidad del asunto civil y mercantil.	87

CAPÍTULO III: LA APLICACIÓN SUPLETORIA RELATIVA DE LA LEY 5/2012 DE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES. 94

1. Introducción.....	95
2. Acuerdos extrajudiciales de pago y Ley 5/2012.....	99
3. Los principios aplicables a la mediación mercantil en el marco de los supuestos de insolvencia:.....	102
3.1. Voluntariedad del proceso y desistimiento en el AEP.....	103
3.2. Confidencialidad y función de Administrador concursal. (Especial referencia al UMA-USA.)	106
3.3. Imparcialidad y neutralidad del mediador.....	111
3.4. Bilateralidad y buena fe.....	114
3.5. Flexibilidad.	116
3.6. Profesionalidad.	117

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE CONJUNTO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: COMPATIBILIDAD DEL PROCESO DE MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA CON LAS TÉCNICAS Y MODELOS DE MEDIACIÓN..... 122

1. Introducción: Justificación del sistema.....	123
2. Compatibilidad de las técnicas de mediación en los Acuerdos Extrajudiciales de Pago.	125
3. Identificación de los modelos de mediación y principales características.	129

4. Modelo tradicional lineal o de Harvard.	132
4.1. Origen.....	132
4.2. Características.	132
4.3. ¿Cuál es el método?	133
4.4. El Proceso.....	136
4.5. Adaptación al régimen del Acuerdo Extrajudicial de pagos.	137
5. Transformativo. Folger	138
5.1. Origen.....	138
5.2. Concepto.....	138
5.3. Revalorización:.....	140
5.4. Reconocimiento.	140
5.5. Compatibilidad con el procedimiento reglado en Acuerdos Extrajudiciales de Pago.	142
6. Modelo Circular-Narrativo de Sara Coob	145
6.1. Origen.....	145
6.2. Concepto.....	145
6.3. Método.	146
6.4. Adecuación a la normativa de Acuerdos Extrajudiciales de pago.	150
7. Visión de conjunto del proceso de mediación en supuestos de insolvencia	151
CAPÍTULO V. EL MEDIADOR CONCURSAL	154
1. Nombramiento.	155
2. Requisitos.	160
3. Funciones.....	162
4. Naturaleza jurídica y principios que rigen su actuación.....	165
4.1. Neutralidad.....	166
4.2. Confidencialidad.	171
5. Responsabilidad.	173

CAPÍTULO VI. PRESUPUESTOS.	180
1. Introducción.....	181
2. Presupuesto subjetivo.	184
2.1. Introducción.....	184
2.2. Persona natural.	185
2.3. Persona jurídica.	190
2.4. El supuesto particular de las entidades aseguradoras.	195
3. Presupuesto objetivo.	197
4. Presupuesto temporal.....	199
5. Presupuestos formales.	201
6. Presupuesto admonitorio.	204
7. Prohibiciones y limitaciones.	205
7.1. Prohibiciones.	205
7.2. Limitaciones.	208
CAPITULO VII.	SOLICITUD
ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.	211
1. El artículo 5 bis LC.....	212
2. La instancia y órgano competente.....	223
2.1. La instancia.	223
2.2. Órgano competente.	225
3. Efectos de la solicitud.....	228
4. Admisión y publicidad. Real Decreto 892/2013, de 15 noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.	230
CAPITULO VIII. EL PROCESO DE MEDIACIÓN.	236
1. Introducción.....	237
2. Convocatoria.	238
2.1. Funciones del mediador concursal.	238
2.2. Convocatoria.	246
2.3. Acreedores convocados.....	250

2.4.	Acreeedores con garantía real.....	252
2.5.	Régimen especial para las deudas públicas.	257
2.6.	Plan de Viabilidad y Plan de pagos.....	260
2.6.1.	Contenido del Plan de pagos.....	261
2.6.2.	Plan de viabilidad.....	264
2.7.	Propuestas alternativas.....	265
2.8.	Propuesta definitiva.....	265
3.	La reunión con los acreedores.....	266
4.	Contenido del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.	268
5.	Aprobación y mayorías.....	271
6.	Impugnación del AEP. Tramitación.....	273
6.1.	Plazo.....	273
6.2.	Legitimación.....	274
6.3.	Juzgado Competente.....	275
6.4.	Procedimiento.....	275
6.5.	Motivos.....	276
6.6.	Efectos.....	276
6.7.	Sentencia y efectos.....	277
6.8.	Publicidad y recursos.....	277
7.	Efectos del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.....	278
IX.	CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL AEP. EL CONCURSO CONSECUTIVO.....	282
1.	Cumplimiento, funciones del mediador y ejecución.....	283
2.	Funciones del mediador durante la fase de cumplimiento del acuerdo.	283
3.	Medidas de cumplimiento y posibilidad de ejecución del mismo.	289
4.	Incumplimiento y concurso consecutivo.....	294
5.	Especialidades del Concurso Consecutivo.....	300
5.1.	Supuestos.....	300
5.2.	Especialidades en el concurso consecutivo en general.	302

5.2.1. Legitimación.....	302
5.2.2. Administrador concursal.	304
5.2.3. Efectos particulares derivados del proceso consecutivo.	305
5.2.4. El informe.	306
5.2.5. Propuesta de Convenio y/o liquidación.....	308
6. Especialidades del concurso consecutivo de personas naturales no empresarios derivado de la imposibilidad de acuerdo.....	309
CONCLUSIONES:	312
BIBLIOGRAFIA.	316

Abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADC.	Anuario de Derecho Concursal.
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
AC	Actualidad Civil.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AJPI	Auto Juzgado de Primera Instancia.
AJM	Auto Juzgado de lo Mercantil.
AL	Actualidad Laboral.
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal.
Apdo.	Apartado.
AAVV.	Autores Varios.
BCR	Boletín Colegio de Registradores.
CC	Código Civil.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CCo.	Código de Comercio.
CCoE	Código de Comercio Español.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CDyC	Cuadernos de Derecho y Comercio.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CP	Código Penal.
DN	Derecho de los negocios.
DLL	Diario La Ley.
D.	Digesto.
EDJ	Estudios de Derecho Judicial.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FROB	Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria.
InDret	Revista para el Análisis del Derecho.
JUR	Referencia base de datos de Jurisprudencia Aranzadi.
LA	Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LGT	Ley General Tributaria.
LJS	Ley de la Jurisdicción Social.
LEC	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.
LM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles
LSRL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
LSP	Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.
LO	Ley Orgánica.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
PALC	Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal.
PJ	Poder Judicial.
PT	Práctica de Tribunales.
QF	Quincena Fiscal.
RA	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RACyl	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.
RADP	Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial.
RAD	Revista Aranzadi Doctrinal.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RACI	Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.
RDByB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RD	Real Decreto.
RDcP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
R.ch.D.	Revista Chilena de Derecho.
RDC	Revista de Derecho Civil.
RdREFOR	Revista del REFOR.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDL.	Real Decreto-Ley.
RDPC	Revista de Derecho Procesal Civil.

RDPat.	Revista de Derecho Patrimonial.
RDPCM	Revista de Derecho Procesal civil y mercantil.
RDPI	Revista de Derecho Procesal Iberoamericana.
RDPriv.	Revista de Derecho Privado.
RDS	Revista de Derecho de Sociedades.
REXURGA	Revista Xurídica Gallega.
REJ	Revista de Estudios Jurídicos.
RGD	Revista General del Derecho.
RGDP	Revista General de Derecho Procesal.
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RE	Revista Extoikos.
REE	Revista de Estudios Jurídicos.
RJ	Referencia base de datos de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Cataluña.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.
RLL	Revista La Ley.
RLN	Revista Lex Nova.
RPJ	Revista del Poder Judicial.
RUDP	Revista Universitaria de Derecho Procesal.
RVDPyA	Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
SJM	Sentencia Juzgado de lo Mercantil.
STCJ	Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia de los Tribunales Superiores de Justicia.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC	Tribunal Constitucional.
Vid.	Véase, Vide.
Vol.	Volumen.

CAPITULO I

Capítulo I: Introducción en el derecho español de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago y breve análisis del Derecho comparado

1. Análisis de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1.1. Antecedentes.-

España, no cuenta con una gran tradición en materia de mediación, sí en cambio la encontramos en el caso de los métodos autocompositivos de resolución de litigios, como por ejemplo es el caso de la conciliación.

Hasta la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, la mediación apenas alcanzó en España un cierto desarrollo a nivel autonómico y sectorial (en el Derecho laboral y de familia). A nivel autonómico, proliferaron las normas sobre mediación familiar, y a nivel estatal existieron algunos precedentes de normas que preveían la mediación como procedimiento de solución de controversias, entre los que se pueden destacar (i) el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, donde se configuraba el intento de mediación o conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad; y (ii) el artículo 770.7ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil («LEC»), según el cual las partes podían solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Conviene recordar que la mediación es un método autocompositivo de solución de conflictos, siendo las propias partes en conflicto las que van a intentar llegar a una solución. Sin disponer de una norma sobre mediación, ya encontrábamos en nuestro ordenamiento jurídico algunos preceptos que permitían la resolución del litigio por las propias partes. Así, el art. 1809 de nuestro Código Civil regula la transacción como *“un contrato en virtud del cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*

La doctrina¹ viene considerando que la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio introdujo la mediación en nuestra legislación; aunque en ningún momento hizo uso de este término.

Con el devenir de los años, se puso de manifiesto desde diversos órganos la conveniencia de regular las vías alternativas de resolución de conflictos; así fue como en el año 1997, y desde el Consejo General del Poder

¹ GARCÍA VILLALUENGA, L., *Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades, desafíos pendientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección

Judicial, en el Libro Blanco de la Justicia se destacaba la necesidad de fomentar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mencionando, entre ellos, expresamente a la mediación.

Fue entonces cuando una modificación de la regulación de la separación y el divorcio reconoció expresamente la institución de la mediación. Así, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio estableció en su Exposición de motivos que *“las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.”* Y posteriormente señaló que *“se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador, imparcial y neutral.”*

La citada ley en su Disposición final primera introdujo una modificación al artículo 770.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil disponiendo que *“Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.”*

Fruto de la Disposición Final tercera de Ley la 15/2005, de 8 de julio, que determina que el Gobierno debe remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación así como de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles fue el Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles (19 de febrero de 2010), en cuya Exposición de Motivos se advertía que dicho anteproyecto iba más allá del contenido de la citada Directiva europea, pues tenía como principal propósito establecer *“una norma que ponga en conexión la mediación y su ejercicio con el ámbito de la jurisdicción, para potenciar la eficacia real de aquella”* y conformar *“un régimen general aplicable a toda mediación que tenga lugar en España, y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de de los asuntos civiles y mercantiles”*. Tal anteproyecto fue muy informado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y aprobado por el Pleno del 19 de mayo de 2010, en el que se cuestionaba la mayor parte del articulado del citado anteproyecto, siendo así que muchas de las observaciones vertidas en dicho Informe fueron tomadas en consideración en el Proyecto de Ley de

mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se presentó el 11 de abril de 2011.

Así, el Informe elaborado por el CGPJ al anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles puso de manifiesto que *“aunque algunas voces sostienen la falta de necesidad de dotar a esta figura de un régimen legal, debe considerarse plausible la gestación de una ley específica sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello traerá consigo un mayor índice de seguridad jurídica en el empleo de este mecanismo alternativo de resolución de controversias. Esta regulación legal se revela de singular importancia en todo lo que tiene que ver con las conexiones entre mediación y proceso judicial. Se da la circunstancia, además, de que el Gobierno estaba constreñido por la disposición final 3.^a de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la cual le ordenaba remitir a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación, y de que asimismo resulta necesario incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. El fomento de la mediación, como medio de solución de conflictos alternativo a la vía judicial, que puede redundar en una reducción del número de asuntos que llegan a los Juzgados y Tribunales, constituye un objetivo tanto del Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del CGPJ en su sesión de 12 de noviembre de 2008. En este segundo caso, además, son ya muchos los proyectos de mediación intrajudicial puestos en marcha en los últimos años, que cuentan con protocolos pautados de actuación y con resultados tangibles, tanto en el ámbito de familia como en el ámbito penal.”*

De esta forma, vio la luz el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que entró en vigor el 7 de marzo de 2012 («RDL»), por el que no solo se transponía al ordenamiento jurídico español la Directiva (cuyo ámbito de aplicación se reducía a asuntos transfronterizos como hemos analizado con anterioridad), sino que también, y en línea con lo dispuesto en el considerando (8) de la Directiva, se regula la mediación en Derecho interno, desde el ámbito de la competencia del Estado, dándose cumplimiento a la disposición final tercera de la Ley 15/2005. Y todo ello *«[...] dentro de un modelo que ha tenido en cuenta las previsiones de la*

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del año 2002», tal como la propia Exposición de motivos del RD-Ley vino a señalar.

La importancia del RD-Ley radicó en que constituía la primera norma de carácter general que regulaba de forma sistemática la mediación civil y mercantil en un país como el nuestro, en que la cultura mediadora es prácticamente nula en comparación con otros países, especialmente los de origen anglosajón.

Finalmente fue publicada la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación Civil y Mercantil (LMCyM), que ha venido a favorecer el conocimiento, difusión y uso de la Mediación.

La actual Ley se aleja poco de lo proyectado con anterioridad, aunque algunos cambios son relevantes. Por ejemplo, y aunque resulta evidente que la mediación debe ser un procedimiento ágil y rápido para que resulte eficaz, sin embargo, la Ley no establece una duración máxima, como si fijaba el proyecto anterior cifrándolo en dos meses; la actual Ley se limita a prevenir que será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones (art. 20).

1.2. Concepto, principios y figura del mediador.

La vigente Ley 5/2012 establece una ordenación general de la mediación aplicable a los asuntos civiles y mercantiles, fijando su engarce con la jurisdicción ordinaria, con fundamento en las reglas 6.^a y 8.^a del art. 149.1 de la Constitución, sobre legislación mercantil, procesal y civil, por lo que no debe surgir conflicto, en principio, con la regulación existente promulgada por las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias y que se ciñe principalmente al ámbito familiar.

Según la Ley 5/2012, la mediación está *"construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto"*.

De acuerdo con el art. 1 de la Ley 5/2012, *"Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su*

denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador".

Aunque en el Preámbulo se determina que el mediador procurará la solución al conflicto *"de una forma equitativa"*, en el transcrito concepto no se alude explícitamente a la equidad. En todo caso, parece claro que la intervención del mediador no estará fundada ni vendrá revestida necesariamente por criterios jurídicos, sino basados preferiblemente, en ambos casos, en la equidad, lo cual no es una característica privativa de la mediación, pues incluso el arbitraje se puede sustentar en la resolución por laudo fundamentada en equidad por expresa autorización de las partes (art. 34.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).

En la inicial redacción del Real Decreto-Ley, el mediador debía contar con conocimientos específicos que fueran más allá de lo jurídico, alcanzando a los psicológicos, de técnicas de comunicación, de resolución de conflictos y negociación, así como de ética de la mediación, en la Ley 5/2012 se ha suprimido el dominio de estas disciplinas, que se concretan, de forma mucho más genérica, en la necesidad de poseer un título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, sin más (art. 11.2 de la Ley 5/2012).

Por definición, el ámbito de aplicación material de la Ley 5/2012 nos remite al terreno de lo disponible, que es donde se incardinan lo civil y lo mercantil. Por ello, esta Ley *"es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles (...) siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable"* (art. 2.1), quedando excluidas de su aplicación determinadas mediaciones –art. 2.2–
:

- La mediación penal.
- La mediación con las Administraciones Públicas.
- La mediación laboral.
- La mediación en materia de consumo

La Ley se aplica a los conflictos transfronterizos, por sometimiento expreso o tácito, o cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español (art. 2.1).

El domicilio se determinará de conformidad con los arts. 59 y 60 del Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil.

El art. 3.1 aclara cuándo un conflicto es transfronterizo en los siguientes términos: *"Un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable"*. Tendrán también esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que se haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto.

En lo que respecta a los principios informadores, estos se regulan en los arts. 6 a 10 de la Ley, ambos inclusive. De forma sintética, los principios que informan el procedimiento de mediación civil y mercantil son los siguientes:

- Voluntariedad en el inicio y a lo largo del proceso, pues *"nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo"* (art. 6.3)
- Libre disposición (art. 10.1).
- Buena fe y respeto mutuo de las partes (arts. 6.2 y 10.2).
- Colaboración, apoyo permanente y trato deferente al mediador (art. 10.3).
- Neutralidad, diligencia y responsabilidad del mediador (art. 7 in fine y art. 8, que remite al art. 13).
- Confidencialidad de lo expresado en el procedimiento de mediación y de la documentación utilizada en el mismo tanto por las partes como por el mediador (art. 9).
- Incompatibilidad de la mediación, mientras se sustancia, con el ejercicio de acciones judiciales o extrajudiciales con relación al mismo objeto (art. 10.2).
- Igualdad de oportunidades de las partes y "libertad de defensa", en el sentido de que se garantizará "el respeto hacia los puntos de vista" expresados (art. 7).

Según dispone el art. 4 de la Ley 5/2012, el comienzo de la mediación, que se considerará iniciada con la presentación de solicitud por una de las

partes o desde su depósito, en su caso, ante la institución de mediación, suspenderá la prescripción o la caducidad de acciones. La suspensión se prolongará durante el tiempo que medie hasta la fecha de la firma del acuerdo de mediación o, en su defecto, del acta final o se produzca la terminación de la mediación. Si no se firmara el acta de la sesión constitutiva en el plazo de quince días naturales a contar desde el día en que se entiende comenzada la mediación, se reanudará el cómputo de los plazos.

En lo que respecta a la figura del mediador, 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 (art. 11.1).

Junto al "mediador individual" puede aparecer el "mediador institucional", que se regula en el art. 5 de la Ley. Son instituciones de mediación "las entidades públicas o privadas y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, facilitando el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores".

Estas instituciones designarán a mediadores a ellas ligados para intervenir en las concretas mediaciones que les sean sometidas. La designación deberá garantizar la transparencia, con lo que se evitarán posibles conflictos de interés con las partes. Puesto que los mediadores designados aparecen subordinados al mediador institucional, es coherente la regla de que este responderá subsidiariamente de la responsabilidad derivada de la actuación de aquellos.

La Ley matiza que las personas jurídicas que se dediquen a la mediación deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Ley. Se exige también, que el mediador esté en posesión de título universitario o de formación profesional superior (art. 11).

En esta tarea formativa inicial y continuada de los mediadores corresponden importantes atribuciones al Ministerio de Justicia y a las Administraciones Públicas competentes, que, además, elaborarán códigos de conducta voluntarios y fomentarán y requerirán la adhesión de los mediadores individuales y de las instituciones de mediación a tales Códigos.

La aceptación de la mediación (ya sea individual o institucional, aunque solo se alude a la primera) obliga a los mediadores a cumplir fielmente el

encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren (art. 14, del que han resultado excluidos los títulos de imputación de responsabilidad previstos en el Real Decreto-Ley 5/2012, esto es, mala fe, temeridad o dolo, lo que aproxima este régimen de responsabilidad a la objetiva).

Además 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. A nuestro entender y dada la existencia de un encargo que se debe aceptar, consideramos que la responsabilidad ante las que nos encontramos es de carácter contractual, dada la relación entre el mediador persona natural o institucional con los comitentes.

Por lo que respecta a las obligaciones del mediador encontramos en la Ley las siguientes:

- Facilitar la comunicación entre las partes.
- Velar por que las partes dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.
- Desarrollar una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en los arts. 6 a 10 de la Ley, ambos inclusive.
- No iniciar o abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.
- Revelar, antes de iniciar o de continuar su tarea, cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses.

En cuanto a la renuncia por parte del mediador, se encuentra facultado para ello siempre y cuando entregue un acta a las partes en la que conste dicha renuncia.

En el ámbito de la retribución, tanto el mediador individual como el institucional habrán de ver satisfecha una retribución por la prestación de sus servicios, que se podrá exigir como provisión de fondos (art. 15.2, párrafo primero). Inicialmente no se fija cuál haya de ser esta retribución, por lo que su fijación será libre, al igual que su aceptación por los interesados, por lo que será la competencia y el éxito que cada mediador tenga en las disputas que se

le planteen los que sirvan para la exacta determinación de la fijación de honorarios.

La regla general del art. 15.1 es que el coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, se dividirá por igual entre las partes, salvo pacto en contrario.

En el caso de que una parte haya satisfecho la provisión de fondos solicitada, y la otra no, en principio motivaría, que el mediador podría dar por concluida la mediación: No obstante, si alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, el mediador lo comunicará al resto de partes, por si tuvieran interés en suplirla.

En la sesión constitutiva de la mediación, se ha de informar a las partes, y ser recogido en acta, el coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos [art. 19.1 e)].

De la redacción de la norma, no quedan del todo definidas las obligaciones de los mediadores individuales e institucionales, y, en particular, con relación a los institucionales, las relaciones entre estos y los mediadores designados para cada mediación. Tampoco se han concretado con más detalle 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.

Con relación al Real Decreto-Ley, la Ley 5/2012 suavizó, oportunamente, la reglamentación excesivamente intervencionista del estatuto del mediador en cuanto a su formación inicial, quedando reservada su precisión para el futuro desarrollo reglamentario.

En los países anglosajones, donde la mediación se ha desarrollado con más éxito, no existen tales exigencias, salvo para mediadores que desarrollen su actividad en servicios auxiliares de la Administración. A nuestro juicio, existen otros procedimientos más efectivos de conseguir una mediación de calidad y que no pasan por establecer exigencias uniformes.

En todo caso, habrá que trasladar al legislador la convicción de la conveniencia de un sistema muy abierto, que impida que se establezcan barreras artificiales de entrada en favor de intereses particulares y que puedan

dejar fuera a profesionales que tendrían mucho que aportar. Y que prime en todo caso la formación práctica en habilidades.

1.3. Procedimiento de mediación.

El procedimiento principiará por mutuo acuerdo de las partes o por una de ellas en cumplimiento de un pacto (art. 16).

Nos tememos que será difícil el comienzo por mutuo acuerdo, pues, si las partes no han sido capaces de concertarse para resolver sus diferencias, será arduo que lo hagan para someterse de forma voluntaria a mediación. La vía que se debe incentivar debe ser, por tanto, la segunda, es decir, la consistente en introducir en el contrato o relación jurídica de que se trate, con carácter previo, la correspondiente cláusula de sumisión a mediación, que puede venir acompañada, o no, de otras cláusulas que regulen, de forma subsidiaria o alternativa, el sometimiento de la controversia a arbitraje e incluso a un determinado fuero.

La solicitud se formulará ante las instituciones de mediación o ante el mediador propuesto por una de las partes a las demás o ya designado por ellas (art. 16.2).

Cuando el procedimiento se inicie de común acuerdo, "la solicitud incluirá la designación del mediador o la institución de mediación en la que llevarán a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollarán las sesiones y la lengua o lenguas de las actuaciones" [art. 16.1 a)].

De iniciarse la mediación con un proceso judicial en curso, las partes podrán solicitar su suspensión, conforme a lo previsto en la normativa procesal (art. 16.3).

La mediación se podrá llevar a cabo por uno o por varios mediadores; en este último caso, principalmente por la complejidad de la materia o la conveniencia de las partes, debiendo actuar de forma coordinada (art. 18).

Recibida la solicitud, el mediador o la institución de mediación citará a las partes para celebrar la sesión informativa e informar sobre las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, de las características de la mediación, su coste, la organización

del procedimiento, las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el acta de la sesión constitutiva (art. 17.1).

La inasistencia injustificada de cualquiera de las partes a la sesión informativa se equipara al desistimiento de la mediación solicitada (art. 17.1).

Del mismo modo que la sesión informativa del art. 17.1 de la Ley sirve para instruir a las partes que ya han mostrado un interés particular en la mediación, el art.17.2 regula sesiones informativas abiertas, que se podrán desarrollar por las instituciones de mediación "para aquellas personas que pudieran estar interesadas en acudir a este sistema de resolución de controversias", y que en ningún caso sustituirán a la información prevista en el apdo. 1 de dicho artículo.

El inciso inicial del art. 17.1 permite a las partes pactar la omisión de la sesión informativa, lo que se recogería en la cláusula de mediación anteriormente citada o en el acuerdo de las partes formalizado ad hoc, para transitar directamente a la sesión constitutiva prevista en el art. 19.

En la sesión constitutiva, las partes expresarán su voluntad de someterse y desarrollar el procedimiento de mediación, dejando constancia en acta, que se firmará por las partes y el mediador, de lo siguiente:

- a) La identificación de las partes.
- b) La designación del mediador y, en su caso, de la institución de mediación o la aceptación del designado por una de las partes.
- c) El objeto del conflicto que se somete al procedimiento de mediación.
- d) El programa de actuaciones y duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, sin perjuicio de su posible modificación.
- e) La información del coste de la mediación o las bases para su determinación, con indicación separada de los honorarios del mediador y de otros posibles gastos.
- f) La declaración de aceptación voluntaria por las partes de la mediación y de que asumen las obligaciones de ella derivadas.
- g) El lugar de celebración y la lengua del procedimiento.

De no concurrir acuerdo sobre lo anterior y no firmarse el acta, esta recogerá que la mediación se ha intentado sin efecto (art. 19.2).

El procedimiento será lo más breve posible, concentrándose las actuaciones en el mínimo número de sesiones (art. 20), todo lo cual, junto con el hecho de que las partes comparecen por sí mismas, sin necesidad ni obligatoriedad de asesores ni por medio de un representante, contribuirá a la reducción de los costes del proceso de mediación.

El art. 21 tiene por objeto el desarrollo de las actuaciones de mediación, pero más bien parece tratar sobre las facultades del mediador, quien convocará a las partes para cada sesión con la antelación necesaria, dirigirá las sesiones y facilitará la exposición de sus posiciones y su comunicación de modo igual y equilibrado. Lo habitual será que las sesiones se desarrollen con la presencia simultánea de las dos partes en liza, aunque el art. 21.2 faculta al mediador para mantener las comunicaciones con una sola de ellas ("de forma no simultánea"), lo que apunta a que debe concurrir un equilibrio o paridad entre las comunicaciones mantenidas con una y otra parte, con fundamento en el principio de igualdad de las partes e imparcialidad del mediador. El mediador deberá informar a cada parte de la celebración de reuniones por separado con la otra, sin perjuicio de la debida reserva y confidencialidad sobre lo tratado, sin que en ningún caso pueda comunicar ni distribuir información o documentación que una parte le hubiera aportado, lo que es emanación de su deber genérico de confidencialidad, salvo expresa autorización.

De esta forma, llegamos a la terminación del procedimiento, regulada en el art. 22, que podrá ser con acuerdo o sin él. La falta de acuerdo puede derivar del ejercicio del derecho a dar por terminada la mediación (art. 6.3) comunicado al mediador, o por transcurso del plazo máximo acordado de duración del procedimiento. También queda facultado el mediador para poner fin a la mediación cuando aprecie de manera justificada lo irreconciliable de las posiciones de las partes. El art. 22.1 contiene una cláusula de cierre en lo concerniente a la terminación del procedimiento, que, además de por las causas enumeradas, finalizará por "posiciones irreconciliables de las partes o concurra otra causa que determine su conclusión". El art. 22.2 matiza que "La renuncia del mediador a continuar el procedimiento o el rechazo de las partes a su mediador solo producirá la terminación del procedimiento cuando no se llegue a nombrar un nuevo mediador".

Con la terminación se devolverá a cada parte la documentación aportada, y se formará expediente con la que no se deba devolver, que el mediador, o la institución de mediación, conservarán y custodiarán por un plazo de cuatro meses, en lugar de los seis meses previstos en el Real Decreto-Ley 5/2012 (art. 22).

Ya sea con acuerdo o sin él, el acta final determina la conclusión del procedimiento y, en su caso, reflejará de forma clara y comprensible los acuerdos alcanzados, o su finalización por la causa que sea, quedando firmada por las partes, que recibirán un ejemplar original cada una, y el mediador. Si alguna de las partes no quisiera firmar el acta, el mediador hará constar en la misma esta circunstancia, entregando un ejemplar a las partes que lo deseen (art. 22.3).

El art. 23 versa sobre el acuerdo de mediación, que tendrá por objeto todas o parte de las materias sometidas a mediación, las cuales debieron quedar plasmadas en el acta de la sesión constitutiva. En este acuerdo de mediación, que deberá firmarse por las partes o su representante y reservando una copia para el mediador, debiendo constar la identidad y el domicilio aquellas, el lugar y fecha en los que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y la declaración de que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a la Ley, con indicación del mediador que ha intervenido y, en su caso, de la institución de mediación. El acuerdo tiene carácter vinculante, debiendo informar el mediador a las partes de que pueden instar su elevación a escritura pública al objeto de que adopte los caracteres de un título ejecutivo, en los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Contra lo convenido en el acuerdo de mediación solo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (novedad del art. 23.4 de la Ley 5/2012).

1.4. Formalización del título ejecutivo, tribunal competente y ejecución de acuerdos de mediación transfronterizos

En cuanto a la formalización del título, las partes (art. 25) pueden elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación. A dicha escritura se le aplicará el arancel mínimo de los documentos sin cuantía.

El acuerdo se presentará ante notario, acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento. No es necesaria la presencia del mediador en la elevación a escritura pública.

El notario, una vez sometido el acuerdo para elevación a público, examinará que el contenido no es contrario a Derecho y que se ha dado cumplimiento a los requisitos exigidos en la Ley.

Por tanto, dicho acuerdo elevado a escritura pública, constituye y será título ejecutivo, en los términos que dispone el art. 517.2.2 LEC.

Hasta el Real Decreto-Ley 5/2012, derogado por la Ley 5/2012 que sigue la misma línea, el legislador distinguía entre títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, y títulos ejecutivos no judiciales ni arbitrales. De esta forma, el auto que apruebe u homologue el acuerdo de mediación se habría incluido en el primer grupo, mientras que la escritura pública del acuerdo de mediación se habría ubicado en el segundo.

El art. 520 LEC, al regular la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales, establece que la única clase de prestación que pueden incorporar estos títulos es la prestación dineraria, mientras que los acuerdos de mediación elevados a escritura pública pueden incluir prestaciones de otra clase.

Hubiera sido deseable que en el art. 520 LEC se hubiera matizado, con su correspondiente modificación, que los acuerdos de mediación pudieran incorporar prestaciones tanto dinerarias como de otro tipo. Sin embargo, el legislador ha optado por equiparar o asimilar, a todos los efectos, los diferentes acuerdos de mediación –tanto los aprobados u homologados por el Tribunal como los elevados a escritura pública por el notario– a los títulos ejecutivos judiciales o arbitrales, con el objeto de potenciar esta forma extrajudicial de solución de controversias.

Por tanto, y en materia de títulos ejecutivos, hay que distinguir entre los títulos judiciales, los arbitrales y los acuerdos de mediación elevados a escritura pública; y los títulos ejecutivos distintos a los anteriores.

Si el acuerdo de mediación ha de ejecutarse en otro Estado, en virtud de cualquier conflicto transfronterizo, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento los requisitos que, en su caso, puedan exigir los

Convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

Pero, igualmente, la mediación podría tener lugar una vez iniciado un procedimiento judicial, debiendo presentar las partes escrito solicitando la suspensión del procedimiento por someterlo a la mediación. En este caso (art. 25, párrafo cuarto), cuando el acuerdo se hubiere alcanzado en una mediación desarrollada después de iniciar un proceso judicial, las partes podrán solicitar del tribunal su homologación de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los acuerdos alcanzados en mediación deberán ser elevados escritura pública para que tengan la consideración de título ejecutivo (art. 26), teniendo en cuenta el Tribunal competente para ejecutarlo que se distingue, de un lado, la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso, la cual se instará ante el Tribunal que homologó el acuerdo, y, de otro, los acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación, siendo competente el Juzgado de 1.^a Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apdo. 2 del art. 545 LEC.

Por lo que respecta a la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, habría que distinguir aquellos acuerdos de mediación que han adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado, que solo podrán ser ejecutados en España, cuando tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñen las autoridades españolas, todo ello, sin perjuicio de lo que disponga la normativa europea y los convenios internacionales vigentes en España, de aquellos otros acuerdos de mediación sin declaración de fuerza ejecutiva en otro Estado, de tal forma que solo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

En opinión de algún autor, esta solución no es la más adecuada, dado que, si el legislador pretende equiparar el acuerdo de mediación a una sentencia judicial, es más adecuado que el reconocimiento y la ejecución de los acuerdos transfronterizos se rijan por el mismo sistema que el de las resoluciones judiciales, remitiéndose a lo previsto en los arts. 32 y ss. del

Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000. En caso contrario nos hallaremos ante dificultades prácticas en cuanto a la eficacia de los acuerdos de mediación nacionales que no hayan sido homologados judicialmente.

Como cláusula de cierre (arts. 27), se dispone que no podrán ejecutarse los acuerdos que resulten manifiestamente contrarios al orden público español.

1.5. La mediación desarrollada por medios electrónicos

Según dispone la Ley 5/2012, las partes podrán acordar que todas o algunas de las actuaciones a seguir, incluyendo específicamente la posibilidad de que la sesión constitutiva y las sucesivas se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otros medios análogos de transmisión de la voz o imagen, siempre que se respete la identidad de los intervinientes y el principio de mediación (art. 24.1). Las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros se desarrollarán preferentemente por medios electrónicos, salvo que el empleo de estos no sea posible para alguna de las partes (art. 24.2).

La Disposición Final Séptima, titulada "Procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos para reclamaciones de cantidad", dispone que *"El Gobierno, a iniciativa del Ministro de Justicia, promoverá la resolución de los conflictos que versen sobre meras reclamaciones de cantidad a través de un procedimiento de mediación simplificado que se desarrollará exclusivamente por medios electrónicos. Las posiciones de las partes, que en ningún caso se referirán a argumentos de confrontación de derecho, quedarán reflejadas en los formularios de solicitud del procedimiento y su contestación que la institución de mediación facilitará a los interesados. El procedimiento tendrá una duración máxima improrrogable de un mes, a contar desde el día siguiente a la recepción de la solicitud por la institución de mediación"*.

El Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, en los artículos 30 y siguientes ha venido a desarrollar las previsiones de la Ley 5/2012, en cuanto a la mediación por medios electrónico.

Destaca en el citado desarrollo reglamentario, que tanto el mediador y, en su caso, la institución de mediación que hayan contratado con un proveedor de servicios electrónicos, deberán habilitar los mecanismos necesarios para

garantizar a las partes la seguridad, el buen funcionamiento de la plataforma y de los sistemas electrónicos utilizados, así como la privacidad, la integridad y el secreto de los documentos y las comunicaciones, la confidencialidad en todas las fases del procedimiento así como asegurarán el cumplimiento de las previsiones exigidas en la normativa en materia de protección de datos de carácter personal.

Con arreglo al principio de confidencialidad, se dará opción a las partes a indicar si los documentos que entregan o las comunicaciones que entablan no tienen este carácter. En caso de que no conste manifestación expresa, se entenderá que la documentación y comunicaciones quedan sometidas al régimen de confidencialidad.

Se establece además, una responsabilidad directa del mediador o de la institución de mediación frente a las partes por los daños que se les pudieran causar por el incumplimiento de las obligaciones que les incumban, en particular en aplicación de las normas sobre protección de datos de carácter personal.

En lo relativo a la acreditación de la identidad de las partes y del mediador el reglamento recoge que se realizará con arreglo a lo dispuesto en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, mediante un sistema de firma electrónica que garantice la identificación de los firmantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos, en todas las actuaciones que requiera el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos. En defecto de lo anterior, tanto las partes y como el mediador podrán acreditar su identidad presencialmente ante el mediador o las instituciones de mediación, acordando un sistema de acceso seguro de mutuo acuerdo.

El procedimiento tendrá una duración de un mes y las partes, de mutuo acuerdo, podrán transformar un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos en cualquier otro procedimiento de mediación. En el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos se podrán llevar a cabo de manera presencial las actuaciones que las partes acuerden.

Una vez presentado el formulario de solicitud de la mediación por el solicitante, el mediador se pondrá en contacto, a la mayor brevedad, con la

parte solicitada para recabar su conformidad para el comienzo del procedimiento.

El mediador concederá a la parte solicitada un plazo razonable para contestar a la solicitud. Si la parte solicitada no contestara dentro del plazo, la solicitud se considerará rechazada, sin que ello impida a las partes desarrollar posteriormente un procedimiento de mediación presencial o electrónico.

El mediador informará al solicitante del momento en el que se produzca la contestación a su solicitud, su sentido o, en su caso, la falta de respuesta de la otra parte.

Una vez recibida la contestación, se remitirá a las partes un certificado que tendrá la consideración de acta de la sesión constitutiva a los efectos de generar un número de expediente.

En lo que respecta a las posiciones de las partes, quedarán reflejadas en el formulario de solicitud y en el de contestación que el mediador o la institución de mediación pongan a su disposición.

La parte solicitante fijará la cantidad reclamada en el formulario de solicitud de inicio. El formulario contemplará un apartado relativo a los detalles de la pretensión, en el que se especificará el desglose de la cantidad reclamada entre el principal y los intereses, u otros aspectos controvertidos sobre las condiciones de pago. El formulario de contestación permitirá aceptar la cantidad reclamada, rechazarla o formular una contrapropuesta, en cuyo caso se especificará también su posición respecto a la pretensión presentada.

1.6. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La Disposición final tercera de la Ley 5/2012 vino a introducir modificaciones en algunos artículos de la Ley 1/2000, concretamente se modificaron los artículos 19, 39, 63, 65, 66, 206, 335, 347, 395, 414, 415, 438, 440, 443, 517, 518, 539, 545, 548, 550, 556, 559, 576 y 580, y procede a encajar la mediación en el proceso judicial, operando modificaciones de tipo procesal que pretende faciliten su aplicación dentro del proceso civil.

Como punto de partida de nuestro breve análisis, encontramos regulada (art. 19 LEC) la facultad de las partes para disponer del objeto del juicio y someterse a mediación, precepto de aplicación supletoria general. Si hay un proceso pendiente se puede optar por solicitar su aprobación judicial al amparo del art. 19.2 LEC, teniendo así eficacia ejecutiva.

En cuanto a la declinatoria, se diseña un sistema de relación entre la mediación y el proceso que es muy novedoso, pues da un tratamiento análogo tanto al sometimiento a la mediación como al sometimiento al arbitraje, y no deja de ser curioso si se tiene en cuenta que un elemento básico del proceso de mediación es la voluntariedad y la posibilidad en todo momento de desistir de la mediación por cualquiera de las partes.

Se tiende a fortalecer el uso de la mediación, impidiendo, por tanto, que un órgano jurisdiccional pueda conocer de un asunto cuando las partes se han sometido a mediación.

Como novedad, a instancia de parte se podrá plantear una cuestión previa relativa a la jurisdicción por existir un procedimiento de mediación en curso, así como la posibilidad de presentar declinatoria por haberse pactado que se haya de intentar la mediación.

El demandado (art. 39 LEC) podrá denunciar la falta de jurisdicción por haberse sometido la controversia a mediación, integrándose la sumisión mediación (art. 63.1 LEC) como motivo de la declinatoria. En el derecho italiano está previsto que el intento del procedimiento de mediación es condición de procedibilidad de la demanda judicial, que debe ser excepcionado por el demandado en el primer acto procesal en el que tenga oportunidad. Además, el Juez la puede apreciar de oficio en la primera audiencia. La consecuencia será la suspensión del proceso, dando un plazo de 15 días a las partes para la presentación de la demanda de conciliación, fijando la siguiente vista después de la caducidad del plazo máximo de la duración de la mediación.

Hay autores que entienden que, al no haber acudido a un procedimiento de mediación antes de iniciar el proceso judicial, no se puede determinar la inadmisión de la demanda, debiendo permitirse la subsanación. De igual forma, entienden que una cosa es que se fomente el uso de un método alternativo de resolución de conflictos y otra que se sancione con el no inicio del proceso con las graves consecuencias que puede tener para el cómputo de los plazos de

prescripción y caducidad. En palabras de estos autores, no se puede obligar al demandante a acudir a una institución que tiene por naturaleza carácter voluntario, ya que ello implica convertirla en un trámite inútil y meramente dilatorio.

El propio CGPJ en su informe indica que "no parece que tenga mucho sentido instaurar supuestos de mediación obligatoria cuando el propio legislador presume que se van a convertir en meros trámites previos sin una verdadera efectividad, pues lo único que ello supondrá es que la agregación de nuevas cargas llamadas a lastrar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia".

De esta forma se fortalecen completamente los acuerdos por escrito de sometimiento a mediación, indicándose incluso la necesidad de intentar el procedimiento de buena fe, asegurada, en buena medida, con la introducción en el apdo. 1 del art. 395 LEC de la definición de mala fe a efectos de condena en costas, cuando se hubiera iniciado procedimiento de mediación por la otra parte, recogándose expresamente que: "Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él demanda de conciliación".

En cuanto a la modificación de dicho precepto, el cual establece que la no participación en la mediación intentada por una de las partes, se interpretará como mala fe a efectos de imposición de costas, podría ocurrir, que si la parte ganadora del proceso no ha participado en la mediación que se intentó por la contraria, podrá ser condenada en costas, suponiendo una quiebra y excepción al principio del vencimiento.

Esta concreta modificación del precepto, se constituye como un elemento incentivador para la utilización del mecanismo de la mediación y así descongestionar los ya colapsados Juzgados. Hay autores que han entendido que no solo es suficiente con haber asistido a la mediación o la primera sesión, sino que se le debe de exigir mayor implicación en el proceso de mediación para evitar la condena en costas. Instrumentos como este han tenido gran trascendencia en Estados Unidos y Reino Unido para conseguir extender la mediación y descargar los Tribunales.

Por lo que respecta al régimen de recursos, cabrá recurso de apelación contra el auto, absteniéndose de conocer por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a un Tribunal de otro orden jurisdiccional, por haberse sometido el asunto a arbitraje o a mediación o por falta de competencia objetiva, pero respecto del auto que rechace la falta de competencia solo cabrá recurso de reposición, sin perjuicio de alegar la falta de esos presupuestos procesales en la apelación contra la sentencia definitiva. Igual solución se le da al auto rechazando la sumisión expresa.

Las resoluciones judiciales (art. 206 LEC) sobre la admisión o inadmisión de los acuerdos de mediación deberán revestir la forma de auto.

Una de las notas definitorias de la mediación es la confidencialidad. Y así se han modificado los arts. 335 y 347.1º LEC. El primero de ellos introduce un nuevo apdo. 3 que prohíbe la posibilidad de solicitar dictamen al perito que haya actuado en una mediación relacionado con el mismo asunto, al igual que el art. 347 LEC que, establece como excusa, la confidencialidad, para con ello imposibilitar las declaraciones del mediador en un proceso en el que existiera coincidencia de partes con la mediación.

En la Ley no se regula una dicción semejante a la regulada en la LEC, y recoge la excusa análoga en relación con los testigos. Es claro que tanto el mediador como el personal gestor de los programas de mediación no podrán ser llamados nunca como testigos, de acuerdo con la obligación de confidencialidad que les vincula, tal y como se desprende de lo previsto en el art. 9 de la Ley 5/2012.

Pero algún autor ha señalado que, desde un punto de vista práctico, uno de los principales problemas con los que se enfrenta la mediación es que las partes saben que si no tiene éxito puede iniciarse un proceso judicial. En este no se podrán utilizar los materiales o los documentos que se hayan aportado a la mediación, pero se habrán desvelado unos datos que podrán ser utilizados en el proceso judicial. En palabras de este autor, bien es cierto que dicha utilización no se hará de forma directa, sino indirecta, es decir, si una parte tiene conocimiento de que la contraria tiene un documento porque lo ha aportado a la mediación no lo presentará como documento en el proceso posterior, pero sí podrá requerirle para que lo presente en el proceso judicial. Por ello, las partes deberán prestar un especial cuidado en su actuación en el

proceso de mediación para evitar que les pueda perjudicar en el proceso posterior.

Lo anterior nos lleva a concluir que tanto el mediador como el personal participante en el procedimiento de mediación no podrán ser llamados como testigo o perito en un proceso entre las partes.

En la audiencia previa (art. 414 LEC), si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

Se puede destacar la facultad atribuida a los Jueces de poder invitar a las partes, atendido el objeto del proceso, a intentar una mediación e "instarlas a acudir a una sesión informativa" (art. 414 LEC), debiendo informar a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación. Los Jueces son cada vez más conscientes de las posibilidades de la mediación en su función complementaria a la justicia. En beneficio de las partes, deberían tener los Jueces facultades para imponer un intento de mediación, máxime considerando que, en todo caso, cualquiera de las partes podría abandonarla en cualquier momento por el principio de libre determinación. Tales facultades deberían, además, poder ejercerlas en cualquier momento del procedimiento. Igualmente, se permite la suspensión del procedimiento a solicitud de las partes para someterse a mediación (art. 415 LEC).

La modificación operada por la Ley 5/2012, viene a incluir el acuerdo de mediación constituido en título ejecutivo en el régimen general de ejecución, a diferencia del anterior Proyecto de Ley presentado en 2011, que otorgaba el carácter de título ejecutivo al acuerdo de mediación firmado por un mediador, lo que fue muy criticado por parte de la doctrina.

En este punto la Directiva comunitaria flexibiliza tal exigencia, pues venía a otorgar un cierto margen de discrecionalidad a los Estados, estableciéndose una obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, salvando la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemplase su carácter ejecutivo. La solución

de la Ley ha sido que la ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos.

Al igual que ocurre con el arbitraje, adoptado un acuerdo de mediación se tiene que articular un sistema para posibilitar la ejecución del mismo. Como hemos señalado con anterioridad (art. 25), la formalización del título ejecutivo, en virtud del cual las partes podrán elevar a escritura pública el acuerdo alcanzado tras un procedimiento de mediación y para hacerlo efectivo el acuerdo de mediación se presentará ante un notario acompañado de copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento.

Por tanto, el citado documento se constituye así en título ejecutivo (art. 517.2.2º LEC) teniendo aparejada ejecución. Así pues, la ejecutividad del acuerdo de mediación pasa por esta formalidad, para lo que es preciso elevarlo a escritura pública, y una vez verificado, hay que tener en cuenta que existe también el plazo de caducidad para su presentación con la demanda ejecutiva a falta de cumplimiento voluntario, ya que (art. 518 LEC) se establece que la acción ejecutiva fundada en un acuerdo de mediación caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

El Proyecto otorgaba al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, "eficacia ejecutiva" y establecía que "será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento". Algún sector doctrinal defendía que carecía de sentido atribuir carácter ejecutorio a documentos firmados por personas que no ejercen función pública alguna y cuya garantía de autenticidad es inexistente o muy débil, y que no tienen por qué tener preparación jurídica y, de hecho, no es usual que la tengan. Al hacerlo, además, se producía el efecto de la desnaturalización de la ejecución forzosa, por la necesidad de realización de un control de legalidad en algún momento, con el resultado previsible de conversión de la ejecución en proceso de cognición. Pero lo más asombroso es que se equipare el acuerdo de mediación con la sentencia o el laudo arbitral y no se haga con la escritura pública, cuya posibilidad de ejecución –como sabemos– se encuentra severamente cercenada.

La Ley introduce la modificación del art. 438.3 LEC, por la que se añade una 4.^a excepción a la no admisión en los juicios verbales de la acumulación de acciones, de tal forma que, en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa.

Se incorpora en el apdo. 1 del art. 440 LEC la previsión relativa a que en la citación se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso estas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

Por lo que respecta al art. 443 LEC, se incorpora un nuevo párrafo tercero en el apdo. 3, relativo a que, en atención al objeto del proceso, el Tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa y a que las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o arbitraje.

Finalmente, se han suprimido las referencias que el proyecto hacía, tanto a la protocolización del acuerdo a instancia de una sola de las partes y a la eficacia de cosa juzgada del título como a las referencias procesales del ejercicio de la acción de nulidad del acuerdo de mediación o a la posibilidad de acudir al trámite procesal de revisión del título.

También a través de la convalidación por parte del órgano jurisdiccional del acuerdo de mediación puede otorgarse fuerza ejecutiva al mismo (art. 19.2 LEC), que deberá revestir la forma de auto (206 LEC).

Se viene a exigir la intervención de abogado y procurador para ejecuciones de acuerdos de mediación siempre que la cantidad por la que se despache ejecución supere los 2.000 euros, y, en cuanto a la competencia objetiva, será competente para denegar o autorizar la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de 1.^a Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación, estableciéndose un plazo de espera para la ejecución de los acuerdos de mediación, siendo así

que no se despachará ejecución dentro de los 20 días posteriores a aquel en que la firma del acuerdo haya sido notificada al ejecutado.

En palabras de algún autor, la Ley no ha otorgado la eficacia de cosa juzgada al acuerdo de mediación y no regula ni la acción de anulación ni el proceso de revisión. Sin embargo, asimila su ejecución a la de títulos judiciales y laudos arbitrales. Ello planteará la cuestión de cuál es la vía procesal que tendrá que utilizar el afectado por el mismo para impugnarlo. Con carácter general, este deberá ser el procedimiento declarativo ordinario. Y todo ello sin perjuicio de que pueda oponerse a la ejecución si estima que este es contrario a derecho.

Se modifica el art. 548 LEC, relativo al plazo de espera de la ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o de acuerdos de mediación, dándosele nueva redacción, y en consecuencia se exige la firmeza de la resolución de condena, de modo que no se despachará ejecución de resoluciones procesales, arbitrales o de acuerdos de mediación, dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena sea firme, o la resolución de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado.

Cabe la posibilidad de que el ejecutado se oponga a la ejecución del acuerdo de mediación (art. 556 LEC) "si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente". Por tanto, los motivos de oposición son tasados, no pudiendo alegarse otros distintos a los contenidos en el referido precepto, recayendo, como no podía ser de otra manera, la carga de la prueba en cuanto a la causa de oposición alegada en el ejecutado.

También cabe la oposición por defectos formales (art. 559.1.3.º LEC) cuando el acuerdo de mediación no cumpla los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art. 520 LEC.

En la nueva redacción dada, procede la aplicación de la mora procesal del devengo de intereses (art. 576.3 LEC) desde el acuerdo de mediación, así como de otro lado (art. 580 LEC) la innecesariedad de practicar requerimiento

de pago al deudor en casos de acuerdos de mediación que conlleven entrega de dinero.

2. Origen y evolución normativa en el Estado español.

Una vez publicada la Directiva Europea 2008/52/CE, de 21 de mayo², al Estado español, se le dio de plazo hasta el 21 de mayo de 2011 para aprobar una ley nacional. Dicha Directiva regulaba ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, obligando a los Estados miembros a legislar sobre mediación (salvo el caso de Dinamarca) no más allá de 2011.

En España, la mediación, había sido competencia de las diferentes Comunidades Autónomas, legislando con diferentes criterios, lo que hacía necesario unificar los procedimientos con el fin de adaptarse a la legislación comunitaria.

El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) tuvo muy claro que -siguiendo la experiencia de otros países- dentro del Plan de Modernización de la Justicia³, se debía incluir e impulsar la mediación civil y penal. De esta forma, el CGPJ inició una colaboración con el Grupo Europeo de Magistrados Europeos por la Mediación (GEMME)⁴ con el objetivo de estudiar el estado de la mediación en España, principales problemas y las medidas que resultaban necesarias para su impulso y efectividad, incluyendo las posibles reformas legislativas necesarias.

En el informe del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2010⁵ concretamente se señalaba que *"debe quedar claro que el favorecimiento de cualquier método alternativo de solución de disputas no representa un intento de privatización o externalización de la función jurisdiccional, pues no se trata de suplantar a la Administración de Justicia, sino de complementarla, propiciando que los propios interesados alcancen el*

² Diario Oficial de la Unión Europea L 136/3, 24.5.2008.

³ Plan aprobado en el Pleno del Consejo General del Poder Judicial celebrado el día 12 de noviembre de 2008.

⁴ www.gemme.eu/nation/espana

⁵ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria a la Ley para la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado y a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

arreglo de sus diferencias por cauces amigables en aquellos casos en que, dada la índole de la materia, ello sea posible. Vale decir que estos métodos constituyen no tanto una alternativa a la justicia, como una justicia alternativa".

Superado el plazo dado por la Unión Europea, se ratificó con carácter de urgencia el día 29 de marzo de 2012, el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo⁶, sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, incorporándose así la regulación europea, al derecho español.

Meses después vio definitivamente la luz la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁷.

En la Exposición de Motivos del derogado Real Decreto-Ley 5/2012 no se tenía claro si la mediación era una alternativa o un complemento a la tradicional Administración de Justicia, siendo adjetivada simultáneamente de ambas formas.

Con la publicación de la Ley 5/2012, la mediación ha demostrado de momento, ser un complemento, un elemento accesorio, pero no se debe descartar que la efectiva implantación de esta cultura de la mediación permita algún día cercano, que nos hallemos ante una alternativa efectiva al recurso a la autoridad judicial e indirectamente, a la efectiva autocomposición de intereses, aligerando de tal carga al Estado.

A tenor de lo que dispone la propia Ley 5/2012, la mediación está *"construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto"*.

Según algún sector doctrinal⁸, ha sido un error que la mediación se haya configurado como una opción, de carácter voluntario, ex art. 6.1 de la Ley 5/2012, dado que la preceptividad podría ser positiva para un listado de casos en los que, antes de acudir a la vía judicial, se pudiera exigir una certificación de haber intentado sin efecto el recurso a la mediación.

⁶ Publicada en Boletín Oficial del Estado núm. 56, de 6 de marzo de 2012. Disposición actualmente derogada.

⁷ Publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁸ MAGRO SERVET, V., «La mediación civil y mercantil: Ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos» en Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, Nº. 158, 2014, págs. 5-44.

La reciente Ley 14/2013 de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización⁹, institucionalizó la llamada Mediación Concursal y para ello introdujo los artículos 231 a 242 de la Ley Concursal, regulando lo que vino a denominarse como “*Acuerdo extrajudicial de pagos*”. Se introdujeron también dos disposiciones adicionales, la séptima referida a los créditos de derecho público y la octava referida a la remuneración del Mediador Concursal.

Una de las novedades más significativas que introducía dicha norma en el ámbito concursal, fueron los denominados acuerdos extrajudiciales de pagos y la figura del mediador concursal que los supervisa.

Los acuerdos extrajudiciales de pagos suponen una alternativa para la negociación extrajudicial de deudas tanto de personas físicas, empresarios o no, como de personas jurídicas. La Ley establece diversos mecanismos para fomentar el uso de estos acuerdos extrajudiciales de pago, destacando por ejemplo, la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación en concurso consecutivo y fortuito de la persona física, empresario o no, en que se hubiera satisfecho un mínimo pasivo o se someta a un plan alternativo de pagos.

Aunque su análisis lo será en profundidad en próximos capítulos sí que podemos avanzar, que tendrán acceso a estos acuerdos, los empresarios personas físicas cuyo pasivo no supere los cinco millones de euros y determinadas personas jurídicas¹⁰. En todo caso, esta opción queda vetada a quienes se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite, y a los que en los tres últimos años hubieran alcanzado un acuerdo de este tipo, hubieran obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso.

⁹ Publicado en Boletín Oficial del Estado núm. 233 de 28 de Septiembre de 2013.

¹⁰ La norma solo permite iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos a las personas jurídicas que cumplan las siguientes condiciones: que se encuentren en estado de insolvencia, que no cumplan los requisitos del art. 190 LC para los concursos de especial complejidad (menos de 50 acreedores, estimación inicial del pasivo inferior a 5 millones de euros, valoración de bienes y derechos inferior a 5 millones de euros), que dispongan de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo y cuyo patrimonio e ingresos previsibles permitan el éxito del acuerdo.

La finalidad de la creación del Mediador Concursal¹¹, no ha sido otra que la consecución de la aprobación de un acuerdo de pagos, que permitiese la supervivencia de la empresa e incluso facultándose al mediador para que pudiese solicitar la declaración de concurso. Será el deudor quien tenga que solicitar el nombramiento de un Mediador Concursal. En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

En los demás casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor. En el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

El nombramiento recaerá de forma secuencial entre las personas que figuren en la lista que suministre el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

Meses más tarde, la publicación del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, vino a establecer - respecto de los mediadores y partiendo de una concepción abierta de la formación, acorde a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores- los requisitos respecto a la configuración de la formación de los mediadores, los cuales con carácter general han de estar relacionados con la titulación del mediador, su experiencia profesional y el ámbito en el que preste sus servicios.

No obstante, dentro de esa concepción abierta de la formación, el legislador entendió necesario establecer algunas reglas básicas que preservasen el objetivo de la Ley, de dotar a los profesionales de la cualificación idónea para practicar la mediación.

¹¹ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia» en Diario La Ley, nº 8230, 2014.

En virtud de dicho Real Decreto, también se creó el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, con la finalidad de facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. Respecto de los mediadores concursales la inscripción en este Registro (Sección Segunda) se ha previsto obligatoria a diferencia del resto de mediadores que se estableció como voluntaria. Este registro, según la Exposición de Motivos que precede al Real Decreto, responde al principio de unidad de información. Es decir todo lo que afecte al concurso y al concursado, sean resoluciones procesales, asientos registrales o acuerdos extrajudiciales, incluso acuerdos de refinanciación, van a encontrar su debida publicidad a través del registro. Se pretende con ello que la información que se suministre a los interesados, que ni decir tiene será a través de internet, sea coordinada y completa.

Como novedad, se prevé la interconexión de este registro con los registros de resoluciones concursales de los restantes Estados miembros de la Unión Europea.

Con la misma sistemática que ha venido caracterizando las sucesivas reformas de la Ley 22/2003, concursal -cuatro en un año contando la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización-, el día 1 de octubre de 2014, se publicó en el BOE la Ley 17/2014 sobre medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda, que modificaba, el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, ya convalidado por el Congreso.

Concretamente y en lo que aquí nos afecta se vino a modificar el artículo 5 bis de la LC, estableciéndose que en el caso en que se solicitase un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto aceptase el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

Asimismo se ha establecido que sea el Registrador o Notario, quienes inscriban en el Registro Público Concursal el denominado acuerdo extrajudicial de pagos, lo que se llevará a efecto reglamentariamente. Tampoco podrán

iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudo, hasta que no se suscriba el acuerdo extrajudicial de pago como más adelante tendremos ocasión de analizar.

3. Breve referencia a los procesos de reestructuración de deuda en el ámbito de la Unión Europea.

3.1. Regulación previa a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

No fue hasta finales de los años noventa, cuando la Unión Europea comenzó a interesarse por la implementación de un método complementario al sistema judicial. Con la mirada en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, y la experiencia que en estos países habían tenido las nuevas técnicas de resolución de conflictos, la Unión Europea, con fecha 21 de enero de 1998, aprobó la Recomendación nº R (98) 1, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la mediación Familiar.

Igualmente y a finales del año 1998, tuvieron lugar en el seno de la IV Conferencia Europea sobre Derecho de Familia, celebrada en Estrasburgo una serie de debates en torno a la mediación en el ámbito familiar.

La Recomendación nº R (98) 1, aconsejaba a los países miembros introducir, promover o reforzar la Mediación Familiar con, entre otros, los siguientes objetivos:

- a) Mejorar la comunicación entre los Estados miembros de la familia;
- b) Reducir los conflictos entre las partes;
- c) Obtener a acuerdos amistosos;
- d) Asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre los padres y los hijos;

- e) Reducir los costes económicos y sociales de la separación y del divorcio para las partes y para los Estados;
- f) Reducir el tiempo necesario para la solución de conflictos.

El éxito que se tuvo en el ámbito familiar, a través de las *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, o modalidades alternativas de solución de conflictos, tuvo como consecuencia que los Estados miembros firmaran distintos compromisos, entre ellos, la conferencia de Viena en diciembre de 1998, Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, Lisboa en marzo de 2000 o la de Feira en junio de 2000, esta última aprobando el Plan de Acción eEurope 2002¹².

No obstante lo anterior, las ADR no eran interpretadas de igual forma en cada uno de los Estados miembros y por tanto para desarrollar las ADR a escala europea y en concreto la mediación con todas las garantías de seguridad y dentro de un marco uniforme, se pusieron en marcha los programas Grotius y Marc 2000¹³.

No fue hasta el año 2002, cuando el Comité Económico y Social Europeo aprobó, en el 395º Pleno, el Dictamen de 11 de diciembre, sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (COM 2002/196).

¹² Dentro del referido Plan, en el objetivo 3: Estimular el uso de internet, se llegó a la siguiente conclusión por parte del Consejo Europeo de Lisboa: "*La Comisión y el Consejo tienen que estudiar la manera de fomentar la confianza del consumidor en el comercio electrónico, especialmente mediante sistemas alternativos de solución de diferencias.*" Se pedía además a las empresas y a las organizaciones de consumidores que llevaran a cabo un esfuerzo sustancial para desarrollar la autorregulación y los sistemas alternativos de solución de diferencias. Este esfuerzo sólo se llevaría a cabo si se dan incentivos suficientes. El plan de acción eEurope, establecía como acción, que por parte de la Comisión y los Estados miembros se debía desarrollar la EEJ-net ("Red Europea Extrajudicial"), la cual enlaza sistemas alternativos de resolución de litigios así como lanzar proyectos piloto a nivel europeo a través del Programa IST.

¹³ El programa se denominaba "Modes Alternatifs de Reglement des Conflicts (MARC)" y se puso en marcha mediante la colaboración de la CMAP(Francia), BBMC(Bélgica), CEDR (Reino Unido), NMI(Holanda), UNION CAMERE (Italia) con el patrocinio de la Comisión Europea. El objetivo de GROTIUS MARC 2000 era el estudio de la mediación en el espacio comunitario. El informe presentaba la situación sobre la mediación en el año 2000 país por país a modo de informe objetivo sobre las entidades que operan y leyes vigentes en cada país de la Unión Europea. El segundo aspecto del informe presentaba una serie de recomendaciones para propiciar el fortalecimiento del uso de la mediación en la EU.

En el referido dictamen se fomentaban las ADR dentro del ámbito civil y mercantil y su aplicación en los litigios nacionales y transfronterizos como respuesta a una Europa cada vez más cercana a la vida cotidiana de los actores económicos (mercado único, moneda única) y de los ciudadanos (desplazamientos, movilidad laboral, relaciones familiares, etc.).

El Dictamen señalaba que las ADR no debían ser un medio de sustraerse a la justicia de cada Estado miembro ni tampoco una forma de separarse de la justicia; al contrario las ADR debían seguir siendo siempre una opción consentida por cada una de las partes. Se venían a exponer, las ventajas que ofrecen las ADR, entre las que destacamos, la de proponer a las partes un procedimiento alternativo, a la vez que se preserva su derecho fundamental de recurso a la justicia.

Pero no se incluyen en el ámbito de este libro los sistemas de procesamiento de demandas, puestos a disposición de los consumidores por los profesionales; en tales procedimientos no intervienen terceros, sino que se encarga de los mismos, una de las partes del conflicto. Tampoco los sistemas de negociación automática sin intervención humana, propuestos por los prestarios de servicios de la sociedad de la información; estos sistemas no son procedimientos de solución de conflictos con intervención de un tercero imparcial, sino instrumentos técnicos destinados a facilitar la negociación directa entre las partes del conflicto.

Después de numerosas recomendaciones, como lo fueron las Recomendaciones R (86) 12 del Consejo de Ministros de los estados miembros, respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales y la Recomendación R (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros, sobre la Mediación Familiar, vio la luz la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo que regulaba ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

De esta forma, el Parlamento Europeo obligaba a cada Estado miembro a instaurar procedimientos alternativos de carácter extrajudicial en asuntos civiles y mercantiles. La razón para este compromiso era la de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas mediante la cooperación judicial en materia civil que sean necesarios para el correcto funcionamiento del mercado interior. Así

el Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la aplicación de la Directiva 2008/52/CE en los Estados miembros, finalizaba con una Propuesta de Resolución por el Parlamento Europeo en la que se apostaba por incluir la mediación como uno de los accesos a la Administración de justicia.

Partiendo del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, se sentaron las bases de lo que debía de ser la mediación en materia civil y mercantil dentro de la Unión Europea.

3.2. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999¹⁴, llevó consigo la elaboración de una nueva legislación para instaurar los denominados ADR (alternative dispute resolution).

Así fue como en 2002 la Comisión Europea presentó un Libro Verde¹⁵ en el que se hacía un estudio de las legislaciones de los Estados miembros en la materia, así como de la normativa sectorial comunitaria (esencialmente en el ámbito del consumo) y en el que se planteaban determinadas cuestiones e interrogantes.

En 2004 finalmente se presentó por la Comisión una propuesta legislativa. La propuesta de Directiva fue discutida durante algunos años, tanto por el Consejo de la Unión Europea como en el seno del Parlamento Europeo. Finalmente fue publicada la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del

¹⁴ El Consejo Europeo celebró una sesión especial en la ciudad de Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea

¹⁵ Bruselas, 19.04.2002 COM (2002) 196 final. El Consejo invitó a la Comisión a presentar "un Libro Verde que recapitulase la situación y que iniciase una amplia consulta con miras a la preparación de las medidas concretas que convenga adoptar". El Libro Verde vino a constituir la oportunidad de dar a conocer las ADR a un gran número de personas y permitió también hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria. El objetivo de la consulta pública sobre el Libro Verde es recoger tanto las observaciones generales de los medios interesados como las reacciones específicas a las cuestiones que en él se plantean. Dichas cuestiones son de orden jurídico y se refieren a los elementos determinantes de los procesos de ADR, como son las cláusulas de recurso a las ADR, los problemas que plantean los plazos de prescripción, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, la eficacia de los acuerdos derivados de ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, su acreditación y su régimen de responsabilidad.

Consejo de 21 de mayo de 2008¹⁶ sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Hasta la entrada en vigor de la Directiva la legislación de los países comunitarios sobre mediación versaba, en su mayoría, sobre mediación familiar a excepción de Austria, Bélgica y Francia que si disponían de leyes de mediación general.

El Considerando 6º de la Directiva literalmente venía a señalar lo siguiente: *"La mediación puede dar 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. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos."*

El objetivo de la Directiva, tal y como se señala en el texto de la misma, fue el de *«facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial»*.

A este objetivo se unen otros contenidos¹⁷ en los Considerandos, que pasamos a enumerar:

- Mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde se garantice la libre circulación de personas; y para conseguirlo es necesario adoptar medidas de cooperación judicial que son necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.
- Asegurar un mejor acceso a la justicia.
- La mediación puede proporcionar una solución económica y rápida a los conflictos.

¹⁶ Publicada en el DOUE de 24 de mayo de 2008.

¹⁷ Para CASO SEÑAL, M., «Mediación. Signo distintivo de Europa» en Diario La Ley, núm. 7046, 2008, *"El objetivo de la Directiva es claro; la Unión Europea quiere mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Ello exige medidas de cooperación judicial en materia civil para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. Y asegurar un mejor acceso a la justicia debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios."*

- Mayor probabilidad de que se cumplan los acuerdos y de que se mantenga una relación amistosa y viable entre las partes.
- Necesidad de una legislación marco sobre la mediación para que las partes puedan acudir a la misma para solucionar los litigios.

En cuanto al aseguramiento de «una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial», nos encontramos con el «núcleo» de la Directiva, siendo éste garantizar que el recurso a la mediación permita, en el caso de llegarse a un acuerdo, que tenga el mismo efecto que el ámbito judicial y, en caso de no alcanzarse un acuerdo, se garantice que las partes no vean perjudicada su situación procesal.

Respecto del ámbito, la Directiva se aplicará *«en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana»* según dispone su art. 1.

Por tanto, y a nuestro entender el ámbito de la directiva es el siguiente:

- *Ámbito competencial o territorial del litigio*; por litigio transfronterizo se entiende aquél en el que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro en que residan o estén domiciliadas las otras partes en el momento en que: a) una vez surgido el litigio, las partes acuerden acudir a la mediación; b) un tribunal ordene acudir a la mediación; c) sea legalmente obligatorio recurrir a la mediación; o d) se proponga por el tribunal a las partes que recurran a la mediación o les pida que acudan a una sesión informativa sobre la misma. Asimismo, también se entiende por litigio transfronterizo, a efectos del contenido de la Directiva sobre confidencialidad y suspensión o interrupción de plazos, los procedimientos judiciales o arbitrales iniciados después de una mediación terminada sin acuerdo, siempre que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en Estado o Estados miembros diferentes de aquél en el que se siga el proceso judicial o arbitraje en el

momento en que las mismas hayan acordado hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio y el tribunal ordene acudir a la mediación o sea legalmente obligatorio recurrir a la misma (artículo 2 de la Directiva). El Estado miembro en el que está domiciliada la parte se determina conforme a lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Reglamento 44/2001. Así el artículo 59 se remite a la ley del foro para determinar si una persona está domiciliada en el Estado miembro del foro y, caso de no ser así, a la ley del Estado miembro donde se entienda que pueda estar domiciliada la persona.

En lo que se refiere a las personas jurídicas, el Reglamento 44/2001, fija reglas especiales para los trusts y para el Reino Unido e Irlanda, fijándose alternativamente como posibles domicilios los lugares de sede estatutaria, administración central y centro principal de actividad.

A juicio de algunos autores¹⁸, hubiera sido más conveniente una regulación más amplia de la mediación para proporcionarle un mayor impulso; no limitándola a supuestos transfronterizos que cuantitativamente son mucho menores que los conflictos que puedan surgir entre nacionales de un mismo Estado miembro.

- *Ámbito material*; Las materias a las que se extiende la aplicación de la Directiva lo es a las propiamente civiles y mercantiles (art. 1.2 de la Directiva). Pero, el concepto civil y mercantil en el Derecho comunitario es un concepto autónomo que no coincide plenamente con la concepción que en la normativa española podemos tener de las materias que se encuadran en el orden jurisdiccional civil. Así, el TJCE¹⁹ ha señalado que el concepto de civil y mercantil no puede ser interpretado solamente a la luz de la división de órdenes jurisdiccionales que puedan existir en cada Estado miembro, sino que debe serlo por referencia, primero, a los objetivos del Convenio de Bruselas de 1968 y

¹⁸ MUÑOZ, P., «El proyecto de Directiva europea sobre mediación», Cuadernos de Derecho Judicial, Nº 5, 2005, indica que *“si desde Europa se van a exigir unos mínimos de calidad en la prestación de los servicios en el derecho interno se tendrán que adoptar las medidas necesarias para tal fin, porque es absurdo pensar que para las mediaciones con elemento transfronterizo se exijan unos requisitos, y para las que se realicen en España se exijan otros.”*

¹⁹ STJCE de 14 de octubre de 1976, Eurocontrol; STJCE de 14 de noviembre de 2002, Baten; STJCE de 15 de mayo de 2003, Préservatrice; STJCE de 18 de mayo de 2006, Čez; STJUE de 15 de febrero de 2007, Lechouritou.

del Reglamento 44/2001 y, segundo, por referencia a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídico-nacionales. Por tanto, el concepto de «civil y mercantil» es en gran medida el que resulta de las materias cubiertas por el Convenio de Bruselas y por el Reglamento 44/2001. La Directiva indica expresamente que no se aplica a las materias fiscal, aduanera y administrativa ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*).

- *Ámbito territorial*; en este sentido el art. 1 considera como Estados miembros de la Comunidad Europea a todos los Estados miembros, con la excepción de Dinamarca. Esto se debe a que Dinamarca no participa en la cooperación judicial civil (arts. 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y art. 1.3 de la Directiva). Por su parte, el Reino Unido e Irlanda tienen un derecho de opción positivo en este ámbito, habiéndolo ejercido ambos en sentido afirmativo, siendo los dos estados parte de la Directiva (considerandos 29 y 30 de la Directiva).

Pero la Directiva tiene un carácter limitado, al diseñar un marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ocupándose de aspectos muy concretos y prescindiendo de una regulación uniforme, no ya de los medios alternativos de solución de conflictos, sino de la propia mediación, que no deja de ser uno de esos métodos alternativos de solución de conflictos englobados bajo el acrónimo inglés *Alternative Dispute Resolutions (ADR)*, cada uno con un radio de acción propia.

No obstante no debe aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral (Considerando 10º).

Tampoco debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto (Considerando 11º).

Si será aplicable, a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente (Considerando 12º).

Tal y como establece la propia Directiva, la mediación debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. Por tanto deben ser las propias partes las que decidan acudir a la mediación; sin ningún tipo de imposición. Sólo cuando las partes acudan de forma libre y voluntaria a la mediación se podrán lograr acuerdos de forma satisfactoria. Sin embargo, la propia Directiva contradice el citado principio de voluntariedad; así encontramos por un lado, que el artículo 3 indica que a través de la mediación las partes en litigio *“intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio”*, lo que supone un claro reconocimiento del principio de voluntariedad; sin embargo, a continuación en el mismo precepto se indica que el procedimiento de mediación *“puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”*. En principio, es difícilmente compatible el hecho de que sean las partes las que voluntariamente acudan a la mediación con que un órgano jurisdiccional o la

propia legislación ordenen acudir a la misma para solucionar un litigio. Por tanto, parece que la directiva no configura la voluntariedad con carácter absoluto.

Se entiende la mediación como un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Se incorpora en este apartado un párrafo segundo conforme al cual se indica expresamente que se incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio; por el contrario, no incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competente para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio. La letra b) del art. 3 incorpora la definición del mediador, como 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 mediación²⁰.

En este sentido, recomienda a los Estados miembros que promuevan la formación inicial y permanente de los mediadores y establezcan mecanismos eficaces de control de calidad de la prestación de servicios de mediación.

Además, los distintos Estados elaborarán códigos de conducta voluntarios y fomentarán su adhesión a los mismos de los mediadores y las organizaciones que presten tales servicios. El referente comunitario lo encontramos en el Código de Conducta Europeo para mediadores²¹, que contiene previsiones sobre la competencia y designación de los mediadores, los principios que deben presidir el procedimiento, el acuerdo alcanzado y sobre los honorarios; aunque hay que tener presente que este Código no tiene carácter vinculante.

²⁰ Las principales características del mediador también deben estar contenidas en el concepto de mediación, puesto que ayudan a precisar el término.

²¹ Aprobado en Octubre de 2004 por la Comisión Europea.

De otro lado, habría que mencionar un aspecto importante en la esfera del mediador: la confidencialidad; el mediador deberá guardar silencio de todo lo acaecido durante el procedimiento. El principio de confidencialidad está reconocido en todos los textos comunitarios que hacen alusión a la mediación; concretamente en la Directiva también se reconoce, pero como ningún principio es absoluto, en determinados supuestos debe ceder en la mediación. Y así, la Directiva 2008/52/CE en su artículo 7 contempla las siguientes excepciones:

- Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público.
- Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

Ahora bien, el art. 3 a) de la Directiva europea sobre mediación establece que se “incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio” El citado precepto parece facultar a que un juez desempeñe funciones de mediación, pero siempre y cuando no esté conociendo de un procedimiento judicial vinculado al mismo²².

En la referida directiva, se establecen los mínimos respecto de los cuales los estados miembros han de legislar, así como las definiciones, competencias, códigos de conducta, competencia, etc...siendo su carácter vinculante para los estados²³.

No obstante hay quienes entienden que la directiva comunitaria tiene ciertas limitaciones, ya que sólo obliga para los casos de mediación transfronterizos, es decir para aquellas situaciones en que los litigantes se

²² Algunos autores han venido a contemplar la posibilidad de que el juez actúe en la doble faceta de mediador y de juez. MEJÍAS GÓMEZ entiende que “El juez, en el caso de que se trate del mismo que debe enjuiciar y sentenciar, si la mediación no sale bien deberá resolver, y si no ha sido muy escrupuloso en el proceso de mediación puede verse afectada su apariencia de imparcialidad.” A pesar de contemplar esta posibilidad el autor se inclina a que “el proceso de mediación lo realice uno o varios jueces que no son los que tienen que dictar sentencia”. MEJÍAS GÓMEZ, J.F., La mediación como forma de tutela judicial efectiva, El Derecho Editores, 2010, p. 27.

²³ Para ÁLVAREZ SACRISTÁN sobre ciertos aspectos de la directiva comunitaria, entiende que “La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial, por el hecho de que dependa de la buena voluntad de las partes o porque el mediador no sea exactamente un juez oficial. Sino que se trata de que la medicación responda a los siguientes criterios: A) Que sea dirigida por un mediador fiable; B) que se formalice por escrito; C) que pueda solicitarse su fuerza ejecutiva como acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional, y que esta fuerza ejecutiva pueda ser reconocida por cualquiera de los Estados miembros de la UE.” ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., «Aproximación a la mediación prejudicial que viene», *Diario La Ley*, núm. 7088, 8 de enero de 2009, p. 3.

encuentran en países diferentes. Además se considera desde ciertos círculos europeos, que pierde la oportunidad de aplicar los informes del Libro Verde de 2002 y la propuesta de Directiva de 2004 en donde se proponía una verdadera regulación integrada de la mediación.

El artículo 6 regula el carácter ejecutivo de los acuerdos, contemplando dos excepciones a dicha ejecutividad, así establece que “el contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.”

En relación con los acuerdos que se puedan alcanzar, la Directiva, declara podrán llegar a tener carácter ejecutivo a través de una sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente. El texto comunitario otorga a los Estados miembros un amplio elenco de posibilidades para que puedan elegir por qué vía los acuerdos pueden alcanzar carácter ejecutivo.

No obstante lo anterior, la directiva comunitaria contempla dos supuestos en los que el acuerdo no alcanzará fuerza ejecutiva: los acuerdos que vulneren la legislación del Estado miembro donde se formule la solicitud de ejecutividad, o bien, que dicho Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo. Ello nos conduce a pensar que la norma comunitaria pretendía un control del contenido del acuerdo.

En lo que se refiere al reconocimiento de los acuerdos, a nivel comunitario, son de aplicación los artículos 32 y 34 del Reglamento 44/2001²⁴; así, los acuerdos logrados en un procedimiento de mediación podrán alcanzar carácter ejecutivo siguiendo el procedimiento establecido en tal Reglamento.

Pero si la mediación termina sin lograrse un acuerdo, la directiva señala que el plazo volverá a contar desde el momento del término de la mediación sin acuerdo, a contar desde la fecha en que una o ambas partes o el mediador den por terminada la mediación. La regulación comunitaria en este punto es más garantista, y evita así que la actuación de algún Estado pueda conllevar perjuicios para sus nacionales. La directiva contempla así, la suspensión de los

²⁴ Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

plazos de caducidad y de prescripción de manera que no se impida a las partes recurrir a los tribunales.

No se puede olvidar que el sometimiento de una controversia a un procedimiento de mediación supone que durante un lapso de tiempo las partes no van a acudir a los tribunales porque van a intentar solucionar el conflicto por sí mismos por lo que es necesario que dicho plazo no compute a efectos procesales. No obstante, la Directiva no establece el momento de inicio y de terminación del cómputo de los plazos.

Finalmente poner de manifiesto, que tanto a nivel interno como internacional resulta confusa la distinción entre la conciliación y la mediación, siendo muy escasas las diferencias entre ambas y así la propia directiva analizada, hacía y hace alusión, al concepto de mediación en el siguiente sentido: “procedimiento estructurado, sea cual sea su denominación...”, con ello se pretendió evitar el posible problema terminológico que podría surgir por la concepción que cada Estado tiene respecto a un método u otro.

La Directiva 2008/52/CE, reconocía en su Considerando 8º que sus disposiciones, si bien estaban pensadas para la mediación en litigios transfronterizos, no debía impedir que los Estados miembros aplicasen sus disposiciones también a procedimientos de controversia nacionales.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, a los acuerdos alcanzados, se les daba garantía de reconocimiento internacional y ejecutividad de conformidad con lo establecido en el ya conocido Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Con tal finalidad, la Directiva, en su artículo 1º, definía la mediación, como *“un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”*.

3.3. Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial y Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.

El 15 de noviembre de 2011, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución del Parlamento Europeo, con recomendaciones a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho europeo de sociedades, que incluía recomendaciones para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

En la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único II de 3 de octubre de 2012, la Comisión emprendió la acción clave de modernizar las normas de insolvencia de la Unión con el fin de facilitar la supervivencia de las empresas y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios. Con este fin, la Comisión anunció que estudiaría la forma de mejorar la eficacia de las normativas nacionales sobre insolvencia con vistas a crear condiciones de competencia equitativas para las empresas, los empresarios y los particulares en el mercado interior.

La Comunicación de la Comisión titulada *Nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial* de 12 de diciembre de 2012, ponía de relieve ciertos sectores en los que las divergencias entre las normativas nacionales sobre insolvencia podían obstaculizar el establecimiento de un mercado interno eficiente.

El 9 de enero de 2013, la Comisión adoptó el Plan de Acción sobre emprendimiento 2020 en el que se invitó a los Estados miembros, entre otras cosas, a reducir en la medida de lo posible el período de suspensión de actividad y liquidación de deudas de un emprendedor honrado después de una quiebra hasta un máximo de tres años, y a ofrecer servicios de asistencia a las empresas para su pronta reestructuración, consejos para evitar las quiebras y apoyo a las PYME para reestructurarse y relanzarse.

Recientemente se ha publicado la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial, (2014/135/UE), cuyo objetivo es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia y, por lo tanto, maximizar su valor total para los acreedores, los empleados y los propietarios, así como para el conjunto de la economía. La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión²⁵.

Para la Comisión Europea, las normas nacionales en materia de insolvencia difieren considerablemente en cuanto a los procedimientos de que disponen los deudores con dificultades financieras para reestructurar sus empresas.

Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos en los que las empresas solo pueden reestructurarse en una fase relativamente tardía, en el marco de los procedimientos formales de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en una fase más temprana pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o implican formalidades variables, especialmente en lo que respecta al recurso a los procedimientos extrajudiciales.

Del mismo modo, las normas nacionales que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios, en particular, la condonación de las deudas contraídas en el curso de la actividad empresarial, varían en lo que respecta a la duración del período de condonación y las condiciones en que esta puede concederse.

Lo anterior supone, una serie de divergencias entre los marcos nacionales de reestructuración, y entre las normas nacionales que ofrecen una

²⁵ Se excluye del ámbito de aplicación de la Recomendación a las empresas de seguros, las entidades de crédito, las empresas de inversión y otras entidades de inversión colectiva, las entidades de contrapartida centrales, los depositarios centrales de valores y otras entidades financieras que estén sujetas a marcos de cobro y resolución especiales en los que las autoridades nacionales de supervisión dispongan de amplios poderes de intervención. Aunque el sobreendeudamiento y la insolvencia de los consumidores no entran en el ámbito de aplicación de la, se insta a los Estados miembros a estudiar la posibilidad de aplicar estas recomendaciones también a los consumidores, ya que algunos de los principios recogidos en la Recomendación también les pueden ser aplicables.

segunda oportunidad a los empresarios no culpables, lo que hace que aumenten los costes y la incertidumbre a la hora de evaluar los riesgos de invertir en otro Estado miembro, fragmentando así las condiciones de acceso al crédito y dan lugar a diferentes tasas de recuperación para los acreedores.

El Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo²⁶ reguló únicamente las cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia.

En la antedicha Recomendación se señalaba que para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un

Mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso.

El objetivo de la Recomendación comunitaria es animar a los Estados miembros a establecer un marco que permita la reestructuración eficiente de las empresas viables con dificultades financieras, y ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados, con el fin de fomentar el espíritu empresarial, la inversión y el empleo, y contribuir a reducir los obstáculos para el buen funcionamiento del mercado interior.

Igualmente se recomienda, que el procedimiento de reestructuración no debería ser largo ni costoso, y debería ser flexible para permitir la adopción de medidas extrajudiciales. En lo que a la intervención del órgano jurisdiccional se refiere, debería limitarse a lo necesario y ser proporcionada, a fin de salvaguardar los derechos de los acreedores y de otras partes interesadas que resulten afectadas por el plan de reestructuración.

Algunos Estados miembros están revisando actualmente sus normativas nacionales sobre insolvencia con el fin de mejorar el marco del rescate de la empresa y la segunda oportunidad para los empresarios. Por lo tanto, es

²⁶ Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160 de 30.6.2000).

conveniente fomentar la coherencia de estas iniciativas y de otras posibles en el futuro a fin de reforzar el funcionamiento del mercado interior.

Pero, dentro del ámbito de la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros en la Unión Europea, recientemente se ha dictado el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, que tiene por objeto, como se recoge en su Considerando primero, por un lado, mejorar la aplicación de las disposiciones contenidas en el Reglamento número 1346/2000 del Consejo, y por otro, refundir en un único texto todas las modificaciones introducidas al mismo, con el fin de reforzar la eficaz administración de los procedimientos de insolvencia transfronterizos.

El citado reglamento, viene a establecer las normas aplicables a los procedimientos de insolvencia, entre las cuales se incluyen las disposiciones que regulan la competencia para la apertura de este tipo de procedimientos y de las acciones que se deriven directamente de ellos y que guarden una estrecha vinculación con los mismos. Asimismo, contiene disposiciones relativas al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos, así como disposiciones relativas a la ley aplicable, y establece normas sobre la coordinación de los procedimientos de insolvencia relativos a un mismo deudor o a varios miembros de un mismo grupo de sociedades.

También podrá extenderse su ámbito de aplicación a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios.

Puede igualmente, hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido. Dado que esos procedimientos no implican necesariamente el nombramiento de un administrador concursal, deben estar sujetos al presente Reglamento si se

desarrollan bajo el control o la supervisión de un órgano jurisdiccional. En este contexto, el término «control» debe incluir aquellas situaciones en las que el órgano jurisdiccional solo intervenga a instancia de un acreedor u otras partes interesadas.

El reglamento entró en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea y será aplicable a partir del 26 de junio de 2017, salvo para algunos preceptos.

Según el Anexo A del reglamento, será aplicable a los Acuerdos Extrajudiciales de Pago, previstos y regulados en la LC así como a los mediadores concursales.

Las principales características pueden resumirse en las siguientes:

- Se pasa del planteamiento tradicional de liquidación a un planteamiento de “segunda oportunidad” para empresas viables y empresarios honrados con dificultades económicas en el caso de procedimiento de insolvencia transfronterizo.
- Su ámbito de aplicación es más amplio que el del Reglamento 1346/2000, incluyendo los procedimientos híbridos y de pre-insolvencia, así como los procedimientos de condonación de deuda y otros.

Si comparamos la nueva regulación con la todavía vigente, la del Reglamento 1346/2000, las novedades más relevantes del nuevo Reglamento pueden concretarse en:

- La extensión de su ámbito de aplicación a los llamados procedimientos híbridos o preconcursales.
- La clarificación del concepto de centro de intereses principales.
- La potenciación del procedimiento principal en relación con los posibles procedimientos secundarios.

El reglamento define los procedimientos de «preinsolvencia», como aquellos «procedimientos colectivos públicos, regulados en la legislación en

materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, [...] c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que se refieren las letras a o b²⁷».

La inclusión de los procedimientos de preinsolvencia en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria ha sido considerada como un error por algún autor²⁸. Según este sector doctrinal, revela por parte del legislador comunitario una preocupante ignorancia de cómo operan estos procedimientos y de cómo su praxis es ajena a la estructura de procedimiento principal, sobre la que se sustenta el Reglamento.

En rigor, la nueva normativa, pretende extender su ámbito de aplicación a los procedimientos o institutos preconcursales y por tanto podemos decir que a la luz de la nueva normativa, estaríamos ante: procedimientos colectivos, públicos, basados en el derecho concursal y que inciden sobre los derechos individuales del deudor y/o acreedores, a los que se les impide la ejecución individual.

²⁷ Los procedimientos de los apartados a y b son aquellos en los que a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre un administrador concursal, y b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial.

²⁸ CARRASCO PERERA, A. «Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento europeo de insolvencia: el caso español» en Análisis GA&P | Septiembre 2015

CAPITULO II

CAPITULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO (AEP).

1. Autocomposición.

Se denominan sistemas autocompositivos a aquellos que se caracterizan por ser las propias partes contendientes, las que de forma voluntaria, pretenden alcanzar un acuerdo o “transacción” (regulado en el Código Civil (en adelante CC) en los artículos 1809 y ss.), para la resolución del conflicto.

Así, son las propias partes las que intentan solucionar la controversia que las separa, y a través del consenso entre ellas, podrían resolver el conflicto. CARNELUTTI se refería a estos métodos como “equivalentes jurisdiccionales”²⁹ y ALCALÁ-ZAMORA resalta su otra dimensión como medios de solución de conflictos, aunque también los engloba como métodos de conclusión anormal del proceso³⁰.

Estos sistemas, gestionan mejor³¹ los intereses de las partes en conflicto, al ser ellas mismas las que resuelven su litigio a través del diálogo (solas o con la ayuda de un tercero), llegando finalmente a un acuerdo o transacción.

La autocomposición necesita la cooperación de las partes, de modo que ambas ganen y pierdan algo, para resolver su conflicto. Esto permite que terminado el litigio, las partes puedan mantener una mejor relación entre ellas, al haber pactado su propio acuerdo, lo que llevará mayoritariamente a una ejecución voluntaria de la transacción.

En las formas autocompositivas, aun cuando interviene un tercero -caso del amigable componedor, del conciliador o del mediador- resultará que la decisión del caso no se impone sino que es aceptada sobre la base del acuerdo o del consenso. La decisión se acata por la fuerza de la aceptación, que tuteló o patrocinó el entendimiento.

²⁹ CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, núm. 14, 1936. p. 55

³⁰ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Textos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 1970, p. 78.

³¹ BELLOSO MARTÍN, N. «Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista electrónica de Direito Processual*, vol. II., 2013.

Los sistemas autocompositivos, se han hecho especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes. También cuando las partes buscan la confidencialidad, la rapidez en la resolución, o un menor coste que la jurisdicción.

Ahora bien, estos sistemas también tienen sus límites, dado que no se pueden utilizar para resolver conflictos no disponibles, del mismo modo que son menos eficaces para los supuestos de reclamaciones patrimoniales.

Tampoco suelen operar, cuando una parte es económicamente más fuerte que la otra, y en consecuencia impone a la más débil las condiciones para resolver el conflicto, esgrimiendo los altos costes que supondría para la otra parte la vía judicial o arbitral, logrando de esta manera, transacciones más ventajosas para la parte más fuerte.

Sin embargo, no es pacífica la división entre los distintos métodos autocompositivos. Algunos autores consideran que el hecho de que intervenga un tercero implica que ya nos encontramos ante los medios heterocompositivos.

No obstante lo anterior, el elemento clave para diferenciar la autocomposición de la heterocomposición no es tanto la intervención de terceros sino de quien nace la solución del conflicto.

Para ALCALÁ ZAMORA³² el desistimiento, el allanamiento y la renuncia son los tres únicos medios autocompositivos de resolución de conflictos. Otros autores consideran que la mediación y la conciliación ocupan una posición intermedia entre la autocomposición y la heterocomposición³³. Así, este sector doctrinal considera que al margen de los dos citados métodos se puede destacar *“una tercera órbita intermedia ubicada entre las anteriores donde igualmente participa un actor distinto a los involucrados (rasgo heterocompositivo), pero sin capacidad jurídica para imponer una solución, sino que es un “ayudante”, para que las partes avancen (rasgo autocompositivo), en*

³² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., ob, cit. pág. 85.

³³ OVALLE FAVELA, J., *Teoría general de proceso*, 4ª ed, México, Oxford University Press, 1998, p. 26.

*el proceso de construir las mejores opciones que pueden satisfacer sus intereses*³⁴.

Podrían por tanto considerarse mecanismos de solución de conflictos autocompositivos: la negociación, la conciliación y la mediación.

Respecto de la mediación y la conciliación, están integradas dentro de los llamados sistemas ADR (acrónimo de la denominación en inglés Alternative Dispute Resolution) y de origen norteamericano³⁵. En las últimas décadas se ha producido una búsqueda de alternativas no jurisdiccionales para la resolución de conflictos, que fundamentalmente tuvieron su origen en los sistemas anglosajones, y en especial en los EEUU, si bien en los últimos años han perdido el sentido alternativo a los tribunales, para actuar en ciertos sectores del ordenamiento de forma complementaria, cambiando su denominación (Adequated Dispute Resolution), pero no las siglas.

Dentro de la tutela extrajudicial podemos distinguir dos clases:

- Los ADR³⁶ (Alternative Dispute Resolution, o Adequated Dispute Resolution): que engloban, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.
- Las ODR (Online Dispute Resolution) nacieron para ser utilizadas en un entorno electrónico, suponiendo la aplicación de las nuevas tecnologías

³⁴ CASTAÑO GIRALDO, J. I., «Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflicto» en *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2007, p. 72.

³⁵TORRES ESCÁMEZ S. «Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos», en *El notario del siglo XXI*, Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid, nº 32, 2010. En dicho artículo se describe el origen de los ADR, cuyo germen fue un célebre artículo del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, Roscoe POUND, publicado en 1906 y titulado «Las causas de la insatisfacción popular con la Administración de Justicia». Así en los años 60 y 70 del siglo pasado, la situación de la Justicia norteamericana era verdaderamente insostenible. Puede señalarse como muestra que el montante económico de los gastos legales en Estados Unidos era superior a la facturación de toda la industria siderúrgica. Llegó a haber en un año más de 18 millones de pleitos civiles, uno por cada diez adultos. Esta situación hizo que se pusieran en marcha los diferentes sistemas alternativos al proceso y, como más importantes, la conciliación, la mediación, la evaluación preliminar independiente, el mini-juicio, y el arbitraje.

³⁶ A pesar del uso mayoritario del acrónimo «ADR», los autores españoles también emplean otros términos como «MASC» («Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos» o «Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos»), o «MARC» («Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos»); y expresiones similares como «Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos» o «Medios Alternativos de Solución de Diferencias». Vid. BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Ed. Reus, Madrid, 2009, pp. 12-13.

en la resolución de los conflictos derivados de transacciones electrónicas, incluyendo el llamado arbitraje electrónico³⁷ o en línea, así como las restantes modalidades de resolución extrajudiciales en cuya realización tenga lugar el uso de medios electrónicos con la finalidad de agilizarlos, flexibilizarlos y abaratarlos.

Los ADR se definen como aquellos métodos de resolución de conflictos de naturaleza exclusivamente contractual y estructura más o menos determinada, en virtud de los cuales, uno o varios terceros, de forma autocompositiva o heterocompositiva, ayudan a las partes a solventar la controversia. Las características que permiten diferenciar a los ADR del resto de métodos de solución de conflictos serían las siguientes: a) el protagonismo de la autonomía de la voluntad; b) la naturaleza puramente contractual; c) la flexibilidad; d) la rapidez y reducido coste económico; e) la importancia de los intereses de las partes y; f) la presencia de uno o varios terceros.

En cuanto al término «alternative» ha sido y sigue siendo objeto de debate doctrinal. De forma general se entiende que el concepto de ADR se refiere al conjunto de métodos de resolución de conflictos distintos del proceso judicial, esto es, aquellos que ofrecen una alternativa al mecanismo de solución de disputas más tradicional. Históricamente, en su origen (en EE.UU), se utilizó el adjetivo «alternative» para destacar la contraposición con el proceso judicial, debido a que la mediación, comenzó a utilizarse como método al margen de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Pero a partir de la década de los 80, el uso de los ADR comenzó a generalizarse y como efecto, el uso de los mismos en el marco de los tribunales, integrándose en la práctica de los

³⁷ En «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», BARRAL VIÑALS, I., Revista de Internet, Derecho y Política, nº 11, 2010, Universitat Oberta de Catalunya, (on line), se señala que la regulación del arbitraje electrónico de consumo es presentado por la Exposición de Motivos del RD 231/2008 como una gran novedad. Supone el desarrollo de un sistema a medio camino entre la posibilidad de usar las TIC (medios electrónicos) en el arbitraje y la mediación de consumo y la creación de plataformas en línea de ODR en esta materia, cuya finalidad básica sería agilizar el proceso y eliminar costes. Regula el arbitraje de consumo electrónico en el que se marca una clara distinción entre el arbitraje electrónico y los «trámites realizados por vía electrónica» dentro de un proceso convencional (art. 3.3). Tras esta distinción, en los dos casos declara aplicable en lo no dispuesto por el RD 231/2008 la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. A pesar de todo, el RD 231/2008 tiene una visión restrictiva del arbitraje electrónico, ya que considera como tal sólo aquel que se lleva a cabo de manera íntegra por medios electrónicos, aunque a continuación admite que algunas actuaciones pueden ser presenciales.

órganos jurisdiccionales, dejando de ser, exclusivamente, métodos alternativos al sistema judicial, para convertirse en complementarios al mismo.

Ante esta realidad, algunos autores propusieron utilizar el término ADR como sinónimo de DR (dispute resolution), esto es, incluyendo en el mismo a todo método de solución de conflictos, incluido el proceso judicial³⁸.

Como hemos recogido con anterioridad, los ADR son cauces extrajurisdiccionales, desarrollados por personas que no están ejerciendo el poder jurisdiccional y de carácter voluntario; así las partes en conflicto deben ponerse previamente de acuerdo para participar en alguno de dichos métodos, y además pueden generalmente abandonarlo en cualquier momento.

La dicotomía ADR-proceso judicial sigue siendo criticada, en tanto que de ella se deriva otra consecuencia errónea: la falsa homogeneidad del resto de ADR, cuando algunos, como el arbitraje, tienen más en común con el proceso judicial que con otros instrumentos de solución de conflictos.

En el ámbito europeo, el 18 de junio de 2013 se publicó la Directiva 2013/11/UE relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de Consumo, más conocida como Directiva ADR, siendo su principal finalidad, la protección de los consumidores, así como garantizar a estos consumidores procedimientos rápidos y efectivos para reclamar sus derechos en una relación de Consumo. La Directiva ADR ha debido de ser transpuesta a los ordenamientos jurídicos nacionales de los diferentes estados miembros antes del 9 de julio de 2015.

Todo ello sin restringir el acceso a los órganos jurisdiccionales, debido a que pese a las Recomendaciones de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios [conflictos] en materia de consumo, y 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, los mecanismos de resolución alternativa de conflictos no se han establecido correctamente ni funcionan satisfactoriamente en todas las áreas geográficas o sectores empresariales de la Unión Europea.

³⁸ BERGER emplea el acrónimo DRP (Dispute Resolution Process) para referirse al conjunto de métodos de solución de conflictos globalmente considerados y sin distinción alguna, vid. *Private dispute resolution in international business*, vol. II Handbook, 2ª ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pp. 38-40.

En cuanto a los conflictos transfronterizos se erigen en vértice de los ADR cuando se analiza el espacio sin fronteras que por su propia naturaleza supone el entorno Internet, en donde la preocupación máxima es dotar de elementos de reclamación alternativos a las nuevas prácticas de comercio electrónico. La preocupación por los conflictos transfronterizos ha crecido con ocasión del auge del comercio electrónico, lo que supone el paso de los ADR a los ODR, y por tanto el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el marco de los ADR y la potenciación de un nuevo marco normativo para las relaciones de consumo nacidas en Internet.

No podemos olvidar que la resolución de conflictos mejora cuando viene asistida por las tecnologías de la información y la comunicación, dado que cuando las comunicaciones a distancia se permiten, no hay necesidad de viajar, lo cual reduce considerablemente los costes e incrementa el acceso a la justicia. Los métodos de resolución de conflictos en línea, conocidos por la expresión anglosajona de Online Dispute Resolution (ODR), se originaron con la sinergia de la tecnología y los métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution o ADR) para dirimir las disputas originadas en Internet.

Sin embargo, según la mayoría de los expertos, el desarrollo de los ODR no ha llegado a cumplir con sus expectativas. Uno de los retos de los ODR es la falta de conocimiento de los ODR. Los consumidores necesitan poder identificar servicios efectivos de ODR, mientras que los proveedores necesitan encontrar a usuarios. La desconfianza, el desconocimiento y la diferencia de recursos de los litigantes no siempre permiten una autorregulación efectiva.

La intersección entre el desarrollo de los ADR en materia de consumo y el comercio electrónico, así como la gran oportunidad de usar las TIC en los ADR de consumo, se ven muy claras en textos como la Comunicación 2001/161. Pero a pesar de esto, el impulso real del ODR dependerá del desarrollo efectivo del comercio electrónico.

La UE está especialmente interesada, desde hace tiempo, en crear un clima de confianza en la Red de cara al consumidor y a la pequeña y mediana empresa, porque es consciente de que los dos son los pilares sobre los que debe asentarse el desarrollo real del comercio electrónico en el mercado interior que, de momento, se mantiene en un estado de desarrollo inicial.

En la actualidad en el desarrollo de los ODR ya no prima el acceso de los consumidores a la justicia, sino la generación de la confianza en el nuevo medio, que resulta menos permeable de lo que se desearía. La cuestión será como los ADR se transformen en ODR así como su tratamiento legal, el cual es distinto al de la mediación, nacida de conflictos cuyo valor económico puede ser una incógnita –conflictos familiares, interculturales–, y en los que la esencia del proceso está en la presencia de las dos partes en conflicto y, frecuentemente, en el hecho de que se reconozcan como interlocutores.

El Reglamento 524/2013 sobre resolución de litigios en línea en materia de Consumo (ODR), de aplicación en los diferentes Estados miembros de la Unión Europea a partir del 9 de enero de 2016, se encuentra interrelacionado con la Directiva ADR y es complementario de la misma; tiene como objeto la creación de una plataforma de resolución alternativa de conflictos on line que ofrezca a los consumidores y a los comerciantes una ventanilla única a tales efectos, mediante entidades de resolución alternativa vinculadas a esa plataforma con procedimientos de calidad.

Dado que cada vez son más los consumidores y comerciantes que realizan transacciones on line, resulta indispensable disponer asimismo de un sistema de resolución de conflictos on line fiable y eficiente que contribuya a desmantelar los obstáculos existentes en el mercado interior en su dimensión digital y potencie la confianza de los consumidores.

La mediación concursal, es un método de carácter autocompositivo, donde el mediador concursal, acerca a las partes, trabaja para establecer o restablecer la comunicación entre ellas, ayudándolas por tanto a solventar sus diferencias. Como hemos visto, la autocomposición es una de las características principales de la mediación y en nuestro caso de la mediación concursal, pues supone la resolución de un conflicto mediante un acuerdo conseguido por las partes involucradas de común acuerdo, donde su papel es protagonista, sin olvidar la intervención de un mediador “concursal” que deberá conducir el procedimiento.

2. Distinción con otras figuras: Conciliación, transacción y negociación.

Como se ha recogido en el apartado anterior, la mediación se enmarca dentro de los llamados "sistemas alternativos de resolución de conflictos" o "alternative dispute resolution" (ADR), según su denominación inglesa.

En la Exposición de Motivos del derogado Real Decreto-Ley 5/2012 no se tenía claro si la mediación era una alternativa o un complemento a la tradicional Administración de Justicia, siendo adjetivada simultáneamente de ambas formas.

Con la publicación de Ley 5/2012, la mediación quizá no sea más que un complemento, un elemento accesorio, pero no se debe descartar que la efectiva implantación de esta cultura de la mediación permita algún día cercano que nos hallemos ante una alternativa efectiva al recurso a la autoridad judicial e, indirectamente, a la efectiva autocomposición de intereses, aligerando de tal carga al Estado.

La Ley 5/2012 estableció una ordenación general de la mediación aplicable a los asuntos civiles y mercantiles, fijando su engarce con la jurisdicción ordinaria, con fundamento en las reglas 6.ª y 8.ª del art. 149.1 de la Constitución, sobre legislación mercantil, procesal y civil.

Según la Ley 5/2012, la mediación está *"construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto"*. Por ello, hemos de diferenciar la mediación de las distintas figuras, de solución de conflictos tales como el arbitraje, conciliación, transacción, etc.

2.1. Conciliación.

Los AEP, no pueden considerarse un supuesto de conciliación, dado que ésta última tiene una naturaleza distinta.

Así, "Conciliar" se deriva del vocablo latino "conciliare" que significa componer, ajustar los ánimos de quienes están opuestos entre sí.

Mediante la conciliación las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, y siempre que la materia sea disponible -cuestión que analizaremos en apartado independiente- pueden evitar el inicio de un procedimiento judicial o poner fin al juicio ya comenzado, por consenso en la

solución de su conflicto, alcanzado ante un tercero (juez de paz, o secretario judicial) antes del proceso de declaración, o iniciado el proceso. En la conciliación, el tercero no decide nunca, son las partes las que resuelven.

En nuestro ordenamiento jurídico, hay dos clases de conciliación³⁹:

- Si la conciliación es anterior a juicio y siendo su finalidad evitarlo, se le denomina *preprocesal*, teniendo naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria. Si la conciliación no termina con avenencia, las partes pueden acudir posteriormente a otros mecanismos de resolución de controversias heterocompositivos, como la jurisdicción o el arbitraje. Su finalidad es evitar el futuro proceso judicial o arbitral al resolverse el litigio entre las partes, y quedar sin objeto el futuro proceso. La conciliación preprocesal es facultativa. El auto del juez de paz o el decreto del secretario judicial en donde se recoge el acuerdo de las partes es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.
- Cuando el juicio ya se ha iniciado y lo que se pretende es finalizarlo, entonces la conciliación es intraprocesal, puesto que tiene lugar dentro del proceso y ante el juez competente que conoce del asunto principal (regulada por la LEC actual, en los artículos 415 y 428.2, para el juicio ordinario, y en el artículo 443.3 para el juicio verbal). En este caso, si no prospera la conciliación, el órgano jurisdiccional resolverá como tercero imparcial el conflicto a través de la sentencia. Su finalidad es poner fin al proceso judicial iniciado, por el acuerdo al que llegan las partes ante el juez competente que había empezado a conocer del asunto, por ejemplo ya en la Audiencia Previa o vista del juicio verbal en el ámbito jurisdiccional civil. El auto del juez (homologación judicial), que contiene el acuerdo de conciliación, es título ejecutivo y puede documentar todo tipo de obligaciones.

Para una adecuada aproximación doctrinal a la conciliación se deben tomar como base los principios que rigen en la mediación y sus características

³⁹ Francia, Alemania e Italia distinguen entre la conciliación extrajudicial y la judicial, Grecia, Austria o Suecia sólo admiten ésta última, a diferencia de Portugal, que sólo reconoce la de carácter extrajudicial. Red Judicial Europea. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr_por_es.htm.

en general. Las dudas que plantea la diferenciación entre la mediación y la conciliación surgen a partir de la identidad de principios aplicables tales como: la voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, flexibilidad, intervención mínima, etc. Por su parte, las obligaciones y derechos de los intervinientes en el procedimiento son idénticos, lo que difumina aún más la división entre los dos mecanismos y de ahí que la doctrina se cuestione sobre la necesidad de diferenciar ambas figuras.

El AEP es aún más difícil encuadrarlo en el régimen de la conciliación, debido a que no solo no es una mediación en sí misma, sino que su regulación en la LC introduce aspectos de la negociación. Aunque es un proceso voluntario al que se somete el deudor que está en una situación distress, sin embargo no existe un tercero que provea a las partes de una solución definitiva sino que el mediador concursal favorece esa solución mediante el acercamiento de las partes y además la norma le atribuye concretas funciones de propuestas (como el plan de pagos), de intervención (como la posibilidad de solicitar el concurso de acreedores) y de control (como el seguimiento de los acuerdos a las que pudieran haberse llegado). Ese tercero por lo tanto, tiene una intervención en los negocios o patrimonio del deudor que va más allá de la mera actuación en conciliación.

2.2 Transacción y negociación.

El AEP, supone (o debe suponer) la obtención de un resultado que favorece al deudor, en tanto tiene una situación de crisis patrimonial o empresarial y busca de sus acreedores determinadas medidas que le favorezcan para poder pagar sus deudas, bien con un quita o rebaja de las mismas, bien con una espera o bien con cualquier otra medida que podrán ser o no, las legalmente previstas en la normativa concursal para AEP; la solución final favorece al conjunto en tanto situaciones de desproporcionalidad o de diferenciación perjudicial entre acreedores nos lleva, a la posibilidad de que ese acuerdo sea impugnado y no válido. No existe una situación en la que dando o reteniendo cada uno recíprocamente cosas evitan un pleito o le ponen fin.

Por lo tanto la transacción es diferente a la mediación en insolvencia, tal y como lo es respecto de la mediación en general. La negociación es en realidad un proceso entre partes, como veremos a continuación, que podrán

estar asistidas de sus respectivos representantes y expertos a los efectos de obtener un resultado que normalmente será transaccional; en la negociación destacan fundamentalmente las habilidades e instrumentos de las partes a los efectos de obtener un buen acuerdo. En el proceso de mediación concursal, existen referencias en la Exposición de Motivos de la LC, al mediador como negociador pero se limitan al acercamiento de las partes, y nunca a propuestas concretas que representen a una u otras.

La negociación no es un procedimiento exclusivo de nuestra época⁴⁰, ha sido utilizada en las relaciones internacionales desde tiempos inmemoriales, de hecho, el primer sistema documentado de relaciones internacionales que implica sofisticadas negociaciones y tratados fue desarrollado por los griegos.

La negociación ha sido definida por algunos autores⁴¹ como un proceso en el que dos o más partes intentan buscar un acuerdo para establecer lo que cada una de ellas debe dar, recibir, llevar a cabo o tolerar en una transacción entre ellas.

También podemos definirla como un sistema de resolución de conflictos mediante el cual dos o más partes con intereses contrapuestos se comunican para llegar a un acuerdo, cediendo en algo cada una de ellas.

Es frecuente que las partes o al menos una de ellas, intente llegar a un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que acuden las partes. Iniciado el proceso judicial o el arbitral, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver de forma más rápida y barata el litigio, utilizando por

⁴⁰ A lo largo de la historia ha sido frecuente la práctica y la literatura en negociación, destacando, entre otros la obra *El príncipe de Nicolás de Maquiavelo* (1520). Este autor fue secretario de estado, diplomático y asesor del emperador Florentino. Vivió en una época de decadencia de las ciudades-estado italianas, por ello, el estilo de negociación que imperaba hasta entonces de equilibrio de poder, información y estrategias a largo plazo entre los negociadores cambió, caracterizándose desde entonces las negociaciones por utilizar los engaños, poca ética y basarse en acuerdos a corto plazo y negociaciones arriesgadas, como fórmula para conseguir la supervivencia de las pequeñas ciudades-estado italianas. Esta situación cambió en el s. XVII al vivir Europa el auge de una Francia fuertemente centralizada al mando del Cardenal Richelieu. En las negociaciones puso de manifiesto la importancia de los aspectos a largo plazo, por ello otorgó suprema importancia a la redacción de los acuerdos que impidieran malos entendidos e incumplimientos. La diplomacia francesa acuñada por él se convirtió en la corriente más importante de Europa y fue ampliamente adoptada por otros estados. Destacan dos obras de gran interés: *Oráculo manual y el arte de la prudencia de Baltasar Gracián* (1647), que introdujo la importancia de salvaguarda del honor del interlocutor en la negociación. *El arte de la diplomacia* de Fran Vois de Callières (1716). En este libro se realizan aportaciones fabulosas que continúan vigentes en la actualidad,

⁴¹ SANER, R. *El Experto Negociador*. Gestión 2000. Barcelona, 2003.

ejemplo, los mecanismos de suspensión del proceso judicial o los sistemas de terminación anticipada en el proceso arbitral previstos en el artículo 38 Ley 60/2003, de arbitraje (en adelante LA).

En la negociación intervienen solo las partes, aunque es posible la intervención de un tercero al que se solicite una opinión experta sobre algún tema (no vinculante) para orientar la resolución del conflicto. También es posible que por las partes negocien sus abogados o apoderados como representantes de aquéllas.

Según la importancia de la relación entre los negociadores y la importancia de los resultados para las partes, podemos encontrar cuatro tipos de negociación: *competitiva*, *colaborativa*, *acomodativa* y *evitativa*.

		-	Importancia resultados	+
+	Importancia relación	Acomodativa	Colaborativa	
		perder/ganar	ganar/ganar	
-	Importancia relación	Evitativa	Competitiva	
		perder/perder	ganar/perder	

Fuente: Negociación Avanzada.

Según el resultado final de la negociación, esta puede ser de dos tipos: competitiva o distributiva: en la que en síntesis uno gana y otro pierde, y la cooperativa o integrativa, también denominada colaborativa: en la que ambos ganan. -Modelo Escuela de Harvard-

En cuanto a la *competitiva o distributiva* -también denominada suma-cero-, es aquella en la que solo una parte obtiene todas las ventajas del trato a costa de la otra, se desarrolla en base a posiciones, sin atender a las necesidades e intereses reales. Es un tipo de negociación donde prevalece el regateo, y por tanto las partes tienden a encerrarse en sus respectivas posiciones Es el estilo de ganar-perder. Cada parte busca obtener la mayor proporción posible, la cual resulta a costa de lo que pierde la otra. Sin embargo este tipo de negociación a la larga puede hacer que ambas partes pierdan.

El precio de un bien es el caso típico de este tipo de negociación. El monto es el que interesa por encima de prestigios o relaciones personales. Otro ejemplo en este tipo de negociación distributiva es el de las negociaciones empleado-empendedor sobre los salarios., donde los representantes laborales llegan a la mesa de negociaciones determinados a conseguir tanto dinero como sea posible. Cada parte negocia agresivamente y trata a la otra como a un oponente que debe ser vencido.

En cuanto a la *cooperativa o integrativa*, -también conocida como ganar – ganar, es mucho más eficiente porque las partes trabajan juntas y colaboran para mejorar las condiciones entre ambas. Un caso típico son las relaciones entre productor y proveedor. Uno accede a comprar a mayor precio, y el otro acepta la venta mejorando las condiciones de pago. En esta clase de negociación mantener las relaciones entre ambas partes, es importante.

Características de la negociación	Negociación distributiva	Negociación integradora
Recursos disponibles	Cantidad fija de los recursos que se dividirán	Cantidad variable de los recursos que se dividirán
Motivación primordial	Yo gano tu pierdes	Yo gano tu ganas
Intereses primordiales	Unos opuestos a otros	Convergentes con otros
Punto focal de las relaciones	Yo gano tu pierdes	Largo plazo

Cuadro comparativo⁴².

Si la negociación prospera, y se llega a un acuerdo, se habrá producido la denominada transacción, la cual supone un contrato entre partes, regulado en los artículos 1809 y ss. CC.

Como hemos indicado anteriormente, la transacción puede tener como finalidad evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, en cuyo caso será una

⁴² ROBBINS, Stephen. (1993) *Comportamiento Organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones*. Ed. Prentice Hall, pag. 474

transacción extraprocésal. Pero también puede servir poner fin a un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado.

La transacción extraprocésal, se realiza con carácter previo al proceso judicial o arbitral, y fuera de la sede judicial o arbitral, suponiendo, como se ha dicho, la suscripción de un contrato entre las partes, dado que su naturaleza es jurídica material. A su vez, este acuerdo podrá o no elevarse a escritura pública, según dispongan las partes.

Respecto a las transacciones otorgadas en documento público, hay que recordar, que la primera copia de la escritura lleva aparejada ejecución. También la tiene la segunda copia, si es dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o si se expide con la conformidad de todas las partes. (517.2.4 LEC).

El resto de las transacciones no son título ejecutivo, y por tanto, no llevan aparejada ejecución, considerándose únicamente un contrato entre partes, que se podrá hacer valer, en caso de incumplimiento, por el juicio ordinario que corresponda conforme a las reglas generales.

La transacción realizada pendiente el proceso judicial o el proceso arbitral, puede ser a su vez de dos clases:

Puede constituir una *transacción procesal*, cuando tienen lugar pendiente el proceso jurisdiccional o arbitral y consta en autos, como consecuencia de la homologación por auto del acuerdo de transacción por el juez (art. 415 LEC); o en el arbitraje porque el árbitro recoge el acuerdo en el laudo (art. 36 LA). Estas transacciones homologadas por el juez o el árbitro son título ejecutivo asimilado a sentencia judicial (art. 517.3 LEC), y producen el efecto de poner fin al pleito iniciado.

También puede constituir una *transacción extraprocésal*, que es la que tiene lugar iniciado el proceso jurisdiccional o arbitral y al margen del mismo, pero con la finalidad de ponerle fin, cuando exista un acuerdo entre las partes por el que resuelvan el conflicto (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa), y este contrato no llegue al proceso jurisdiccional o arbitral, bien porque las partes han pedido la suspensión y dejan caducar la instancia (en la jurisdicción), bien porque han utilizado otros actos procesales para poner fin al proceso como la renuncia, el desistimiento, allanamiento, etc., tanto en la jurisdicción como en el arbitraje.

Y dentro de este tipo de transacción, habrá que distinguir a su vez, aquellas que se otorgan en documento público, de las que o se realizan con dicha formalidad, suponiendo únicamente un contrato entre las partes.

El proceso de mediación en insolvencia supone una actuación extraprocesal, cuyo inicio se comunica a un juez competente cuya intervención, tras las sucesivas reformas, lo será solo a los efectos de protección del periodo de negociación entre las partes y garantía de publicidad frente a todos. La mediación se sitúa dentro de los modelos de autocomposición con intervención de un tercero (el mediador), de una institución ante la que se realiza (Notario, Registrador o Cámara de Comercio) y conocimiento de un juez que garantiza los efectos del periodo de legalmente habilitado para ello.

2.3. Sistemas heterocompositivos. Arbitraje y jurisdicción.

Como proceso de autocomposición, la diferenciación entre la mediación y más concretamente la mediación en insolvencia, tiene una naturaleza radicalmente distinta a los modelos que suponen heterocomposición, en donde la solución al conflicto o problema vendrá dada expresamente por un tercero al que se someten las partes y cuya decisión será vinculante para ellas.

Los sistemas heterocompositivos, se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo).

Son sistemas heterocompositivos tanto el arbitraje como la jurisdicción. En ellos, el tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión.

La Recomendación de la Comisión, 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, regulaba la resolución alternativa de conflictos, que suponía la intervención de un tercero que propone o impone una solución, mientras que dejaba de lado las actividades que define el artículo 1 de la Recomendación, en las cuales se buscaba simplemente el acercamiento de las partes para tratar de alcanzar una solución de mutuo acuerdo que es la esencia de la mediación o de la negociación.

Este texto regula los métodos alternativos de resolución de conflictos de consumo, tradicionalmente denominados heterocompositivos.

2.3.1. Arbitraje.

Utilizando las propias palabras de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias.

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, vio la luz con esa misma vocación, ya antes manifestada explícitamente en el Real Decreto 1094/1981, de 22 de mayo, que abrió las puertas al arbitraje comercial internacional, teniendo en cuenta que *"el incremento de las relaciones comerciales internacionales, en particular en el área iberoamericana, y la inexistencia de adecuados servicios de arbitraje comercial internacional en nuestro país determina que la utilización de la técnica arbitral por empresarios y comerciantes de la citada área se efectúe con referencia a instituciones de otro contexto cultural idiomático, con el efecto negativo que ello representa para España y la pérdida que para nuestro país significa la ruptura de las vinculaciones con los citados países en materia de tan creciente interés común"*.

La vigente norma se dictó con conciencia de los innegables avances que su precedente, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, supuso para la regulación y modernización del régimen de esta institución en nuestro ordenamiento jurídico.

En su estructura más básica, el arbitraje es el método a través del cual, dos o más partes en disputa acuden a una persona sin más investidura que su buena reputación y conocimiento para que brinde una solución vinculante, definitiva y eficaz: el laudo arbitral, susceptible de ser ejecutada.

El arbitraje se caracteriza por ser un sistema alternativo para la resolución de conflictos, de carácter convencional, objetivo temporal y

determinado subjetivamente. Mediante el arbitraje se sustituye la tutela de los jueces por la de los árbitros desde que éstos deciden aceptar el encargo del arbitraje y emitir el laudo.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 1995 se pronunció en el sentido de que *“los laudos arbitrales firmes solo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del procedimiento de ejecución de sentencia... hasta alcanzar la verdadera intelección de lo resuelto por el árbitro, en el laudo arbitral firme que se trata de ejecutar.”*

El arbitraje tiene una naturaleza que podríamos denominar de híbrida entre lo sustantivo y lo procesal sin olvidarnos de uno de sus componentes básicos: El laudo arbitral, vinculante para las partes.

La justicia arbitral no es que haya tenido muchos seguidores y entre los detractores, se ha argumentado en cuanto a la legitimidad de dicha justicia, que el sistema arbitral supone el monopolio del órgano judicial en la impartición de justicia así como la prohibición de la administración de justicia a cambio de una prestación económica.

También se ha excluido en muchas ocasiones al arbitraje como un medio para impartir justicia, argumentándose que los árbitros están desprovistos de la facultad de impero y por tanto se reduce a un mero trámite de solución de controversias.

Teniendo en cuenta el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que confieren a un tercero la facultad de conocer, evaluar y emitir un fallo vinculante, junto con el respeto absoluto a la función iuris imperii estatal y la posibilidad de control judicial -casos de vulneración de la tutela procesal efectiva o la omisión por parte de los árbitros en el cumplimiento de los preceptos constitucionales-, se puede identificar la función de los tribunales arbitrales como una verdadera impartición de justicia⁴³.

Para MERINO Y CHILLON⁴⁴ intervienen dos factores: *“organización y contenido ideológico”*. En la organización, el árbitro es titular ocasional de una función atribuida exclusivamente a órganos públicos del Estado, en cuya actividad no ejerce una función de distinta naturaleza a la del juez estatal, toda

⁴³ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*, en Derecho Privado y Constitución, N° 19, 2005, págs. 56-58.

⁴⁴ MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2003, pág. 213.

vez que, el imperium es una parte no esencial de la jurisdicción, tan así, que puede ser incluso encomendada a otras autoridades, por lo cual la función del árbitro está dotada de auctoritas, y el efecto es que el laudo está dotado de los efectos de cosa juzgada.

Respecto del contenido ideológico señalan que instituye al arbitraje como un instrumento del derecho. El laudo constituye un punto de vista sobre la justicia resolutoria del conflicto.

Por tanto el juez que homologa, es un mero operador de la ejecución del laudo, siempre que éste sea eficaz y no presente ninguna causa de denegación al reconocimiento de dicho laudo. De ahí que cobre especial sentido uno de los principales adjetivos que definen al arbitraje: la heterocomposición, traducida en que un tercero será quien imponga la solución a una controversia definitivamente, pero gozando de autonomía en la formulación de sus juicios.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje existen diversas posturas. De un lado nos encontramos a quienes defienden la teoría de *contractualismo* que pugna por la naturaleza completamente privada del arbitraje; de otro lado los que se alinean en la teoría *jurisdiccionalista*, que definen al arbitraje como un proceso.

Existe una tercera teoría, intermedia y ecléctica denominada "*Jurisdicción Convencional*"⁴⁵, la cual opta por el origen contractual del arbitraje, pero transformándose en procesal a través de los efectos que la Ley le concede al laudo, es decir, la misma tutela jurídica que a las sentencias judiciales.

Finalmente encontramos aquellos que defienden una cuarta teoría⁴⁶, que recibe el nombre de *autónoma* y que entiende al arbitraje como un proceso sui generis.

En la actualidad, la creciente complejidad de las disputas así como la confluencia de partes de diferentes nacionalidades y costumbres y el fenómeno del sistema jurídico desconocido común en litigios internacionales, hacen que el arbitraje se presente como un instrumento que ofrece a las partes autonomía

⁴⁵ MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, óp. cit. págs. 223 y ss.

⁴⁶ BĚLOHLÁVEK, ALEXANDER J., *Arbitration, ordre public and criminal law*, Vol. I, Taxon, Ukraine, 2009, pág. 437.

sustancial y control sobre el procedimiento a emplear, en la solución de sus controversias.

Sobre el árbitro, teóricamente se define como una persona sin más investidura que su reputación y su buen juicio. El árbitro internacional se nos ha presentado por algunos autores⁴⁷ como un individuo perteneciente a una élite, donde los miembros se caracterizan por educación de primera, vasta cultura, conocimiento de lenguas, entre otros atributos, pero reconoce que la vocación del árbitro, permanece sin definir, tanto en el aspecto descriptivo como en el normativo.

Ahora bien, la función de un árbitro no puede ser concebida sin la voluntad expresa de las partes, puesto que de ellas depende conferirle facultades para cumplir su función: que no es otra que conocer del caso y decidirlo a través de un laudo⁴⁸. Las partes naturalmente se interesarán en acudir a un foro donde de común acuerdo elijan a quienes resolverán su controversia motivados por la confianza (sin dependencia), especialidad, trayectoria y disponibilidad.

En cuanto a la elección del árbitro, existen factores que suelen complicar la elección por las partes de mutuo acuerdo. En la práctica las partes que entran en un conflicto pueden tener muchas motivaciones para entorpecer la constitución del tribunal arbitral. Ya sea a modo de táctica dilatoria o porque en verdad tienen problemas para acordar al árbitro que más les conviene, debido por ejemplo a una falta de comunicación, incompatibilidad de criterio, mal asesoramiento legal, etc.

Aunque el arbitraje es un Método Alternativo de Solución de conflictos, basado en la voluntad de las partes, no deja de ser un método adversarial, donde efectivamente se presupone la buena fe y la predisposición participativa, aunque esto no siempre se respeta, por ello, se han diseñado mecanismos efectivos para poner remedio a los estancamientos que se pueden presentar en esta etapa.

El sistema que ha de implementarse para el nombramiento de los integrantes del tribunal arbitral dependerá de las reglas de arbitraje elegidas

⁴⁷ ROGERS, CATHERINE A., *The vocation of the international arbitrator*, 20 Am.U.Int'lL. Rev., 2005, pp. 957 y ss.

⁴⁸ ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M., «La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro», 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2009, pág. 196

por las partes por ejemplo mediante un convenio arbitral. Tratándose de arbitrajes ad-hoc las partes deben diseñar dichas reglas. De ordinario, las leyes que regulan al arbitraje consagran el principio de igualdad entre las partes en el procedimiento de nombramiento de árbitros. Tal premisa garantiza entre otras cosas, el equilibrio procesal, la potestad dispositiva de las partes, el nombramiento de árbitros independientes y neutrales, etc. Si el principio no es respetado se corre el riesgo de anulación del laudo.

En nuestro derecho, la designación del árbitro está regulada en el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que señala en su apartado primero: que salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

En el párrafo 2 del citado artículo se establece que: *“las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”*. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.
- c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, que se sustanciara por los cauces del juicio

verbal. Así en el caso de que proceda la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado.

El árbitro es diferente al mediador concursal, como podemos comprobar, dado que se trata de un proceso heterocompositivo (diferente al del autocompositivo de la mediación) legalmente establecido para obtener una solución al conflicto que no dan las partes sino el propio árbitro. El mediador realiza una función de acercamiento con el fin de que sean las propias partes quienes propongan, acepten o motiven el acuerdo; el mediador en insolvencia tiene cierta capacidad de negociación y determinadas obligaciones en su función pero tampoco dará una solución concreta y vinculante. Se limitará a intervenir en la formalización del acuerdo o a iniciar los trámites necesarios, en su caso, para la declaración de insolvencia si ese acuerdo es infructuoso.

2.3.2. Jurisdicción.

La intervención del juez en el proceso de mediación concursal parte de una inicial comunicación que el Notario, Registrador o Cámara de Comercio competente realizará al mismo, tras la admisión a trámite de dicho proceso del expediente de mediación. Aunque en sus orígenes (con la Ley 14/2013), esa era la única intervención judicial; con las posteriores reformas aprobadas en 2015, se introduce también la decisión sobre los supuestos de ejecución y bien necesario que facilite la posibilidad de los acuerdos; el desarrollo del Registro Público Concursal, introduce además esa posibilidad para conocimiento público y personación de los acreedores. No se trata por lo tanto de un proceso que busque la intervención del estado para solucionar un conflicto, sino que busca proteger el proceso negociador a cuyo acuerdo deberán llegar, si es posible, solo las partes, sin intervención judicial.

En la jurisdicción, el Estado es quién asume la función de decidir la controversia a través de los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial, que por medio del proceso, resuelven el conflicto conforme a derecho.

Las partes para acudir a la jurisdicción, no es necesario que pacten previamente este mecanismo de resolución de conflictos, siendo un derecho de los ciudadanos. Así, el art. 117 de la CE, establece que la jurisdicción se fundamenta en la potestad jurisdiccional atribuida por la Constitución a los

titulares de los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales), por lo que no necesitan ningún tipo de convenio previo. La función jurisdiccional incluye la potestad tanto declarativa, ejecutiva como cautelar.

Frente a la sentencia definitiva, en el proceso jurisdiccional, caben los correspondientes recursos ordinarios o extraordinarios (a diferencia del arbitraje que es de única instancia). Los procesos judiciales deberán sustanciarse conforme a las normas procesales, de naturaleza pública previstas en la Ley (arts. 1 y 2 LEC), y en él, el órgano jurisdiccional aplicará el derecho para la resolución del conflicto. En la jurisdicción rige el principio de publicidad, cuestión que no rige en el arbitraje.

Pero la jurisdicción y el arbitraje tienen en común el efecto de cosa juzgada de la resolución firme poniendo fin a los referidos procesos, así una vez resuelto el conflicto por cualquiera de estas vías, no se puede volver a plantear.

La elección de cualquiera de los sistemas de resolución de conflictos anteriormente expuestos, solo es posible cuando los litigios son disponibles, al tratarse de derechos privados en los que las partes pueden disponer de su propia controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Pero si la materia en la que se genera el litigio es indisponible solo se puede acudir a la jurisdicción. Optar por la vía jurisdiccional es un modo de disponer del derecho privado, como consecuencia del respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos disponibles⁴⁹, pero también lo es, utilizar cualquiera de los anteriormente mencionados sistemas de resolución de controversias.

Asimismo, es posible pasar de un sistema de resolución de conflictos a otro. Iniciado el proceso judicial, es posible desistir bilateralmente, conforme al artículo 19 LEC, para someterse a arbitraje o mediación, siempre y cuando la materia no sea indisponible. En sentido inverso, pactado el sometimiento a arbitraje por convenio arbitral, el desistimiento del actor al no presentar su demanda en plazo, consentido por el demandado, y siempre que no se haya pactado lo contrario, provoca también la terminación del proceso sin resolver sobre el fondo (art. 31LA), lo que permitiría acudir a cualquier otro sistema de resolución de controversias incluida la jurisdicción.

⁴⁹ CALAMANDREI. P., *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Podova, 1943, págs. 209 y 214.

También, los sistemas autocompositivos y el arbitraje tienen conexiones de dependencia funcional con la jurisdicción, lo que evidencia que forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva a la que alude el artículo 24.1 CE.

Con posterioridad al acuerdo las partes podrán iniciar ante el juez competente un incidente de impugnación (con motivos limitados), que si utiliza la vía de la heterocomposición, en su estadio final. Será el juez competente el que tenga que resolver si se cumplen las normas que la LC establece de equilibrio y ponderación de los intereses en juego pero marginado, a esta última fase.

3. Disponibilidad del asunto civil y mercantil.

Es evidente que cualquier acuerdo al que lleguen las partes, respecto de la situación de distress debe versar sobre materias disponibles para ellas. El expediente de mediación concursal no es ajeno, ni se extralimita respecto de esto. Es por tanto necesario realizar un estudio y localizar la normativa española que determina que materias son disponibles y de qué forma.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, expresamente recoge, en su art. 19.1⁵⁰ el poder de disposición de las partes sobre el proceso, de la siguiente forma: *“los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”*

Por tanto, la disponibilidad de la cuestión objeto de controversia, se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo, en la titularidad particular del mismo así como en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos tal y como hemos señalado en el apartado anterior y por tanto deben igualmente tener el dominio completo sobre los derechos procesales que comporta el proceso, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no.

Ahora bien, no son materias de libre disposición conforme a derecho, las siguientes:

⁵⁰ Precepto modificado por la Ley 5/2012, de 6 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1. Las relativas al estado civil de las personas, como nacionalidad, capacidad, prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, matrimonio, menores, los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores; y los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Sin embargo, se puede transigir respecto a las pretensiones de naturaleza patrimonial.

2. Todas aquellas en las que por razón de la materia o en representación y defensa de menores, incapacitados, o ausentes, intervenga el Ministerio Fiscal.

3. La relativa a alimentos futuros al no ser posible transigir sobre los mismos (artículo 1814 CC y artículos 748 y 551.1 LEC). Respecto a los alimentos futuros, la jurisprudencia, ha venido admitiendo la posibilidad de transigir los alimentos que tengan un origen distinto de la ley. No cabe renunciar a reclamarlos en caso de necesidad (151 CC.). En todo caso, la prohibición se refiere únicamente a los alimentos futuros. Los devengados desde el momento del vencimiento, han entrado en el patrimonio del alimentista y por ello, puede transigir sobre ellos.

4. Las que no puedan ser objeto de contrato conforme al artículo 1271 CC.

5. Cuando el laudo arbitral, o el acuerdo al que lleguen las partes a través de una negociación, mediación o conciliación no afecte exclusivamente a las partes del convenio arbitral, del proceso de mediación, negociación o conciliación, sino a terceros, o al interés o al orden público (art. 6.2 CC).

La facultad de disposición del proceso, se refiere a todo aquello que tenga que ver con el exclusivo interés de la parte, pudiendo renunciar, transigir, desistir, salvo respecto de las materias a las que se refiere el artículo 1814 CC, o que afecten al interés público, o a tercero de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 CC.

Así por tanto, aquellas cuestiones que trasciendan el interés particular, por afectar a terceros o al interés público serán indisponibles.

En este sentido, el “orden público”, o “interés público”, como concepto delimitador de la disponibilidad, ha sido fijado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, dando lugar a tres posibles interpretaciones.

De un lado encontramos una primera interpretación denominada *estricta* o *restringida* de orden público, la cual considera que con arreglo a la nueva orientación contenida en la Sentencia del TC de 15 de abril de 1986, el orden

público se vería vulnerado si se infringen los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente a los españoles a través, fundamentalmente, del artículo 24 de la CE.

De otro lado, nos encontramos con una segunda interpretación más amplia denominada *intermedia*, y que es la mayoritaria, la cual distingue entre orden público material y procesal.

Respecto del orden público material, siguiendo la doctrina jurisprudencial⁵¹, incluye *“los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de la sociedad en un pueblo y en una época determinada”*. Estos principios, según el Tribunal Supremo *“son informadores de las instituciones jurídicas y esencialmente coincidentes con los principios generales del derecho, y por extensión, de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I CE”*. Por tanto, la infracción del orden público material incluye la vulneración de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 11 a 38 de la CE, que en virtud de lo dispuesto en el art. 53 de la CE, son de aplicación directa.

Según algunos autores⁵² en el ámbito del Derecho civil, los principios que integran el orden público material, serían los siguientes:

- El “principio de igualdad (art. 14);
- La protección del derecho a la vida e integridad física (art. 15);
- La libertad (Arts. 16 y 17);
- Honor, intimidad e imagen (art. 18);
- Los derechos de reunión (art. 21); asociación (art. 22) y fundación de interés público (art. 34);
- El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24).

A través de la infracción del ordenamiento jurídico material no se puede alegar cualquier infracción del ordenamiento jurídico material, sino únicamente las que se han referido en párrafos precedentes.

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979

⁵² O'CALLAGHAN X. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, pág. 101.

En cuanto al orden público procesal, estaría integrado por los principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico procesal recogidos en el artículo 24 CE.

Finalmente, existe una tercera interpretación, bastante minoritaria dada la amplitud e indeterminación de la misma ya que comprende la totalidad del ordenamiento jurídico constitucional, legal, e incluso principios morales o económicos.

Así las cosas, el orden público lo constituiría, el conjunto de principios que inspiran el ordenamiento jurídico tanto en su aspecto material como procesal, los cuales, a su vez, son consecuencia y, manifestación de los principios que constituyen la esencia misma de la sociedad, que actualmente están contenidos en la Constitución en el Capítulo II, Título I, relativos a los derechos y libertades fundamentales.

El criterio establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 26 de abril de 1995, 26 de septiembre de 2006 y 7 de julio de 2006, es el siguiente: *“el concepto de orden público no es exactamente coincidente con el de norma imperativa, especialmente por cuanto muchas normas imperativas no se refieren ni a la organización de la comunidad ni a sus principios fundamentales y rectores, y porque en determinadas materias comprendidas dentro del ámbito señalado no se requiere un carácter imperativo expreso para que queden sustraídas a la disponibilidad de los particulares”*.

En el derecho comparado, el concepto de orden público se sitúa en la infracción de las normas imperativas. En nuestro sistema legal, en cambio, la vulneración de la infracción del orden público, consiste, como hemos recogido, en la transgresión de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución y por tanto el carácter imperativo de la norma no la hace indisponible, para la elección del sistema de resolución de conflictos que quieran utilizar las partes (autocompositivo o heterocompositivo), salvo que ello afecte a terceros que no hayan intervenido en el convenio arbitral, en la conciliación, en la negociación, en la mediación, o afecte al orden público en el sentido anteriormente expuesto.

Ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 marzo 1985, en un caso de arbitraje, que vino a considerar que el carácter imperativo de las normas no impide el arbitraje (o los restantes sistemas no jurisdiccionales de

resolución de controversias) siempre que la materia sea de libre disposición, y no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros, porque lo contrario sería *“confundir el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los derechos privados -no públicos- de los que puede disponerse, incluso en el grado máximo de disposición que implica la renuncia”*.

Como hemos referido con anterioridad, el carácter imperativo de las normas no impide la elección de otro sistema alternativo a la jurisdicción, sin embargo, podría plantearse, si la regulación de la materia objeto de litigio por normas imperativas, afecta a la forma de resolución del conflicto entre las partes.

Y en este sentido, en relación con el arbitraje hay tribunales que han considerado que cuando la norma es imperativa, cabe el arbitraje como fórmula de resolución de controversias, siempre que sea de derecho, pero no cabe el arbitraje de equidad. Así se ha planteado por la Audiencia Provincial de Madrid, en relación con ejecuciones de laudos arbitrales dictados en materia de arrendamientos de viviendas. En el Auto de 2 noviembre de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, consideró que ante la regulación imperativa de una materia, cabe el arbitraje de derecho, pero no el de equidad. Otras secciones de la citada Audiencia, mantienen la validez del laudo tanto si es de derecho como de equidad, y la posibilidad procesal de su ejecución forzosa.

Para O'CALLAGHAN⁵³, el concepto que tradicionalmente se ha dado a la equidad conforme al artículo 3.2 del CC, es *“la adecuación -movida por la benignidad- de la norma general a las particularidades del caso concreto al que ha de aplicarse”*, adecuación que debe realizar el juez en el ámbito jurisdiccional conforme a su leal saber y entender.

Según algunos autores, la aplicación incorrecta o inaplicación de la ley, en un arbitraje de derecho, o la injusticia de un laudo en un arbitraje de equidad por una incorrecta aplicación o por no haberse aplicado una ley imperativa, no se podrían solventar por la vía de la acción de anulación. Solo se podrá impugnar el laudo, por los motivos tasados del artículo 41 LA, entre los que no se encuentra, la revisión de fondo de la decisión arbitral.

⁵³ O'Callaghan, X., Ob cit, pag.187

En los sistemas autocompositivos (mediación, conciliación y negociación) regidos por la autonomía de la voluntad, y por el carácter disponible del derecho, las partes también pueden tener en cuenta sus intereses particulares con preferencia a la norma, siempre y cuando la regulación de la materia objeto de conflicto sea disponible, no contravenga el orden público, ni perjudique a terceros.

En la Ley 5/2012, de 6 de julio, el legislador ha querido asimilar la mediación, si se eleva a escritura pública, a la conciliación, y no al arbitraje, como inicialmente se había previsto. Por tanto, lo convenido en mediación, o conciliación, es una transacción, aunque constituya un título ejecutivo (en la conciliación) o pueda constituirlo (en la mediación si se eleva a escritura pública).

No obstante lo anterior, y tras la reforma que se produce mediante el Real Decreto Ley 1/2015⁵⁴ y Ley 25/2015⁵⁵, el acuerdo al que lleguen las partes se extenderá a otros acreedores imperativamente en función de determinadas mayorías computadas respecto del pasivo; ello conlleva que la disponibilidad del objeto del expediente transgreda el carácter voluntario para situarse, en protección de las mayorías y del deudor, la voluntad de éstos que son disidentes y no han querido participar en dicho expediente.

⁵⁴ Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁵⁵ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

CAPITULO III.

CAPÍTULO III: La aplicación supletoria relativa de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1. Introducción.

Es importante comenzar el análisis de la normativa aplicable a los Acuerdos Extrajudiciales de pago, intentando conciliar (e incluso integrar en la medida que sea posible) la normativa concursal a la prevista legalmente para los supuestos generales de mediación. Ello es importante precisamente porque, como ya hemos visto, la naturaleza de la figura concursal comparte importantes elementos propios de la mediación aunque incorpora supuestos de negociación y de intermediación que conllevan cierta desnaturalización de la misma y la configuran como una institución autónoma. La introducción de los AEP en la ley concursal a través de la Ley 14/2013⁵⁶ utilizó la figura del “mediador”, e hizo referencia a este en el artículo 233 LC, para exigir que esta función se realizará por aquellos que reunieran los requisitos previstos en la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵⁷. El posterior 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 mercantiles⁵⁸, incidió en ello y a tal efecto creó un registro con tres secciones concretas: 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. La justificación esencial de su desarrollo reglamentario se encuentra precisamente en la creación de la institución de mediación en supuestos de insolvencia; y ello aún a pesar de estar previamente prevista en la citada Ley de Mediación pero que nunca se había hecho necesaria⁵⁹.

La influencia europea-primero- para la búsqueda de soluciones alternativas en la resolución de conflictos que buscan flexibilidad, celeridad y

⁵⁶ Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Ref. BOE-A-2013-10074.

⁵⁷ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. «BOE» núm. 162, de 07/07/2012

⁵⁸ 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. «BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, páginas 105296 a 105311.

⁵⁹ Un posterior desarrollo se produce por Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación. «BOE» núm. 113, de 9 de mayo de 2014, páginas 35687 a 35689.

evitar el colapso de los sistemas judiciales; el régimen necesario- en segundo lugar- de adaptación a nuestra normativa que comienza con el Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶⁰ y que se plasmó esencialmente en la Ley 5/2012 de curiosa y similar numeración; la necesidad de adoptar una normativa similar en los supuestos de insolvencia recogiendo todo el acervo comunitario que se verá posteriormente plasmado en la Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial⁶¹; y la misma figura del mediador, su actuación previa al concurso de acreedores y la posible postergación de sus funciones en caso de fracaso de la misma como administrador concursal, hacen necesario conciliar toda esa normativa con la figura, con la institución y con su funcionamiento antes y después del proceso de mediación.

Tras la publicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶² quedó clara la voluntad del legislador comunitario: *"La mediación puede dar 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. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos."* El objetivo era *«facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios, promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial»*. Pero la Directiva tiene un carácter limitado, al diseñar un marco jurídico de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ocupándose de aspectos muy concretos y prescindiendo de una regulación uniforme, no ya de los medios alternativos de solución de conflictos, sino de la propia mediación, que no deja de ser uno de esos métodos

⁶⁰ Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Publicado en: «BOE» núm. 56, de 06/03/2012

⁶¹ Recomendación de la Comisión, de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. «DOUE» núm. 74, de 14 de marzo de 2014, páginas 65 a 70.

⁶² Publicado en DOUEL núm. 136 de 24 de Mayo de 2008 Vigencia desde 13 de Junio de 2008.

alternativos de solución de conflictos englobados bajo el acrónimo inglés *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), cada uno con un radio de acción propia.

Como ya señaláramos este ámbito no incluía las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto (Considerando 11º). Y será aplicable también, a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio⁶³.

La mediación es y debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. Esto tendrá sus matizaciones en supuestos de insolvencia. El mediador deberá tener formación a tal efecto y serán los Estados quienes promuevan la formación inicial y permanente de los mediadores y establezcan mecanismos eficaces de control de calidad de la prestación de servicios de mediación. Y todo ello sometido a códigos de conducta voluntarios y fomentarán su adhesión a los mismos de los mediadores y las organizaciones que presten tales servicios⁶⁴.

⁶³ No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente (Considerando 12º).

⁶⁴ El referente comunitario lo encontramos en el Código de Conducta Europeo para mediadores, aprobado en julio de 2004 y que contiene previsiones sobre la competencia y designación de los mediadores, los principios que deben presidir el procedimiento, el acuerdo alcanzado y sobre los honorarios; aunque hay que tener presente que este Código no tiene carácter vinculante.

Los principios generales aplicables a la mediación y a los mediadores se basan en uno esencial como es la confidencialidad⁶⁵. La Directiva 2008/52/CE en su artículo 7 contempla las siguientes excepciones:

- Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público.
- Cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

Es evidente, a la vista de lo hasta aquí analizado que, con la normativa vigente a la fecha de aprobación de dichos Reglamentos y Directivas, el régimen de mediación transfronterizo se hacía de difícil aplicación a los supuestos de insolvencia. La misma no estaba pensada para supuestos de quiebra comunitarios que tenían (y tienen) su regulación en el Reglamento (CE) No 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. Nada impediría, empero, que se utilizaran dichos procedimientos como sistemas alternativos de solución de conflictos y con ello evitar precisamente esa situación de quiebra. Sin embargo el resultado final declarativo de insolvencia nos llevaría a la aplicación de dicho reglamento.

Pero será primero con la citada Recomendación de marzo de 2014 y la posterior aprobación (todavía no vigente hasta junio de 2017) del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia⁶⁶ cuando la cuestión se vuelve a complicar. Mediante la primera se recoge (apartado 17) que para promover la eficiencia y reducir los retrasos y los costes, los marcos nacionales preventivos de reestructuración deberían incluir procedimientos flexibles que limiten los trámites judiciales a lo estrictamente necesario y proporcionado para salvaguardar los intereses de los acreedores y otras partes interesadas que puedan verse afectadas. Por ejemplo, para evitar costes innecesarios y poner de manifiesto la naturaleza temprana del procedimiento, a los deudores se les debería dejar, en principio, el control sobre sus activos, y el nombramiento de un mediador o supervisor no debería ser obligatorio, sino decidirse en cada caso. La figura del mediador en insolvencia (cuya referencia normativa anterior

⁶⁵ El principio de confidencialidad está reconocido en todos los textos comunitarios que hacen alusión a la mediación; concretamente en la Directiva también se reconoce, pero como ningún principio es absoluto, en determinados supuestos debe ceder en la mediación.

⁶⁶ DOUE de 5 de junio de 2015.

es la que hemos señalado si a mediador o mediación exclusivamente nos referimos) aparece en los supuestos preconcursales de reestructuración. El artículo 9 de la Recomendación señala: “*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; b) en el caso del supervisor, para supervisar la actividad del deudor y los acreedores, y adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses legítimos de uno o varios acreedores o de otra parte interesada.*” Mediante la segunda (Reglamento pendiente de entrar en vigor) el legislador comunitario reconoce efectos transfronterizos (*crossborder*) a las distintas figuras (entre ellas la española) de mediación que existen en los diferentes países. El mediador concursal español aparece entonces expresamente recogido como legitimado a los efectos de dichos procesos de insolvencia y los procedimientos alternativos (como el Acuerdo Extrajudicial de Pagos) también.

De esta forma la evolución del derecho comunitario hacia los métodos alternativos de resolución de conflictos se fundamenta en las citadas normas y por lo tanto bebe de la naturaleza comunitaria de las mismas. Desde la mediación civil y mercantil hasta la mediación en supuestos de insolvencia (como método de reestructuración de deuda) nuestra normativa nacional queda necesariamente vinculada a las Directivas de armonización y directamente influenciada (*self executing*) por los Reglamentos. Y serán aquellas y estos los que delimiten una figura que tendrá su razón de ser en la norma concursal pero que necesariamente deberá someterse a la normativa prevista sobre mediación, en cuanto le sea aplicable o no sea incompatible, que a su vez es directamente interpretable desde la normativa comunitaria.

2. Acuerdos extrajudiciales de pago y Ley 5/2012.

Ya debemos advertir desde el principio que el régimen esencial que más fricciones y problemas ha generado en la aplicación de las normas propias de la mediación en insolvencia es el elenco de principios que la Ley 5/2012 recoge y desarrolla respecto del mediador con carácter general. No obstante lo anterior

es evidente que la referencia que el artículo 233 LC o el RD 980/2013 realiza a la Ley 5/2012 incluye o determina la necesidad de conciliar o diferenciar algunos aspectos que serán propios y autónomos en el régimen de insolvencia respecto de aquellos generales que se aplican al proceso de mediación previsto en la citada norma.

El artículo 233 LC afirma: “... *El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27. 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.*”

Tras su modificación por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero⁶⁷ y la Ley 25/2015, de 28 de julio⁶⁸, el artículo 242 LC recoge una regla segunda en su apartado dos con el siguiente texto: “*Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. En el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal.*”

De conformidad a ello resultaría una triple regla:

1º. El mediador concursal debe reunir las condiciones previstas en la Ley 5/2012 para poder ser mediador además de las propias de un administrador concursal.

⁶⁷ BOE-A-2015-2109

⁶⁸ BOE-A-2015-8469.

2º. En todo lo no previsto en la ley concursal en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes.

3º. En cualquier caso le es aplicable el régimen de confidencialidad previsto en la Ley 5/2012 que se extenderá hasta que sea nombrado, en su caso, administrador concursal.

La aplicación, a la vista de ello, de los principios que rigen la citada ley y la mediación es no solo trascendental sino legalmente exigible. La remisión que la normativa hace a los supuestos de expertos independientes tiene su razón inicial de ser en una regulación anterior a la actual y con la introducción por la Ley 13/2014 de la institución. Entonces se recogía la misma referencia pero introdujo el artículo 71 bis⁶⁹ (hoy con una redacción radicalmente distinta) para hacer referencia a esos expertos independientes. El citado precepto contenía una regulación propia del experto independiente que debía nombrar el Registrador mercantil para los supuestos de refinanciación o reestructuración

⁶⁹ Artículo 71 bis. Nombramiento del experto por el Registrador. El nombramiento del experto independiente que hubiere de verificar los acuerdos de refinanciación se ajustará a las siguientes previsiones: 1. Será competente para su tramitación el registrador mercantil del domicilio del deudor. Si se tratare de un acuerdo de grupo y el informe hubiere de ser único, el experto será designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, de estar afectada por el acuerdo y, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. 2. La solicitud del nombramiento se hará mediante instancia firmada por el deudor, incluso antes de que esté concluido el acuerdo y redactado un plan definitivo, que puede ser cumplida telemáticamente y dirigida al registrador mercantil competente, suscrita por el solicitante o solicitantes del grupo y en la que expresarán las circunstancias siguientes: 1.º La denominación y los datos de identificación registral, en su caso, del solicitante o solicitantes, así como su respectivo domicilio. La solicitud precisará en todo caso el ámbito de las sociedades afectadas con suficiente indicación de las relaciones de grupo existentes así como un detalle suficiente del estado de las negociaciones pendientes o concluidas que permita formarse una idea del grupo de acreedores cuya adhesión se contempla. 2.º Los documentos necesarios para que el experto pueda pronunciarse. En el caso de que no se hubiera suscrito aún el acuerdo y estuviere pendiente su negociación deberá acompañarse un proyecto de acuerdo y del plan de viabilidad o, al menos, el acuerdo marco o pacto preliminar en que se fijan las condiciones de la negociación. 3.º Una relación de acreedores del deudor y de las entidades afectadas del grupo, por orden alfabético y en los términos previstos en el artículo 6 de la Ley Concursal. 3. El Registrador, antes de proceder al nombramiento, podrá solicitar varios presupuestos a uno o a varios profesionales idóneos y antes de decidirse sobre el más adecuado. 4. Son causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas. No puede ser nombrado experto independiente el auditor que lo fuere del deudor o de cualquiera de las sociedades del grupo afectadas ni tampoco quien hubiere elaborado el propio plan de viabilidad. 5. El informe deberá ser emitido en el plazo que hubiere señalado el solicitante y en todo caso en el de un mes, contado desde la aceptación del nombramiento y sin perjuicio de la posibilidad de prórroga o prórrogas sucesivas por causas justificadas. Si el informe no fuera emitido en plazo se entenderá caducado el encargo, procediéndose por el registrador a un nuevo nombramiento. 6. Podrá nombrarse al mismo experto en cualquier otra refinanciación que se plantee con posterioridad a la primera o anterior refinanciación acordada por el mismo deudor y grupo aunque cambien parte de los acreedores firmantes.

de deuda. Con posterioridad el contenido del mismo es eliminado pero se mantiene la inicial referencia del artículo 233 LC.

La referencia a la normativa de mediación es solo parcial (si así queremos verlo) puesto que solo se hace en referencia a la condición del mediador y no necesariamente al proceso de mediación. Sin embargo esta remisión conlleva la asunción de los principios de actuación que necesariamente han de aplicarse al margen de lo que la propia normativa concursal pueda matizar. Este es el caso de la confidencialidad que también había motivado reacciones, desde todos los sectores, al respecto de la figura que ahora nos parece más nítidamente híbrida; o de la retribución que la propia norma matiza.

La base de esos principios, por tanto, debemos buscarla en la normativa de mediación y en las particularidades de la mediación en insolvencia que a continuación analizamos.

3. Los principios aplicables a la mediación mercantil en el marco de los supuestos de insolvencia⁷⁰:

Hemos de partir como premisa de que el mediador, como profesional de la gestión de conflictos, debe adecuar siempre sus funciones a unos principios básicos. Esos principios han sido recogidos, en el articulado de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y en su Exposición de Motivos: el principio de voluntariedad y libre disposición, el de imparcialidad, el de neutralidad y el de confidencialidad.

Pero el respeto a estos principios pueden quedar comprometidos en el actuar previsto para el mediador concursal, a pesar de mantener la iniciativa en el deudor (siempre que no incurra en ninguna de las prohibiciones legales, art. 231 LC) para lograr un acuerdo extrajudicial de pagos.

No ocurre lo mismo al entender la voluntariedad como cooperación entre las partes y el mediador en la búsqueda de un acuerdo, dado que el mediador

⁷⁰ ORTUÑO, P. "La mediación: una respuesta de los profesionales del derecho a la crisis de la justicia" . <http://www.pascualortuno.com>

concurzal ostenta una serie de facultades decisorias que no son las habituales de un simple mediador.

3.1. Voluntariedad del proceso y desistimiento en el AEP.

La mediación es un proceso totalmente voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento. Sin embargo la matización para los supuestos de insolvencia viene de la mano de la necesidad de acudir entonces al proceso concursal si se mantiene la situación de insolvencia; y por otro lado la continuación en la tramitación de cualquier solicitud de concurso necesario que se hubiera presentado. Esa voluntariedad en la finalización para cualquier supuesto de crisis que no sea el acuerdo conlleva consecuencias importantes que el deudor deberá considerar. De otro lado la voluntariedad es premiada, tras la reforma producida en el artículo 178 bis LC, en tanto se exige que deba haberse presentado dicha solicitud de mediación para obtener un acuerdo extrajudicial de pagos (cuando entre dentro de su ámbito) para poder acceder a la remisión de deudas de una persona física empresario o no. Ello desnaturaliza igualmente esa voluntariedad de cara a obtener una solución final a la situación de crisis patrimonial o de liquidez dado que necesariamente el deudor deberá acudir a esta figura para posteriormente obtener una conclusión favorable para su situación económico-financiera.

Este principio de voluntariedad tampoco es incompatible (desde el lado del acreedor) con la obligatoriedad de asistencia a una primera sesión informativa en la que se explicará a las partes en conflicto, así como a sus Letrados, la finalidad y contenido del proceso de mediación. La falta de asistencia a la sesión informativa se podría considerar como una conducta contraria a la buena fe procesal. Así, el mediador debe indicar al órgano judicial derivador, qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa, de tal forma que esta información no es confidencial. En el derecho concursal esa situación se pone de manifiesto en el artículo 237.1 LC: *“Los acreedores convocados deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos*

de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común.”

En el régimen general de mediación, tras la información que el mediador proporciona, las partes son libres de aceptar o rechazar el proceso de mediación como método para la gestión, transformación y solución de su conflicto. De la decisión informada que adopten, pero no de los motivos que la sustenten, se informará al Tribunal. No ocurre lo mismo con la mediación concursal, donde no se prevé un régimen previo de información que el mediador podrá bien remitir esa información en la convocatoria o bien voluntariamente convocar a todas las partes a la misma al objeto de aclarar la forma en que se va a desarrollar el proceso. De esta forma la carta de convocatoria (e incluso una anterior) se convierte en elemento trascendental de información, comunicación y desarrollo no suficientemente regulado en la norma concursal. Si finalmente se convoca una reunión previa a la reunión con los acreedores la asistencia a la misma será voluntaria sin que conlleve la sanción de subordinación que hemos señalado ni pueda entenderse una actuación de mala fe como en el régimen de mediación general.

Del mismo modo, y para los supuestos de mediación previstos en la Ley 5/2012, el mediador que interviene en las sesiones podrá dar por finalizada la mediación cuando estime que no resulta adecuado el proceso para el caso en cuestión. Esta modulación se prevé en la norma concursal en varios momentos:

- a) Así el art. 236.4 LC prevé que el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo de diez días que a tal efecto tienen los acreedores para oponerse o proponer alternativas, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente. Se trata por

tanto de una causa limitativa para la interrupción del supuesto de mediación.

- b) El artículo 238 LC no prevé ningún requisito de quorum pero es evidente que tanto si no se llega a un porcentaje suficiente para obtener las mayorías en su constitución como en el caso de no alcanzar las mayorías, se dará por terminada la mediación con el mismo resultado anterior.
- c) Aunque la norma no lo señala es evidente que la solicitud voluntaria de concurso de acreedores mediando un expediente de mediación conllevaría la terminación de este por voluntad del deudor. Lo que significa que podríamos plantearnos la voluntad obstativa del deudor o incluso el abandono voluntario del proceso (por desistimiento del mismo) como causas también de la terminación. Pero esto no afectará a los acreedores que necesariamente estarán vinculados a dicho expediente.

En palabras de algunos autores⁷¹, el art. 6.3 de la Ley 5/2012, viene a establecer tal principio, en el sentido de que nadie está obligado a “mantenerse” en el proceso de mediación ni a llegar a un acuerdo, pero introduce la eficacia de la cláusula contractual de sumisión, que operará como declinatoria si no se cumple con arreglo a los principios de la buena fe, y que es ontológicamente diferente a la cláusula arbitral por cuanto ésta es impeditiva de forma absoluta y definitiva para acudir a la vía jurisdiccional, mientras que la sumisión a la mediación únicamente obliga a acudir inicialmente a un proceso de mediación para intentar de buena fe solventar las diferencias, sin que impida que tras la primera sesión o en cualquier momento del proceso, se pueda optar por renunciar a seguir con la negociación y se opte por acudir a los tribunales. Esta posibilidad implica un grado prácticamente absoluto de disponibilidad de la gestión del conflicto (se afirma por ello que nada se pierde intentándolo). Indirectamente la ley admite que la ley procesal puede establecer un cierto grado de obligatoriedad “en su inicio” cuando son los tribunales los que derivan a mediación en sede de un proceso judicial ya en trámite (artículo 16.3 D. Adicional 2ª y D. Fnal 3ª con la reforma de los artículos 395 LEC en materia de

⁷¹ ORTUÑO, P., «Apuntes sobre la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil» *Anuario de la Mediación*, nº 1. Editorial REUS. Madrid, 2012, p.

costas procesales, y de los artículos 19, 39, 63, 65.2, 66, 206, 415 y 440 y 443, apartado tercero, que reforman el marco desde el que los tribunales pueden invitar a las partes a intentar un proceso de mediación.

Para este mismo autor⁷², el legislador español no ha seguido en este punto la opción prevista en la DE 52(CE)52/2008 y que han realizado otros países que han incluido el carácter obligatorio de esta derivación, como lo ha hecho el Decreto Legislativo nº 28/2011 de Italia o las medidas de modernización de la justicia de Inglaterra y Gales de 2005, probablemente por la escasez de mediadores formados en nuestro país, lo que no excluye que una medida de este tipo que también aconseja la Recomendación de 13.9.2011 del Parlamento Europeo, pueda ser establecida en el futuro.

Como vemos, por lo tanto, la voluntariedad que se predica del acuerdo de mediación es matizada seriamente en el expediente de mediación en supuestos de insolvencia y las consecuencias del abandono por parte del deudor de dicho proceso conllevan afectaciones importantes respecto de su patrimonio (que se verá sujeto a un proceso concursal) e incluso respecto de una posible remisión de deudas con posterioridad.

3.2. Confidencialidad y función de Administrador concursal. (Especial referencia al UMA⁷³-USA.)

En la mediación se garantizará la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser declarada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste, además, el secreto profesional. La confidencialidad para las partes se ancla al principio de buena fe y se convierte en elemento trascendental de confianza para poder sujetarse a la participación de un tercero que debe desgranar los diferentes problemas que existen entre las partes para acercar posiciones y posturas.

En el ámbito puramente privado, en que el poder dispositivo de las partes sobre sus derechos e intereses tiene como límite el perjuicio de tercero o las normas imperativas, el órgano judicial está al margen del desarrollo de la

⁷² ORTUÑO, P. Ob cit, pag 11.

⁷³ Uniform Mediation Act.

mediación. Únicamente tendrá comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, así como de qué parte/s no asistieron de forma injustificada a la sesión informativa previa.

Como han recogido algunos autores⁷⁴ el artículo 9 de la Ley 5/2012 establece un singular secreto profesional para el mediador y un deber de reserva para las partes que intervienen en el proceso, que se concretará por la vía de la ilicitud de la obtención de la prueba (artículo 287 LEC), y que se potencia con la reforma por la D. Final 3ª de los artículos 335.3, 347.1, y 347.1 de la LEC. Compartimos con este autor, y utilizando sus propias palabras, *“probablemente se trata de la previsión legal que resultaba más necesaria para el desarrollo de la mediación por cuanto el vacío normativo existente implicaba que el carácter confidencial del método no gozara de la mínima garantía, toda vez que nada impedía a una parte a convocar al mediador como testigo, requerir información a la institución de mediación, o interrogar a las partes en el ulterior proceso judicial de los pormenores de lo tratado en el proceso de mediación”*.

Pero en el ámbito de la mediación concursal, podría verse comprometida la confidencialidad a la que acabamos de aludir, dado que el deudor o los acreedores estarían dando información que después pudiera favorecer la interposición de acciones de reintegración por parte de un mediador que se convierte en administrador concursal.

En este contexto irremediablemente hemos de referirnos a los posibles problemas⁷⁵ derivados de la “doble función” del mediador concursal, como mediador y como administrador concursal en el concurso consecutivo. En particular se ha identificado el potencial conflicto entre las —supuestas—

⁷⁴ ORTUÑO, P. Ob cit, pag 11.

⁷⁵ PONS ALBENTOSA L señala que *“no parece que puedan conjugarse las funciones del mediador que, como recuerda la propia Ley 5/2012 y remarca en Dictamen del Consejo de Estado cuando se ocupa del desarrollo reglamentario de la misma, están sometidas al Código de conducta europeo para mediadores, de difícil armonización con las funciones y actuaciones en el caso de que se tengan que trasladar a la figura del administrador concursal, donde deja de ser una cuestión de simple buena fe entre las partes y de habilidades entre técnicas y emocionales, para convertirse en una parte beligerante del proceso concursal, como es el caso de la necesaria apertura de la sección de calificación, ya que el concurso consecutivo se inicia con la liquidación del concursado.”* (PONS ALBENTOSA, Leopoldo: “El mediador concursal. Una figura introducida con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización” , <http://www.elderecho.com/mercantil/mediador_concursal-ley_14-2013-apoyo_a_los_emprendedoresinternacionalizacion_emprendedores_11_609055002.html>).

obligaciones de confidencialidad del mediador concursal como mediador y su eventual desempeño posterior como administrador concursal en el concurso consecutivo. Así, por ejemplo, los magistrados de lo mercantil de Madrid han entendido que “el artículo 233.1 LC se referencia en la Ley de Mediación” y que *“el acceso al conocimiento de datos y hechos especialmente sensibles en lo tocante a la actividad económica del deudor [...] quedarían comprendidos en el deber de confidencialidad del art. 9.1 Ley de Mediación”*⁷⁶. Las diferencias funcionales entre el mediador concursal y el auténtico mediador no amparan, sin embargo, la proyección del estatuto del mediador a la figura que se examina⁷⁷.

Es precisamente la singularidad de su función la que no parece justificar su sometimiento al deber de confidencialidad como mediador⁷⁸. Es por ello que el legislador modifica en 2015 el artículo 242 incluyendo la siguiente redacción: *“Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. En el concurso consecutivo dejará de regir el*

⁷⁶ 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, 11 de octubre de 2013 [en línea], <<http://www.tma-europe.org/uploads/TMA%20Spain%20article.pdf>>, pág. 5; ver también SANJUÁN Y MUÑOZ, E. «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, N° 8230, pág. 4.

⁷⁷ AGÜERO ORTIZ, A., «El mediador concursal como administrador extraconcursal», *La Ley* 94/2014, pág. 19, ha señalado que *“en el mediador concursal solo hay de mediador el nombre”, viene a señalar que la “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. En este acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador es el que después de analizar la situación de la empresa propone a los acreedores un plan pagos y los convoca a una junta de acreedores.”* Véase también, ORTIZ HERNANDEZ, A. «Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», *Diario La Ley*, N° 8172, pág. 13.

⁷⁸ SENES MONTILLA, C. y CNODE FUENTES, J., «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Ley 14/2013, de 27 de septiembre», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 32, 2014, p. 12. Estos autores vienen a coincidir en esta postura e indica *“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’; para AGÜERO ORTIZ A. “Al mediador concursal no le resultan de aplicación los deberes y obligaciones del mediador ordinario, tampoco tiene asignadas funciones asimilables a las del mediador, ni es remunerado en cuanto que tal. Ello no puede tener más explicación que la divergencia entre el nombre que se atribuye a este profesional «mediador concursal» y el contenido semántico y esencial del concepto de «mediador».”*

principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal". Con ello se suprimía la consideración de ese conocimiento previo y confidencialidad como supuesto de "justa causa" y por otro lado se amparaba legalmente al mediador convertido en administrador concursal para poder utilizar la información obtenida en el futuro proceso concursal; sin embargo también se terminaba con la necesaria confianza que los acreedores (e incluso el deudor) deben depositar en el mismo al objeto de intentar un acuerdo. La conjugación de ambos intereses se hubiera solucionado fácilmente con la eliminación de esa conversión mediador-administrador concursal que en nada beneficia al proceso y que finalmente podrá generar amplias posibilidades de responsabilidad tanto si se utiliza como si no.

Si bien lo anterior todavía podemos matizar lo señalado hasta ahora entendiendo que la limitación que recoge el precepto (dejará de regir el principio de confidencialidad) podría ser interpretado tanto respecto del conjunto como respecto de la información que se obtenga a partir de esa conversión. Es decir que la obligación de confidencialidad existiría y se mantendría bien como régimen general o bien como cláusula específica (*Non-disclosure agreement* o *NDA*⁷⁹) introducida por las partes en sus intercambios o negociaciones. La postura contraria – es decir entender que deja de regir de forma absoluta- se antoja esencialmente obstaculizadora para comprender y atender las necesidades heurísticas del posible acuerdo y por tanto perjudicando el futuro de este.

El desarrollo en Estados Unidos de la confidencialidad en supuestos de mediación tuvo importantes influencias en nuestra regulación patria⁸⁰ por haberse recogido del modelo de mediación de UNCITRAL-2002. En este último las excepciones a esa confidencialidad se situaban en la posible utilización del material para un proceso judicial y pedido desde el mismo, para poder atacar el mismo acuerdo que surge de la mediación o porque así se hubiere pactado

⁷⁹ Se trata de una cláusula de confidencialidad establecida entre las partes al objeto de proteger la información dada en la negociación.

⁸⁰ The Uniform Mediation Act, drafted in collaboration with the ABA's Section on Dispute Resolution, establishes a privilege of confidentiality for mediators and participants. The Act was amended in 2003 to facilitate state adoption of the 2002 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. Desde ahí su influencia en nuestra normativa española.

entre las partes. Desde ahí tanto la información como el mediador quedaban blindados en cualquier otro supuesto⁸¹.

En nuestro derecho la Ley 5/2012 se hizo eco de ello en el artículo 9 recogiendo que 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. 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.

Su aplicación al proceso concursal lo es, precisamente, por la referencia que hemos señalado a las condiciones (no solo profesionales) que ha de cumplir el mediador en supuestos de insolvencia. Y se convierte en norma general en el artículo 347 de la LEC: *“El tribunal sólo denegará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes”*. Que la norma concursal ponga de manifiesto que desde que el mediador tiene la consideración de administrador concursal deja de regir el principio de confidencialidad al que está sujeto no implica que también deba de mantenerlo respecto de la información adquirida en la

⁸¹ Debemos recordar que solo en USA existen más de dos mil quinientas normas en los diferentes Estados sobre mediación y que la UMA es solo un decálogo de carácter indicativo sobre los principios que han de regir dichas regulaciones, pero que pertenecen a la esfera de cada uno de ellos.

mediación y , por tanto, que deba responder de la infracción de la misma. De hecho esa confidencialidad se matiza igualmente en la reforma producida por el RDL 1/2005 en su disposición adicional cuarta para los acreedores: *“Con el objetivo de facilitar que cualquier interesado pueda tener conocimiento de su situación financiera personal, se habilitará una aplicación informática en la página web del Ministerio de Economía y Competitividad accesible de forma confidencial, gratuita y telemática a través de la cual se podrá determinar la situación de solvencia en la que se encuentra a los efectos de la aplicación de lo previsto en el título I de este real decreto-ley.”* Esto nos lleva entonces a considerar, ex novo, que la distinción entre la situación de solvencia y los concretos documentos, informaciones u otros que hubiera podido obtener el mediador podrían modular también el límite legalmente establecido desde la declaración de concurso. Pues una cosa será que esa confidencialidad deje de regir a partir de ese momento y otra que se levante la veda respecto de lo que haya podido conocer (más allá de la situación de solvencia) en su actuación como mediador.

Tal y como se recoge tras su modificación (y con la ratificación sin discusión en la tramitación parlamentaria que culmina con la Ley 25/2015) el legislador da por sentado la aplicación de este principio en la actuación del mediador concursal. Su posterior actuación como administrador (y solo esa) en el concurso declarado del deudor hará que tenga que cumplir con sus funciones desde lo previsto en el Estatuto del Administrador Concursal, pero en ningún modo transgredir los límites de su actuación como mediador.

Proponemos, por tanto, una interpretación restrictiva del levantamiento de la exigencia de confidencialidad que se produce con la declaración de concurso cuando el mediador es nombrado administrador concursal de ese concurso, conciliando con ello los principios básicos de la mediación y la actuación del mismo dentro del concurso de acreedores.

3.3. Imparcialidad y neutralidad del mediador.

Como idea general un mediador deberá actuar con imparcialidad y neutralidad. La neutralidad es, en opinión generalizada⁸², la esencia de la mediación. El mediador, tal y como se recoge en nuestra normativa común (Ley 5/2012) no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. Su papel es el de catalizador que dirige el proceso, pero no se involucra en el mismo, siendo neutral y procurando el equilibrio de las partes durante el procedimiento. Mientras que la imparcialidad del mediador puede vincularse a su relación con las partes y a la obligación de preservar la igualdad de éstas en la negociación, la neutralidad se refiere a la «resolución del proceso de mediación», manifestando que «El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes»⁸³. Es decir, la neutralidad se presenta directamente relacionada con la actitud del mediador frente al posible resultado del procedimiento de mediación.

Sin embargo es evidente que el mediador en insolvencia no es todavía administrador concursal y que el resultado del proceso de mediación puede ser más o menos interesante en función del posible posterior concurso de acreedores. Sería muy inocente pensar que ese mediador no estará vinculado a la retribución que obtiene o puede obtener según cada uno de los supuestos que podamos plantear y del posible posterior concurso.

Aunque la figura del mediador concursal no es la del mediador definido en la Ley 5/2012, ya hemos señalado que sí se regirá por los principios que recoge ésta, con las matizaciones (que a este respecto no se hacen) que realiza la ley concursal. Que el proceso de mediación en insolvencia no sea el proceso de mediación general, no implica que aquel se vea influenciado y vinculado por los principios que rigen el mismo a través de los que también vinculan al mediador en insolvencia, por la remisión que también realiza la ley concursal a la misma.

Algunos autores consideran que la Ley de Mediación no rige ni informa, de manera general, el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, ni la

⁸² GARCÍA VILLALUENGA, L., «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles». <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>

⁸³ Vid. Reglamento(98) 1, en el apartado III, relativo al Proceso de mediación

actividad del mediador concursal⁸⁴. Otros⁸⁵ entienden que “[c]omo quiera que la denominación de ‘mediador concursal’ evoque el régimen jurídico de la mediación [...], nos aprestamos a manifestar nuestra opinión sobre esta novedosa figura y su diferenciación con la institución que regula la Ley 5/2012. Y es que 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. [...] 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, sí integra el estatuto del ‘mediador concursal’ lo dispuesto para el nombramiento de expertos independientes (arts. 233.1; 71 bis.4 LC).”

Frente a ambas entendemos que el mediador en insolvencia se rige por los principios de neutralidad y de imparcialidad y así debe serlo. La condición a la que se refiere la ley concursal al remitirse a la normativa general incluye no solo el artículo 11 (condiciones) sino todo el Título III como mínimo; y entre ellos el artículo 13:

⁸⁴ CARRASCO PERERA, Á., «Los nuevos Mediadores Concursales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872/2013, p. 3, ha señalado que “el procedimiento de gestión del acuerdo de pagos no tiene nada de mediación. Violentando los sagrados principios de la mediación, el mediador paraconcursal ya remite a los acreedores el plan de pagos antes de que todas las partes hayan tenido que verse las caras en la reunión constitutiva del art. 234.1 LC. Para que la cosa parezca lo que no es, se añade que el mediador comunicará a los acreedores una «propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos» (art. 236.1 III LC), que no pueden ser otras que la quita y espera de rigor. Y se les invita a aceptar la mediación bajo una severa amenaza (art. 237.1 LC). En esta nueva mediación, la inasistencia de un acreedor no acaba con el procedimiento (como prescribe el art. 17 de la Ley 5/2012), sino que dispara la imposición de un contundente castigo (art. 237.1 LC). Además, sería herético pretender que una negociación mediada pueda estar sujeta al principio de voto mayoritario (arts. 236.4 y 238 LC), y que a un acreedor (cfr. art. 239 LC) se le puede imponer un acuerdo del que disiente. No puede concebirse que sea función de un mediador la de supervisar el cumplimiento del acuerdo (cfr. art. 241 LC).”; véase también el detallado ejercicio de contrastación entre los rasgos generales de la mediación y el trámite de acuerdo extrajudicial de pagos que realiza AGÜERO ORTIZ, A. «El mediador concursal como administrador extraconcursal», no obstante lo anterior, se ha afirmado que “la figura del mediador concursal [...] no es sino el desarrollo parcial de la mediación mercantil recogida en la Ley [de Mediación]” . CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G. «Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», en *Revista Ceflegal*. CEF, núm 155 (diciembre 2013), pág. 42).

⁸⁵ SENES MONTILLA, C. y CONDE FUENTES, J. Ob cit, págs. 12 y 13.

1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes.

2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley.

3. El mediador podrá renunciar a desarrollar la mediación, con obligación de entregar un acta a las partes en la que conste su renuncia.

4. El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad.

5. Antes de iniciar o de continuar su tarea, el mediador deberá revelar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o bien generar un conflicto de intereses. Tales circunstancias incluirán, en todo caso:

a) Todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes.

b) Cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación.

c) Que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente. El deber de revelar esta información permanece a lo largo de todo el procedimiento de mediación.

Todo eso lo hace (o debe hacer) necesariamente imparcial, resultando además que las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 que hemos enumerado (art.8 LM).

La asunción de los criterios del artículo 27 de la Ley Concursal (régimen IPI) de inhabilitaciones, prohibiciones e incapacidades, conlleva también que estos principios se respeten.

3.4. Bilateralidad y buena fe.

El principio de bilateralidad, en lógica consonancia con la filosofía de la mediación, supone que ambas partes (todas las partes en el supuesto de

insolvencia) disponen de las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones (art. 7 de la Ley 5/2012). En el ámbito concursal los acreedores y el deudor serán reunidos en un mismo momento a tales efectos y tendrán la oportunidad de pronunciarse sobre los diferentes apartados incluso con anterioridad a la misma.

En el proceso de mediación (garantizada la confidencialidad y no pretendiéndose ganar a la otra parte sino satisfacer el propio interés) las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, durante el planteamiento y la negociación para enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo, prestando la debida colaboración y el apoyo necesario al mediador.

La propia ley concursal sanciona esta falta de colaboración con la obligación de asistencia a la reunión y la sanción (por obstaculización en su caso) de subordinación en algunos supuestos.

La buena fe supone una aplicación esencial de la filosofía colaborativa que es innata al proceso de mediación. Y la misma se habrá de dar tanto en el deudor como en los acreedores. A tales efectos el deudor será sancionado, en su caso, por contradecir este comportamiento con la imposibilidad de remisión de deudas (art. 178 bis LC). Pero antes de esto, la norma le impide que pueda acudir a este instrumento cuando: 1.º Hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores⁸⁶.

Respecto de los acreedores el artículo 235.2.b) LC ya recoge que los mismos deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

⁸⁶ El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.

3.5. Flexibilidad.

Los autores⁸⁷, como hemos visto, se muestran en contra de la posible similitud (más en este caso) entre el proceso de mediación en insolvencia y la regla general de flexibilidad que impera en la mediación general. Este último debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediaciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos muertos” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.

Frente, en teoría, al régimen de mediación en insolvencia, el que contiene la Ley 5/2012 se basa en la flexibilidad y en el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. En ningún caso pretende esta norma encerrar toda la variedad y riqueza de la mediación, sino tan sólo sentar sus bases y favorecer esta alternativa frente a la solución judicial del conflicto. Es aquí donde se encuentra, precisamente, el segundo eje de la mediación, que es la deslegalización o pérdida del papel central de la ley en beneficio de un principio dispositivo que rige también en las relaciones que son objeto del conflicto. Esto ha hecho que los autores (como los citados) defiendan que no puede aplicarse supletoriamente la norma (que se llama civil y mercantil) a los supuestos de mediación en insolvencia y por lo tanto que la flexibilidad se convierta también en un elemento importante para confirmar sus teorías.

Defendemos, no obstante, lo contrario. Es cierto que la norma concursal establece un procedimiento más rígido que inicia con una solicitud, el nombramiento de un mediador y la citación a una reunión previa remisión de la documentación necesaria para poder formular voto a favor o en contra en la misma. Y también que la norma establece (siempre que se esté en insolvencia) la consecuente declaración de concurso tras un proceso fallido. Sin embargo que las líneas esenciales del proceso estén dibujadas no significa que (y así lo ha querido el legislador) no puedan existir y aplicarse instrumentos y

⁸⁷ SENES MONTILLA (et all) y CARRASCO PERERA, ops. cit.

herramientas propios de la mediación y que exista la posibilidad de reuniones informativas, negociadoras o mediadoras bilaterales, plurilaterales o multilaterales propias de la mediación.

El expediente de mediación tiene un principio y un fin que se concreta también con la voluntad de las partes; y esto es común a una y otra. Tiene una canalización legal imperativa pero no restrictiva a otras posibles actuaciones⁸⁸. Y se encuadra en una actuación de un tercero imparcial, independiente y neutral que aparece como “*director de orquesta*” tanto en uno como en otro. Querer ver en ello una limitación mediadora por no similitud de procedimiento para rechazar la mediación en insolvencia como verdadera mediación (que en realidad es híbrida) y derivar de esto la consecuencia de la no aplicación supletoria de la norma en lo que sea compatible, se contradice con la remisión que la propia ley concursal hace a la misma en el régimen de condiciones (en la forma que lo hemos expuesto) del mediador concursal , de los principios propios de la mediación y de la propia regulación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles que la norma recoge.

3.6. Profesionalidad.

La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno, que debe saber aflorar y, desde allí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio. La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación que se exija reglamentaria, ya sea a nivel nacional o autonómico, sin perjuicio de que tratándose del desarrollo de específicas habilidades comunicativas y de gestión de conflicto, la experiencia acumulada y contrastada a través de los correspondientes controles de calidad, debe ser igualmente valorada por el Tribunal a la hora de formar los paneles o listados de profesionales –art. 11 de la Ley 5/2012).

Los mediadores concursales deben reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

⁸⁸ Piénsese por ejemplo en cualquier llamada telefónica o reunión bilateral que el mediador pudiera tener para intentar acercar posturas.

mercantiles, así como alguna de las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales según el artículo 27.1 de la Ley Concursal⁸⁹.

Así, el artículo 233.1 de la Ley Concursal dispone literalmente que “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”. El artículo 27.1 de la Ley Concursal, por su parte, establece las condiciones subjetivas para ser administrador concursal. El último párrafo del artículo 233.1 de la Ley Concursal dispone que “[e]n todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes”.

Por tanto al mediador concursal, además de los requisitos de formación previstos en la Ley 5/2012, se le exige, que reúna la condición de abogado con más de cinco años de ejercicio profesional y que hubiera acreditado formación especializada en derecho concursal; o bien ser economista, auditor o titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de ejercicio profesional en dichas disciplinas con especialización demostrable en derecho concursal.

Además se permite que lo sean personas jurídicas, integradas por 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.

Por tanto se le está exigiendo que tenga formación demostrable no solo en mediación sino en materia concursal.

En desarrollo de todo ello 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, recogió las exigencias

⁸⁹ Artículo 27. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.

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

1. ° 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. ° 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.

necesarias de registro y formación y estableció los sistemas generales y particulares de posibilidad de actuación como mediador.

La regla general es que la inscripción de los mediadores que desarrollen la actividad de mediación de conformidad con las previsiones de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles y de las instituciones de mediación en el Registro será voluntaria. No obstante, 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. 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.

La formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador. Como reglas generales aplicables también a los mediadores concursales la norma destaca:

1º. La formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos.

2º. La formación específica de la mediación se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima prevista en este real decreto para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales.

3º. La duración mínima de la formación específica del mediador será de 100 horas de docencia efectiva. Será válida la formación recibida ante

instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países y, en su caso, se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida.

4º. Los mediadores deberán realizar una o varias actividades de formación continua en materia de mediación, de carácter eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas. La realización de cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador.

5º. En particular a los mediadores en insolvencia les será aplicable lo dispuesto en el artículo 27 LC sobre la necesidad de especialización en la normativa concursal, lo que conlleva igualmente la necesidad de acreditar horas de formación en sus respectivos colegios a tal efecto y por tanto especializándose en esta rama específica desarrollada por el citado Real Decreto.

CAPITULO IV.

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE CONJUNTO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN: COMPATIBILIDAD DEL PROCESO DE MEDIACIÓN EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA CON LAS TÉCNICAS Y MODELOS DE MEDIACIÓN.

1. Introducción: Justificación del sistema.

Recoge 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 mercantiles⁹⁰ que el mediador deberá contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación. La formación del mediador se podrá adquirir en uno o varios cursos y deberá permitirle el dominio de las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley, en especial respecto a los asuntos que no puedan someterse a mediación, el respeto a los derechos y legítimas expectativas de terceros, así como la responsabilidad del mediador. (Art. 3). El mediador concursal deberá (art. 233 LC) reunir tanto las condiciones previstas para el mediador en la Ley 5/2012 como cumplir los requisitos del artículo 27⁹¹ de la LC para ser administrador concursal. Este último precepto recoge (en la redacción vigente) que la administración concursal estará formada por un único miembro que deberá: 1. ° 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. ° Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. En ambos casos la norma prevé formación especializada o especialización demostrable en derecho concursal.

De conformidad a todo ello tendríamos:

- a) Que el mediador en insolvencia deberá reunir los requisitos de formación previstos para el administrador concursal.
- b) Que el mediador en insolvencia deberá reunir las condiciones previstas en la Ley 5/2012 de Mediación y por lo tanto contar con formación específica para ejercer la actividad de mediación.

⁹⁰ 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. «BOE» núm. 310, de 27/12/2013.

⁹¹ Debemos tener en cuenta que la actual redacción del artículo 27 LC está pendiente de desarrollo reglamentario. El citado precepto se modifica por el art. único.2 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Ref. BOE-A-2014-9896. Esta modificación entrará en vigor cuando se apruebe su desarrollo reglamentario, según establece la disposición transitoria 2 de la citada norma.

- c) Lo anterior implica también el conocimiento y formación en desarrollo del procedimiento de mediación que tanto afecta al concursal como al de mediación general o al de mediación en insolvencia, previsto para los Acuerdos Extrajudiciales de pago.
- d) El dominio de técnicas de mediación.

A lo largo del presente trabajo se expondrán las ideas generales sobre el proceso y la tramitación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos .El tratamiento de la formación y específicamente de la formación en técnicas de mediación resulta igualmente necesario como parte del Estatuto del mediador en insolvencia, pero merece ciertamente un capítulo propio que determine, adecue y sistematice dichas técnicas como parte del proceso de actuación del mediador en los supuestos de mediación concursal (es decir como parte del proceso) . No siempre es fácil adecuar una figura con las técnicas que pueden ser utilizables; más aún resulta difícil en la estructura híbrida de la institución preconcursal que estamos analizando.

Como regla general aplicable también al mediador concursal el citado RD 980/2013 recoge en su artículo 4 que la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos. Por lo tanto y en función de ello podemos distinguir:

1º. Por un lado los conocimientos y habilidades jurídicas suficientes para el ejercicio profesional de la mediación en relación al ámbito especializado en el que nos movemos. Ello conlleva el conocimiento específico del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, de su procedimiento y su tramitación, objeto del presente trabajo.

2º. Por otro los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos tanto general como en relación a ese ámbito especializado en el que ahora nos movemos en supuestos de insolvencia.

Aunque este segundo aspecto es secundario al proceso y tramitación de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago, la misma naturaleza del mediador en insolvencia nos lleva necesariamente a adecuar esas técnicas a la regulación específica de los citados acuerdos. Cuando la Ley 14/2013 introduce la figura del mediador concursal, su exposición de motivos nos señala que “[e]s responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión. En la 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. Por otra parte, la Ley es generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas, de modo que pueden pactarse quitas de hasta el veinticinco por ciento de los créditos y esperas de hasta tres años.”

De otro lado el carácter flexible que se señala en la citada exposición de motivos para referirse al proceso y los hitos concretos que necesariamente se han de cumplir (convocatoria, reunión, protocolización, solicitud del proceso concursal consecutivo) deben delimitarse desde el conocimiento de esas técnicas de mediación, de los procesos de negociación o de los modelos y métodos más desarrollados en la actualidad, debidamente adecuados al propio proceso regulado en la normativa concursal. De otra forma correremos el riesgo de incurrir en contradicciones o incompatibilidades que podrían afectar gravemente al mismo.

2. Compatibilidad de las técnicas de mediación en los Acuerdos Extrajudiciales de Pago.

La compatibilidad jurídica entre las técnicas de mediación y el mismo proceso de mediación en supuestos de insolvencia tiene mucho que ver con la naturaleza del mismo. Previo a tratar esta última es necesario, por tanto, construir el sistema previo de funcionamiento a partir de las primeras, dibujando la posibilidad de adecuación de estas en el proceso extrajudicial regulado para los Acuerdos Extrajudiciales de Pago.

Cuando la norma concursal nos habla de convocatoria – por parte del mediador- de los acreedores (art. 234 LC) a una reunión que se celebrará

dentro de los dos meses siguientes a la aceptación, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio; cuando recoge determinados efectos (art. 235) derivados de la admisión a trámite del proceso extrajudicial de mediación; cuando (art. 236 LC) determina que el mediador deberá remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud con concretos contenidos; cuando nos habla en concreto de dicha reunión (art. 237 LC) o de la votación (art. 238) de dicha propuesta con unas mayorías concretas; cuando habla de la necesidad de supervisión del acuerdo finalmente alcanzado para su cumplimiento (art. 241 LC) o en general de su actuación como negociador tal y como expone la exposición de motivos de la Ley 14/2013 que introduce la institución preconcursal, en realidad no solo se está refiriendo al jurista, al economista como experto en mediación en insolvencia sino que debemos entender que ello incluyen al menos dos apartados a considerar:

- a) Por un lado que su actuación, tal y como hemos señalado, es flexible dentro de los hitos marcados imperativamente en el proceso de desarrollo del acuerdo. Y que en realidad esa flexibilidad nos hace acudir a lo previsto en la Ley 5/2012 de mediación en los términos que hemos señalado; y que por tanto deberá realizar sus funciones utilizando habilidades, técnicas y herramientas propias de la mediación que son consustanciales a esta. De otra forma dicho: el mediador debe utilizar en el proceso y tramitación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos el conjunto de habilidades, técnicas y herramientas propias de la mediación. Y estas deben ser compatibles con el propio proceso legal e imperativamente establecido.
- b) Que la utilización de modelos y métodos de mediación deberán ser compatibles con la estructura jurídica del proceso extrajudicial que parte de la solicitud del deudor; y que ello no impide que los mismos formen parte del proceso como un todo en la medida en que sean compatibles con el mismo.

Cuando hablamos por tanto de modelos y métodos (de habilidades, técnicas e instrumentos) en la mediación no estamos hablando de cuestiones

no jurídicas o ajenas al proceso jurídico determinado legalmente sino que se incluyen dentro de este proceso como un todo desde dos ámbitos diferentes:

1º. Por un lado la necesaria formación y adecuación del mediador- como se ha visto- a las mismas y por tanto como modo de funcionamiento en dicho proceso.

2º. Por otro lado como modelos a seguir en el proceso extrajudicial y en cada una de sus fases, es decir en la forma en que sí pueden desarrollarse las mismas de forma compatible con los estadios jurídicos que el legislador ha previsto.

Esa compatibilidad debe ser objeto de un estudio de adecuación jurídica a dicho proceso tanto en la parte no regulada (procedimiento flexible) como en la que positivamente se recoge en los preceptos de la ley concursal. Respecto de las primeras para conocer si es posible establecer (y son compatibles en el conjunto de la regulación que componen las normas de mediación que hemos venido analizando) otros hitos o fases complementarios desde los concretos modelos y métodos más desarrollados en relación a la mediación; en relación a los segundos si es posible y compatible su utilización en las fases que necesariamente han de darse por haber sido previstas por el legislador.

Así, por ejemplo, la utilización de técnicas y medios o modelos de mediación (más allá de las habilidades propias que se pretenden en la formación del mediador y que dependen esencialmente de la regla “capacidad más formación por aptitud”) en el proceso pueden intentar localizarse en la forma de convocatoria que el mediador va a poder realizar, en la posibilidad de reuniones informativas previas a la reunión prevista legalmente (y cómo han de hacerse) , en las posibilidades de actuación bilaterales, sectoriales por tipo de acreedores, plurilaterales u otras, en la adecuación de los hitos legales a las exigencias de mediación (por ejemplo la elección del lugar de reunión o la posibilidad de compartimentalizarla), la forma de comunicación que el mediador puede utilizar (entendiendo que existe un proceso legalmente previsto pero flexible y que necesariamente requerirá más contactos que los que allí se recogen) , los criterios no previstos legalmente para la discriminación de los que pueden y no pueden asistir a dicha reunión (asesores jurídicos, abogados, representantes, mandatarios, cónyuge, socios, trabajadores , etc.) Todo ello forma parte del proceso de mediación y sin embargo no está previsto

legalmente. Su adecuación parte por tanto de considerar que, aun encontrándonos en un supuesto híbrido de mediación, el legislador ha querido y ha insistido en esta figura y en su naturaleza precisamente porque el proceso extrajudicial legalmente previsto debe completarse con las herramientas propias de la mediación. Y ello es trascendental no solo para conseguir un buen resultado (el mejor de entre los posibles) sino también para evitar que colisionen las mismas con la legalidad vigente y que finalmente se produzca la nulidad del mismo o la responsabilidad de cualquiera de los implicados derivados de la posible infracción.

Ello nos llevará a realizar un doble estudio: (i) uno genérico expositivo breve de los principales modelos y métodos de mediación conforme al estado de la técnica actualmente más utilizados; (ii) otro de adecuación del mismo en el proceso extrajudicial que delimita el Acuerdo Extrajudicial de Pagos desde esa visión (doble) flexible entre lo previsto y lo no previsto legalmente.

Tengamos en cuenta, finalmente que el “procedimiento” de mediación obedece a diferentes fases que nuestra norma no regula (y no debe hacerlo) exhaustivamente. Conforme a la doctrina norteamericana⁹² serían: 1) Inicial: creación de confianza y estructura; 2) Localización de hechos y aislamiento de problemas, se comprenden las perspectivas de las partes y se clarifican intereses y necesidades; 3) Creación de opciones y alternativas para solventar el conflicto; 4) Negociación y toma de decisiones; 5) Esclarecimiento y relación de un plan; 6) Planteamiento procesal; y, 7) Puesta en práctica, análisis y revisión. Los mediadores deben estar disponibles para poder intervenir en caso de dificultades durante la ejecución del mismo, lo que se equipara a la función de control que nuestra norma recoge. Como podemos ver, el procedimiento de mediación, es más que los puntos sexto y séptimo que nuestra normativa recoge; y constituye un conjunto que engloba elementos muy diferentes que hemos de tomar en consideración, entre los que se incluyen los modelos para poder llegar a la solución del conflicto que en este caso es el intento de un Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

⁹² WARE, STEPHEN J., *Alternative Dispute Resolution (Hornbook Series and Other Textbooks*, West, New York, 2001, págs. 22 y ss; y HIGHTON, ELENA y ALVAREZ, GLADYS, *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, 1995, págs. 231 y ss

3. Identificación de los modelos de mediación y principales características.

La mediación surge en Estados Unidos⁹³ a mediados de los años setenta, como una nueva institución encaminada a la resolución alternativa de conflictos. Fue, la administración del presidente Jimmy Carter quién impulsó definitivamente la misma mediante la creación de los primeros centros de justicia vecinal⁹⁴. El objetivo de dichos centros, conocidos como “programas de mediación comunitaria”, era ofrecer una alternativa a los juzgados que permitiera a los ciudadanos reunirse y solucionar sus disputas. El éxito de estos primeros programas de mediación fue muy reconocido, y se extendió a lo largo de todos los Estados Unidos y, más tarde, al resto del mundo.

Su crecimiento fue rapidísimo a causa de los buenos resultados que proporcionaba al sistema de resolución de conflictos, por lo cual posteriormente se incorporó al sistema legal, y en algunos estados norteamericanos, como por ejemplo el de California, se instruyó a la mediación, como instancia obligatoria, previa al juicio⁹⁵.

También se cita⁹⁶ como antecedente de la mediación los buenos resultados obtenidos dentro de las empresas para resolver conflictos interdepartamentales, cuando intervenían determinadas personas que por sus características individuales ayudaban a resolver los conflictos de forma más rápida, efectiva y económica

La mediación sin embargo ha tenido diferentes desarrollos, cristalizando en fundamentalmente tres escuelas. Estos desarrollos vienen marcados por el origen del modelo, ámbito empresarial, terapia familiar, terapia humanista y el posterior campo de expansión.

⁹³ Vid a tal efecto CONFORTI, F., «La mediación en España. Edición 2009», en http://www.mediate.com/articles/la_mediacion_en_espana_2009.cfm

⁹⁴ HOYOS ALARTE F y VIANA ORTA, I., «La mediación como herramienta de trabajo», http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mediacion.pdf

⁹⁵ VARGAS PAVEZ, M., «Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación», *Rev. derecho* (Valdivia), dic. 2008, vol.21, no.2, p.183-202. ISSN 0718-0950

⁹⁶ MUNDUATE JAVA, L., «La aproximación psicosocial al estudio del conflicto y la negociación laboral en España: una revisión», *Revista Anual de Psicología*. Volumen 5. Suplemento. <http://www.unioviedo.es/reunido/index.php/PST/article/view/7193>.

En Estados Unidos se diferencian tres líneas de pensamiento, que han dado lugar a tres diferentes modelos de mediación⁹⁷:

1º. El Modelo Tradicional-Lineal (Harvard).

Aunque será analizado en profundidad a continuación, conviene señalar que este modelo está centrado en el acuerdo, y no toma en consideración las relaciones entre las partes sino que se centra en el contenido de la comunicación; por lo tanto, no intenta modificar las relaciones entre ellas.

2º. El Modelo Transformativo (Bush y Folger).

Este modelo es el opuesto al Modelo Tradicional, porque no se centra en el logro del acuerdo y sí se centra en la transformación de las relaciones.

3º. El Modelo Circular-Narrativo (Sara Cobb).

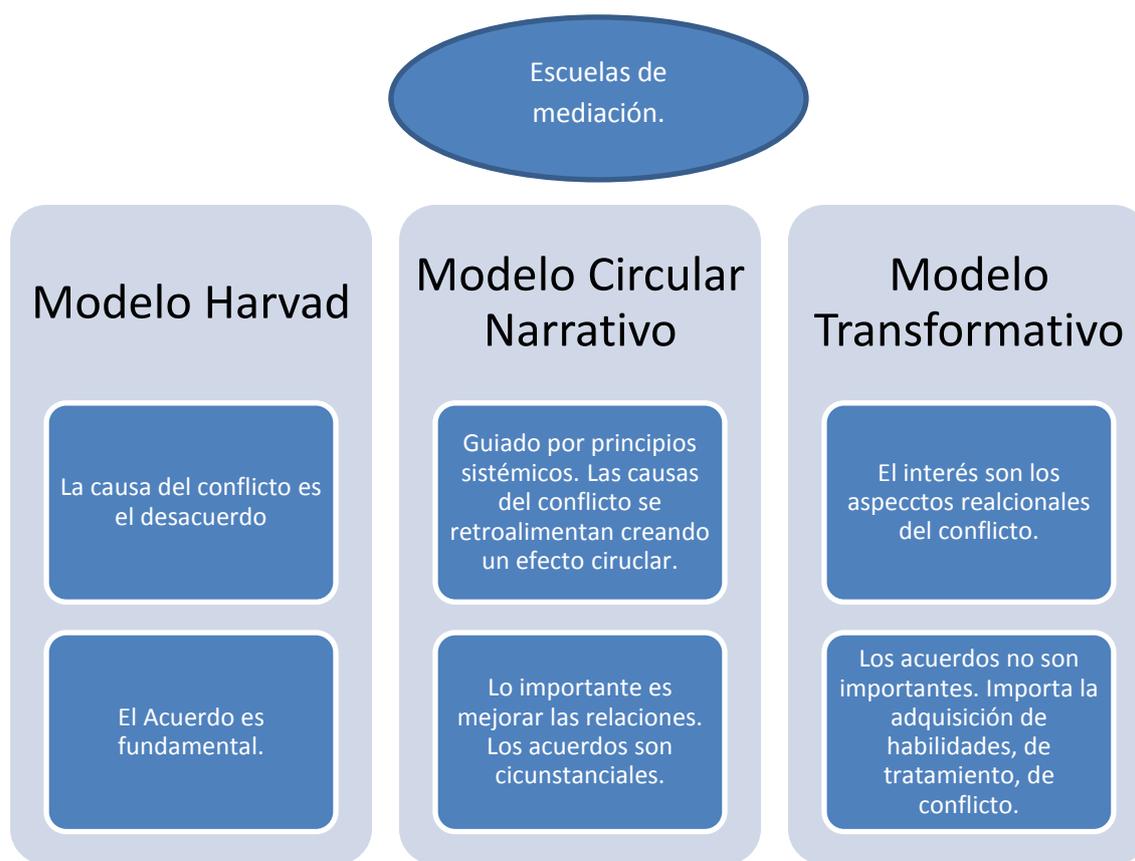
Está interesado en ambos aspectos, en las relaciones y en el acuerdo.

La doctrina⁹⁸ ha entendido que no debemos presentar estos modelos como disyuntiva, sino tener en cuenta en qué casos es más conveniente utilizar uno u otro, o una mezcla de ellos. Por ejemplo, el Modelo Tradicional de Harvard se ha utilizado mucho para la gestión de conflictos en empresas, mientras que el Modelo Transformativo es recomendable en todos aquellos casos o ámbitos en los cuales sean muy importantes las relaciones. Por su parte, el Modelo Circular-Narrativo tiene la ventaja de su gran aplicabilidad al estar centrado tanto en las relaciones como en los acuerdos.

⁹⁷ En relación a la negociación encontramos, sin embargo, dos escuelas de pensamiento fundamentales: a) la que considera que la negociación es competitiva, y b) la que estima que la negociación es colaboración. La primera responde a una corriente de pensamiento que asume la negociación desde la concepción del ir ganando terreno al contrario, de manera que mediante mecanismos psicológicos tales como la exigencias, las amenazas de no continuar (..) se pretende que el adversario ceda ante las presiones mantenidas por la contraria. La segunda posición es la que arranca de una negociación en sentido de cesión, de manera que ambas partes ganan, en todo caso, con las negociaciones como manera de resolución de conflicto; «(..) la continuidad de la relación, la credibilidad y la confianza son de su base» SINGER, LR. *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresariales, familiar y legales*, Piados, Buenos Aires. Pg. 33.

⁹⁸ SOUTO GALVÁN E, *La mediación: un instrumento de conciliación*. Dykinson.2010.

Un análisis gráfico de los diferentes modelos es el siguiente:



Fuente: Elaboración propia.

Pero los citados modelos, no están exentos de crítica, y la principal procede de FISS⁹⁹ Y NADER¹⁰⁰, que consideran, que el proceso informal, la ausencia de reglas y garantías procesales, puede agravar los desequilibrios de poder y ser manipulada sin que el mediador, obligado por su neutralidad, pueda hacer nada por cambiarlo. Afirman que la mediación, que surge con las mejores intenciones, conduce a ámbitos privados los que tienen una dimensión pública, permitiendo que los poderosos dividan y conquisten aumentando el poder de los fuertes, haciendo posible que se aprovechen de los débiles.

Es quizás este aspecto el que resulta ciertamente eliminado (e integrado) en nuestro procedimiento sobre los Acuerdos Extrajudiciales de Pago. Mediante el mismo el legislador ya ha previsto (y eliminado) una serie de

⁹⁹ FISS, O.M., «The Social and Political Foundations of Adjudication», 6 *LAW & HuM. BEHAV*, 1982, pp. 121 y ss.

¹⁰⁰ NADER, L., «The ADR Explosion-The Implications of Rhetoric in Legal Reform», 8 *WINDSOR Y.B. ACCESS TO JUST*, 1988 págs. 269 y ss.

hitos que habrán de regir en el proceso extrajudicial; y estos deberán cumplirse sin perjuicio de que dichos modelos integren el procedimiento hasta el punto de permitir la flexibilidad necesaria para poder alcanzar el acuerdo.

4. Modelo tradicional lineal o de Harvard.

4.1. Origen.

Podríamos decir que la mediación contemporánea nace de este modelo. Vinculado al mundo empresarial y del derecho surge de profundizar en la negociación de principios o de intereses¹⁰¹. Este modelo muy denostado en algunos ámbitos, por la centralidad que otorga al logro de acuerdos, ha realizado grandes aportaciones a la mediación. Surgió con la propuesta de *Solución de Problemas* de Roger Fisher, William L. Ury y Bruce Patton, que publicaron en 1981 : *Getting To Yes*¹⁰². Es un modelo creado para la negociación bilateral de cuestiones económicas y legales. Posteriormente ha sido denominado modelo directivo (Bush y Folger, 1996)¹⁰³ o tradicional lineal (Suarez, 1997)¹⁰⁴ o mediación orientada por el acuerdo (Parkinson, 2005)¹⁰⁵ o modelo Harvard (Soletto y Otero, 2007)¹⁰⁶.

4.2. Características.

En líneas generales se define a esta mediación, como una negociación por intereses asistida de una tercera persona, la cual procura resolver el conflicto que los llevó a requerir de esa intervención. Se entiende el conflicto

¹⁰¹ Las partes en conflicto, se centran en localizar intereses comunes, y por tanto, se espera que ambas partes, estén dispuestas a ganar y a perder algo porque a cambio obtienen un acuerdo y preservan la relación (o evita que se dañe más). En esta negociación estaríamos hablando del famoso “yo gano- tú ganas”

¹⁰² FISHER, R., y URY, W., *Getting to yes. Negotiating agreement without givin in*. Houghton Mifflin Company. Estados Unidos. 1981

¹⁰³ BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER, J. P., *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Barcelona: Granica, 1996.

¹⁰⁴ SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós, 1996.

¹⁰⁵ PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa. 2005.

¹⁰⁶ SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y Solución de conflictos*. Ed. Tecnos, Valencia. 2007.

como un obstáculo para la satisfacción de los intereses, algo negativo a resolver.

En este modelo, el rol de la persona mediadora se basa en controlar la interacción. Es alguien que se define como experta en la materia (tal y como la define nuestra normativa en el RDL 980/2013) y guía un proceso que está estructurado y secuenciado (procedimiento de mediación en insolvencia). La comunicación es bastante lineal, en consonancia con la génesis de este método que es la negociación bilateral.

Es necesario, para abrir el conflicto, “airear todos sus componentes”, frenando la vuelta al pasado y poniendo énfasis en el futuro. De forma reduccionista se podría afirmar que las personas mediadoras de esta escuela tienden a desactivar las emociones negativas y reforzar los puntos de acuerdo.

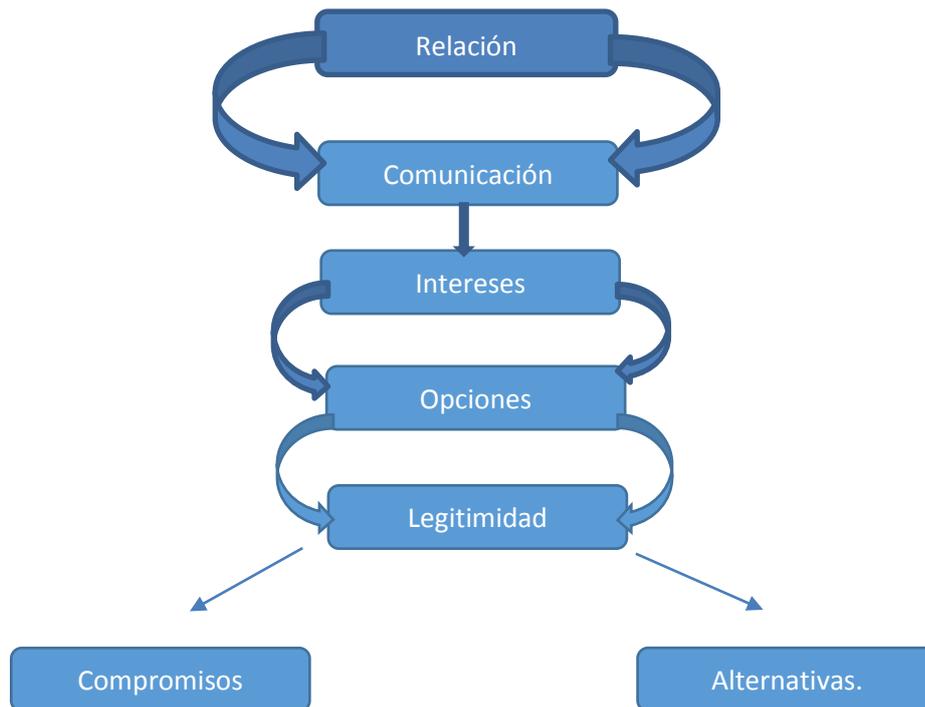
La concepción de colaboración para la satisfacción de los intereses, se sustenta en una concepción de normas, y establece estrategias y técnicas específicas para el logro de su objetivo que es alcanzar el acuerdo.

4.3. ¿Cuál es el método?

En su inicio, este método se asentaba sobre cuatro pilares:

- Las personas: En este sentido, habrá que separar el problema de las personas.
- Intereses: Hay que centrarse en los intereses y no en las posiciones.
- Opciones: Antes de intentar ponerse de acuerdo, se deberán inventar opciones de beneficio mutuo.
- Criterios: Insistir en que el resultado se base en algún tipo de criterio objetivo.

En la actualidad, conscientes de la limitación de estas bases, las han ampliado hasta siete, “Los siete elementos del método Harvard”:



Fuente: Elaboración propia.

A continuación analizamos cada uno de los siete elementos del modelo Harvard, tal y como lo plantearon Fisher y Ertel a quienes seguimos en la obra citada:

a) *Intereses: ¿qué es lo que la gente quiere realmente?*

Según este elemento, hay que profundizar en los intereses, tanto de procedimiento, es decir cómo se debe abordar la cuestión, cuál se considera que es el camino en la búsqueda de la solución, en los intereses sustanciales - bienes, recursos limitados, tiempo, dinero, etc.- o en los psicológicos -como

considera cada una de las partes que son tratadas, las condiciones de la relación, percepciones de confianza, respeto, condiciones de la escucha, etc.

b) Opciones:

Habría que diferenciar los acuerdos posibles de las partes de un acuerdo. Se deberían generar acuerdos en los que todas las partes ganen. Parece claro que se requiere de trabajo en equipo y de una buena dosis de creatividad.

c) Alternativas: ¿qué voy a hacer si no nos ponemos de acuerdo?

Habría que valorar las alternativas que se tienen y cuáles son los márgenes de actuación. En definitiva se trataría de obtener el denominado MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado), siendo éste el punto de inflexión en el que se apoyará el mediador o mediadora para desatascar posibles bloqueos durante el proceso.

d) Legitimidad:

Se puede recurrir a evaluadores externos expertos en la materia en cuestión, para establecer criterios que permitan determinar si las soluciones propuestas son legítimas o no, dado que en este modelo lo que se busca es la máxima objetividad¹⁰⁷.

e) Comunicación:

Se trata de apoyar y potenciar todos los elementos que faciliten la comunicación entre las partes. Para situar el debate, se pueden utilizar preguntas tales como: ¿Estoy dispuesto/a a escuchar lo que se diga?, ¿Sé lo que quiero decir y cómo hacerlo?

¹⁰⁷ Es una de las críticas que se le realizan a esta escuela de mediación, ¿qué es lo objetivo?, caer en la ilusión de alternativas de la búsqueda de objetividad.

f) *Relación:*

El mediador, debe tener como objetivo mixto tratar de forma exitosa los asuntos, pero también mantener una buena relación con las partes en conflicto.

g) *Compromiso:*

Después de que las opciones hayan sido evaluadas y estudiadas, las aceptadas, pasaran a formar parte del acuerdo. El modelo de mediación de Harvard insiste en la preparación de las partes, previo al proceso. Deberán meditar y pensar en estos siete elementos, incluso se les podrán proporcionar algunos cuestionarios para que vayan pensando sobre estos temas, de tal forma que cuando lleguen al proceso ya estén “maduros” para realizarlo. En este sentido, para preparar el proceso habría que:

- Revisar y estudiar el caso.
- Definir las etapas de mediación y sus características.
- Marcar límites temporales (si fuese necesario).

4.4. El Proceso.

El proceso, se inicia con una o más sesiones conjuntas y luego se pasa a sesiones individuales. Hay circunstancias, en las que el proceso comenzará por las sesiones individuales y que detallamos a continuación:

- Cuando la comunicación entre las partes está muy deteriorada o con una gran polarización entre ellas.
- Cuando existe muy poca información sobre el caso.

En estas sesiones nos podemos encontrar por tanto:

1º. Sesión conjunta.

El mediador, estando presentes ambas partes, deberá informar a las mismas acerca de las siguientes cuestiones:

- Proceso de mediación.

- Rol del mediador.
- Rol y la responsabilidad de las partes.
- Rol del abogado/a (cuando proceda).
- Realizar el encuadre.
- Definir el problema o los conflictos existentes, cuáles son las perspectivas individuales.

2º. Sesión individual.

La sesión individual se abre siempre con un resumen del proceso. El problema se trabaja no perdiendo de vista en ningún momento los intereses, del mismo modo que se deberán crear las distintas opciones. Finalmente se trabajará la mejora en las relaciones de las partes implicadas en el conflicto, son los denominados “conectores”

3º. Sesión conjunta.

Por último se mantendrá nuevamente una sesión conjunta, en la que se deberá cerrar el acuerdo. En esta última fase se hace necesaria la concreción, claridad, especificad y por último deben establecerse mecanismo de control para el cumplimiento del acuerdo.

4.5. Adaptación al régimen del Acuerdo Extrajudicial de pagos.

Es evidente que intentar conciliar (en conjunto) el citado método (propio de mediación) con la normativa expresamente prevista para los Acuerdos Extrajudiciales de Pago en la Ley Concursal, exige considerar lo siguiente: Si no es posible encuadrar el método de mediación con el procedimiento legalmente previsto en realidad no nos encontraríamos con un supuesto de mediación sino con un mero trámite procesal que necesariamente encubrirá un proceso de mediación marginal previo a dicho trámite. Pero tal consideración resulta ajena e incluso contradictoria con la regulación concursal de tal forma

que es el inicio (con la solicitud y el nombramiento del mediador) del mismo el que marca los tiempos y los hitos que necesariamente habrán de venir; pero no excluyen la aplicación de dichos modelos, medios e instrumentos que podrán conciliarse a lo legalmente previsto (convocatoria, reunión, acuerdo). Se trata por tanto de una forma (de una de las formas) de mediar y por ello se engloba dentro del proceso de mediación como un todo, subrayando y poniendo de manifiesto ese carácter flexible que la exposición de motivos de la reforma (Ley 14/20013) ha querido.

5. Transformativo. Folger.

5.1. Origen.

BARUCH Y FOLGER en 1994 publicaron *The Promise of Mediation*¹⁰⁸ en el que venían a desarrollar la idea de resolver el conflicto mediante el fortalecimiento personal y el reconocimiento de los demás. Se presentó así el modelo Transformativo que supuso un cambio de paradigma y una revolución frente al modelo de Solución de Problemas o Harvard.

5.2. Concepto.

En este modelo (que extraemos del citado libro), el conflicto se percibe como oportunidad de crecimiento personal, provoca el reconocimiento de la legitimidad de las posiciones del otro, genera una modificación de la perspectiva y el crecimiento moral de los participantes. Aquí el objetivo es la modificación de las relaciones entre las partes, no la resolución del problema, y serán las partes por sí mismas las que lo logren cuando hayan mejorado su relación, en el proceso de mediación o fuera de él. En lugar de la satisfacción individual lo que se busca es el bien común.

Este modelo emplea estrategias y técnicas encaminadas a alcanzar el crecimiento personal y a diferencia del modelo de Harvard, en el transformativo los conflictos no son considerados como problemas, sino como oportunidades

¹⁰⁸ BARUCH, R. y FOLGER, J., *The Promise of Mediation. Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*. Jossey-Bass Publishers, 1994.

de crecimiento y “transformación moral”. La diferencia, con respecto a los otros modelos, es la orientación transformadora del conflicto.

El objetivo de BARUCH Y FOLGER con este modelo era “*cambiar a la gente, no solo las situaciones, esta es la fuerza de la visión transformadora del conflicto y de la mediación*”.

Para DIEZ Y TAPIA¹⁰⁹, el objetivo de la mediación transformativa no es el acuerdo sino el desarrollo del potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades. Se centran en las relaciones humanas para fomentar el crecimiento moral, promover la revalorización y el reconocimiento de cada persona.

El objetivo se puede alcanzar programando reuniones, preferentemente conjuntas, aunque el equipo mediador puede introducir alguna individual si así lo estimara. El equipo mediador trata de introducir una comunicación relacional de causalidad circular. En las entrevistas se procura que cada parte potencie su protagonismo y pueda reconocer su cuota de responsabilidad en el desenvolvimiento de la controversia y la que corresponde a su oponente. Esta escuela tiene un fuerte predominio terapéutico y sus postulados son seguidos preferentemente por los mediadores con formación psicológica.

No existe un procedimiento explícitamente determinado. Para los citados autores existen una serie de movimientos orientadores, que podrían resumirse en los siguientes principios:

- Se define a la mediación en términos transformativos, de tal forma que llegar a un acuerdo no es la única finalidad de la mediación.
- La mediación es voluntaria, pero tiene una oportunidad para exponer aquí y ahora, cuáles son las cosas que les molestan para ver si hay algún modo de considerarlas.
- No se impone ninguna la regla. El poder de tomar decisiones lo tienen las partes. Los resúmenes que realice la persona mediadora serán circulares, incluirán las preocupaciones de las partes, pero promoviendo la toma de decisiones, sin eludir los problemas y aspectos relacionales.
- Se debe de enfocar a las partes, las posibles elecciones que tienen, sin hacer sugerencias. Quienes deciden son las partes.

¹⁰⁹ DIEZ F y TAPIA, G., *Herramientas para trabajar en mediación*, Ed. PAIDOS IBERICA, 1999.

- En las sesiones privadas, la persona mediadora evoca los puntos de vista de cada parte sobre sí misma y la otra, y hace surgir oportunidades para el reconocimiento, para lo cual utiliza técnicas como la redefinición, el reencuadre, etc.
- La persona mediadora ayudará a las partes a responder a las oportunidades de reconocimiento recíproco que hayan podido surgir en las sesiones individuales, y posteriormente ella misma se apoyará en estos reconocimientos

El objetivo de este modelo, es doble: de un lado, se pretende la mejora de las partes, potenciar su evolución y maduración y de otro, los efectos más importantes que este modelo de mediación puede producir son la revalorización y el reconocimiento, que analizaremos a continuación.

5.3. Revalorización:

Una de las partes, se encuentra revalorizada en mediación cuando:

- Se tiene una comprensión más clara de lo que es importante y por qué, conoce cuáles son sus metas e intereses y si estos merecen la pena.
- Se toma conciencia de la gama de alternativas que pueden garantizarle total o parcialmente la obtención de las metas, y que tiene el control sobre las decisiones. Comprende que puede elegir si continuará en mediación o si la abandonará, y que al margen de las restricciones externas existen alternativas y control sobre las mismas.
- Cuando refleja, delibera y adopta decisiones conscientes sobre lo que desea. Evalúa los pros y contras de sus propios argumentos.
-

5.4. Reconocimiento.

Es frecuente en los conflictos, que las partes se sientan amenazadas, agredidas y atacadas. En este sentido, el reconocimiento hace referencia a la voluntad de abrirse más, ser más empáticas y sensibles a la situación del otro.

Baruch y Folger vinieron a declarar: *“Aprovechando su experiencia en la propia mediación transformadora, las partes pueden traspasar a otras situaciones más capacidad y disposición a relacionarse con otros de modo menos defensivo, más respetuosamente y con más empatía; a mostrar una actitud menos severa frente a otros; a conceder a otros el beneficio de la duda; a hallar elementos de experiencia común y de preocupación común con otros; a mostrarse más tolerante frente a otros que tienen experiencias y preocupaciones diferentes. Como objetivo y como efecto de la mediación, el reconocimiento puede sobrepasar el caso inmediato para extenderse a otros aspectos de la vida”*.

Para dichos autores en el modelo transformativo y en relación con el reconocimiento encontramos:

- *Consideración de reconocimiento*: que no es otra cosa que *“comprender que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación y concentrarse en lo que está viviendo la otra parte”*. En este sentido las partes en conflicto, vendrían a reconocer que más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, poseen la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte. Por tanto, pueden dejar de concentrarse únicamente en su propio problema, para atender también al del otro.
- *Deseo de otorgar reconocimiento*: en este sentido, no solo es necesario el poder entender a la otra parte, sino que hay que querer hacerlo. Se trata por tanto, de concentrar la atención de las partes, en lo que el otro está experimentando y encontrar un modo de reconocer esta experiencia a través de su comportamiento en la sesión.
- *Otorgar reconocimiento con el pensamiento*: consiste en que de forma consciente, se reinterprete la conducta del otro y se compruebe que no es necesario ver a la otra persona de forma tan negativa.
- *Otorgar reconocimiento verbal*: expresar el cambio operado en el pensamiento y admitir que las partes malinterpretaron a la otra, de tal forma que es necesario que ambas partes de forma verbal lo manifiesten.

- *Otorgar reconocimiento en actos*: realizar cambios en el que el otro también cuenta.

Consideraban también que la práctica de la mediación transformadora tiene tres esquemas generales del comportamiento del mediador:

1. *Microenfoque en los aportes de las partes*: consiste en analizar el modo en el que se “escenifica” el caso, teniendo en cuenta los movimientos individuales, las interacciones. Ante este análisis se buscan oportunidades de revalorización y reconocimiento.

2. *Alentar la deliberación y la decisión de las partes*: en este modelo el mediador, trata de aclarar las opciones y señalar las coyunturas decisivas, alentando a las partes a reflexionar y a deliberar con total conocimiento de sus alternativas, metas y recursos. Se evita conscientemente la formulación de propuestas en términos de arreglo.

3. *Alentar la utilización de perspectivas*: a partir de las narraciones se buscan los puntos más positivos para que cada uno considere el punto de vista del otro/a.

Por tanto, el acuerdo solo se lograra en la medida que los participantes encuentren una nueva mirada del otro y de sí mismos. En la mediación transformativa se alcanza el éxito cuando las partes como personas cambian para mejorar, gracias a lo que ha ocurrido en el proceso de mediación.

5.5. Compatibilidad con el procedimiento reglado en Acuerdos Extrajudiciales de Pago.

Es evidente que la posibilidad de utilizar este método transformativo exige al mediador una serie de contactos bilaterales, sectoriales y parciales con los acreedores previos a la reunión propia recogida en el artículo 237 LC; su actuación viene a colocar al mismo, en un lugar fuertemente posicionado en función de las posibles alternativas existentes para cada una de las partes.

Esto es lo que realmente sucederá con la propuesta prevista en el artículo 236 de la LC. Si tomamos por ejemplo la misma, resultará que 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, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: a) Esperas por un plazo no superior a diez años. b) Quitas .c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta. e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. Solo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4. En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.

Y además se señala que la propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

Desde el principio se afirma que será el mediador quien remitirá dicha propuesta con el consentimiento del deudor, lo que supone evidentemente

consensuar el mismo a partir de un enfoque y microenfoque de las diferentes situaciones, relaciones, negocios o individualidades existentes, de la situación económico-financiera y de las posibilidades previstas y posibles para el deudor. Como función del mediador ello se incluye en el proceso de mediación y conllevará el resultado de un elemento tan trascendental como es el plan de pagos.

El contenido concreto de la propuesta parte, evidentemente, de un proceso de mediación e intervención (reducido en el tiempo) que podemos escenificar con los acreedores con garantía real. En el supuesto de cesión en pago y para garantías reales es aplicable el artículo 155.4 LC. Este precepto señala que *“[a] realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Si la realización se efectúa fuera del convenio¹¹⁰, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.”* Adecuar esto supone contar con esa autorización que de ninguna forma podría plantearse sin esa previa negociación.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

¹¹⁰ Se incluiría por tanto el supuesto.

Con posterioridad y dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. Que la norma afirme que transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor supone igualmente contactos, mediaciones, análisis de las diferentes propuestas y situaciones que se hayan podido plantear; y ello tanto con el deudor como con los acreedores.

Estamos por lo tanto hablando de un proceso de mediación que incluye, incluso para utilizar las herramientas concursales o preconcursales de las que se nos ha dotado, el acomodo a los modelos de mediación que estamos tratando.

6. Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb.

6.1. Origen.

Fue propuesto por Sara Cobb a partir de 1995¹¹¹ y para éste modelo, el conflicto es una realidad interpretada de acuerdo al contexto particular de los que se encuentran implicados, presentado cada uno, historias de conflicto incoherentes entre sí; los significados y las narraciones de cada una de las partes constituyen su universo simbólico, exclusivo, que sólo es válido para ellos. Mediante el análisis de los significados y narraciones de las partes, se construyen nuevas narraciones coherentes y acordes con percepciones más estables y objetivas que promueven una nueva manera de relación que permite alcanzar acuerdos.

6.2. Concepto.

El modelo circular narrativo, nace del paradigma sistémico que en la comunicación, tiene el elemento circular¹¹² orientado tanto al acuerdo como a la

¹¹¹ MUNUERA GÓMEZ P, «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas» PORTULARIA VOL. VII, N° 1-2. 2007, pp.85-106.

¹¹² La circularidad se caracteriza por la posibilidad que tienen las causas y los efectos de volver a su punto de partida inicial. Frente a esto una relación causal se denomina lineal cuando no

modificación de las relaciones. Una de las premisas de las que se parte es que con el lenguaje construimos y demolemos la realidad, por lo tanto modificando las narraciones cambiamos la percepción de esa realidad.

Desde éste modelo las estrategias y las técnicas se basan en el análisis y el manejo de la comunicación.

Según algunos autores¹¹³, en este caso, el presupuesto es que para poder llegar a un acuerdo, las personas necesitan transformar las historias conflictivas con las que llegan a la mediación en otras donde queden mejor posicionadas, de modo tal que puedan salir de su posición.

Es sabido que el contexto de mediación es un contexto de adversidad. Cuando las partes concurren a la mediación ya se han definido a sí mismas como adversarias, por lo tanto esto contribuye a la producción de historias o narraciones de acusación, reproche, justificación y negación.

Para otros autores¹¹⁴, nuestro self es el resultado de las narrativas, de las historias que nos contamos a nosotros mismos en primera persona y de las historias que escuchamos y aceptamos (a gusto o a disgusto) de las otras personas sobre nosotros mismos.

6.3. Método.

Este modelo se basa en cuatro etapas, cada una de las cuales puede estar compuesta por varias sesiones de mediación. Sin embargo, es importante llegar cada día a algún acuerdo. El eje central de esta intervención es la comunicación y el manejo de ésta.

En palabras de algún autor¹¹⁵, según el modelo circular narrativo, las partes tienen “su tiempo”, que puede no coincidir con el del mediador, de tal forma que como la disputa es de las partes, y son ellos los protagonistas, debemos respetar “sus tiempos”.

intervienen procesos de retroalimentación, en otras palabras, cuando la secuencia de causa efecto, no regresa a su punto de partida inicial.

¹¹³ DÍEZ F, y TAPIA G., *Mediación familiar en rupturas conflictivas*. Madrid: Editorial Reus. 1999

¹¹⁴ SUARES, M., *Mediación: conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona, Editorial Paidós. 1999.

¹¹⁵ SUARES, M., ob cit.

Existe un primer momento, denominado de Pre-reunión, en la cual no estará la persona que mediará en el resto del proceso (la idea es evitar cualquier sombra de prejuicio previo) y se realiza con las partes por separado, para evitar la interacción entre ellos y que se produzca la llamada colonización de las narrativas. Esta reunión es básicamente explicativa de:

- Las características del proceso de mediación
- La importancia y a qué nos referimos con la confidencialidad.
- Firma del acuerdo de confidencialidad.
- Honorarios (si los hubiera).
- Tiempo (puede fijarse por anticipado, el tiempo máximo que durará el encuentro).

1º. Primera etapa: reunión conjunta.

Esta etapa la realizan las partes y el mediador que vaya a llevar el proceso. En este modelo, se da mucha importancia a los primeros momentos del encuentro, afirman que proporcionan mucha información sobre la interacción.

Esta primera etapa tratará los siguientes aspectos:

- Encuadrar el proceso
- Plantear la cuestión desde el primer minuto relacionando, leyendo la situación desde la circularidad o la interdependencia: con frases tales como, *“El grupo tiene un problema” “Vds. tienen un problema”*. *“El objetivo es ver cómo Vds. de forma conjunta pueden resolver el problema”*
- Informar de los beneficios de la mediación. Sara Cobb lo viene a denominar *“vender el producto”*.
- Se explicitan las alternativas que tienen (seguir cómo están, recurrir al sistema legal...) y que ellos decidan.
- Establecer las reglas (confidencialidad, todos van a hablar, todos tendrán reunión individual, todos tendrán reunión conjunta, no deben interrumpirse, cualquiera, si quiere, puede irse). En este punto hay que

advertir, que no todas las personas que acuden a mediación quieren mediación.

- Aceptado el procedimiento se comienza, normalmente preguntando: Quién contactó con el servicio de mediación (suele ser la persona más interesada y probablemente empuje con más fuerza).
- Se les pregunta quien quiere comenzar con la reunión individual y se busca la conformidad de la otra parte.
- Si las dos partes quieren o no quiere nadie, se les pide que piensen cómo resolver esa situación inicial. Este será el primer acuerdo.

2º. Segunda etapa: reunión individual.

En esta etapa se deberá de conocer bien el problema, incluso preguntando a las partes, cual es el problema para ellas.

Se abre la opción de que existan otras perspectivas. El hecho de narrarlo en un contexto diferente modifica la historia (Tª del observador y Tª general de sistemas, se ha creado un nuevo sistema).

- Cada parte comienza la historia en un punto (denominada puntuación de la secuencia de los hechos).
- Se tiene que definir, lo más claramente posible el problema (eliminando generalizaciones y concretando: cuándo, quien, cuántas veces, dónde, cómo...)
- Se deberá prestar especial atención a los los “elementos valiosos de cada parte” dado que sobre ellos se construirán las historias.
- Las declaraciones de principios, pueden ser un obstáculo para el proceso.
- Ver cuáles son los objetivos y parafrasearlos.
- Fijar las contribuciones o aportes: *¿Qué es lo que están dispuestos/as a dar?* Esta pregunta moviliza mucho y puede aparecer el discurso de los derechos, que es importante difuminarlo.
- Conocer qué soluciones han intentado, con un doble objetivo: conocer cómo se llegó a la construcción del problema y conocer qué vías no han funcionado y no se deben repetir.

3º. Tercera etapa: reunión interna o del equipo de mediación.

En esta etapa el objetivo es:

- Reflexionar sobre las historias que se han contado.

Abiertas o cerradas y si son cerradas por dónde se pueden flexibilizar. Cuanto más cerrada sea la narrativa más complicada será la construcción de la historia alternativa. De igual modo reflexionar sobre las secuencias, personajes, temas valiosos, palabras clave, personas (posicionamientos, atribución de intenciones, atribución de características, sistemas), partes (definiciones de las relaciones, cómo se han interrelacionado, cuáles han sido las retroalimentaciones) y mediación (cómo se ha funcionado, cómo ha reaccionado cada una de las partes con el subsistema).

- Construir una historia alternativa.

Se realiza en base a toda la reflexión anterior y se tendrá que anticipar dónde pueden surgir las dificultades. Es decir, elabora las hipótesis de dónde podrían estar los inconvenientes. “La narrativa alternativa no es más verdadera que las otras, es solamente una forma diferente, más amplia, de ver el conflicto” La Historia Alternativa que reunirá los siguientes requisitos: legitimar a las personas que tiene problemas, contextualizar el conflicto, establecer una historia positiva para todas las partes y predecir las dificultades.

4º. Cuarta Etapa: Reunión conjunta.

Nuevamente se encuentran todas las partes junto con él/la mediador/a. En esta etapa operan las mayores re-contextualizaciones en la relación entre las partes y en esta etapa se trabajará ya explícitamente hacia el acuerdo. Lo importante es que las partes recorran todo el proceso que finalizará con varios encuentros previos al acuerdo.

En cuanto a los pasos a seguir en esta etapa, Sara Cobb recoge los siguientes:

- Se deberá narrar la historia alternativa (no se pregunta si están de acuerdo o no): con frases como, *“ahora hemos entendido el problema*

que están teniendo”, y se narra interconectando a las partes. El objetivo es cambiar algo la perspectiva del conflicto y por lo tanto se produce un re-encuadre.

- Construcción del acuerdo. Esperar a la interacción de las partes, es posible que comiencen a ver el conflicto desde otro punto, es importante centrarse en lo nuevo que aparece. Identificar: similitudes, diferencias: en este punto existe el riesgo de que se connote negativamente áreas de conflicto que impiden el acuerdo. Discutir alternativas de solución.
- Finalmente, escribir el acuerdo, en el que las partes estén legitimadas, de forma positiva y con plena claridad, incluyendo conductas que puedan ser observables, de forma temporal y estableciendo criterios de evaluación.

6.4. Adecuación a la normativa de Acuerdos Extrajudiciales de pago.

Una vez más, el sistema a seguir y el modelo complementa el proceso, significando la necesidad de adecuar el procedimiento extrajudicial previsto a las técnicas, medios y modelos necesarios. No se trata (al menos no debe ser eso y en la práctica no lo es) que las partes reciban una inicial existencia de un supuesto de mediación concursal con una propuesta concreta a la que deberán realizar alegaciones y respecto de las mismas (sin capacidad de más intervención) volverán a recibir otra definitiva. Se trata de un proceso en donde el contacto y los modos de contactar son importantes. Donde la forma de atender y afrontar el conflicto es esencial para el procedimiento y la única vía para completar un camino previa y legalmente marcado. Pensemos por ejemplo en una de las posibles medidas a considerar como contenido del acuerdo: *“La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta”* lo que nos lleva a un régimen de mayorías más básicas que las previstas generalmente para este tipo de acuerdos en la Ley de Sociedades de Capital. ¿Podemos imaginar que este proceso pudiera hacerse

sin la intervención de los diferentes socios de la sociedad sujeta al acuerdo extrajudicial de pagos? ¿Supone ello por tanto completar el procedimiento extrajudicial con la necesidad de reunir a los socios de la misma? ¿Forma esto último parte del proceso de mediación? ¿Debe intervenir por ello el mediador en la misma?

Es evidente que tácitamente el legislador se refiere al procedimiento utilizando la figura del mediador en consideración a la naturaleza de todo ello. Así lo reconoce en el marco formativo y desde luego con la referencia a la flexibilidad de un proceso que tiene hitos concretos que deben cumplirse pero que no impiden (antes bien exigen) que deban completarse con los diferentes modelos que pudieran utilizarse para ello.

7. Visión de conjunto del proceso de mediación en supuestos de insolvencia.

Es por tanto esencial considerar que cuando el legislador nos dice en el artículo 232 LC, apartado primero, que *“[e]l deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal”* y cuando se refiere a la mediación como elemento esencial de solución de conflictos (hablando de mediador aunque en una figura híbrida por toda la doctrina reconocida) en realidad hace referencia a la mediación partiendo de su consideración tanto legal como flexible. Se trata de un supuesto de *“flexiseguridad”* en donde los pasos esenciales (hitos) están legalmente marcados pero que introducen en su desarrollo (tácitamente) los modelos necesarios para que el procedimiento pueda desarrollarse.

A ello es a lo que se refiere la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 cuando señala (art. 7) que *“[e]l procedimiento de reestructuración no debería ser largo ni costoso, y debería ser flexible para permitir la adopción de medidas extrajudiciales. La intervención del órgano jurisdiccional debería limitarse a lo necesario y ser proporcionada, a fin de salvaguardar los derechos de los acreedores y de otras partes interesadas que resulten afectadas por el plan de reestructuración.”* Pero también se refiere a esa forma de actuar del mediador (sea cual sea) introduciendo los modelos de

mediación (art. 9.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.”* Y esos modelos forman parte del procedimiento de reestructuración de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago tanto como los apartados expresamente regulados en la norma que se hacen de carácter jurídicamente necesarios.

CAPITULO V.

CAPÍTULO V. EL MEDIADOR CONCURSAL.

1. Nombramiento.

El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un AEP debe solicitar el nombramiento de un mediador concursal. Para ello, el deudor deberá hacerlo mediante formulario normalizado que incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos.

En cuanto a la competencia, en caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito. En el resto de los casos, se solicitará la designación al notario del domicilio del deudor.

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

El receptor de la solicitud comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 de la LC, los datos y la documentación aportada por el deudor. Si estimara que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún defecto o que ésta es insuficiente para acreditar el cumplimiento de los requisitos legales para iniciar un acuerdo extrajudicial de pagos, señalará al solicitante un único plazo de subsanación, que no podrá exceder de cinco días.

La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos.

Especial atención merece lo dispuesto en el art. 232.1.II LC, cuando recoge que si el deudor fuere persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud, el órgano de administración o el liquidador. Este órgano decide según su régimen propio de actuación. Menos claro queda, cuando se trate de un consejero delegado sin acuerdo previo del consejo, aunque tenga delegadas todas las facultades.

Pueden darse situaciones insólitas, por ejemplo, que otro administrador solidario inste el concurso voluntario, interrumpiendo el expediente. También, cuando se trate de un apoderado, el poder habría de recoger expresamente tal facultad.

Otro aspecto importante a destacar, es si corresponde o no al Registrador Mercantil o al Notario, constatar por la documentación aportada la existencia de una situación de insolvencia, como hace el Juez Mercantil en el concurso voluntario (art. 14 LC).

Entendemos que no corresponde constatar la existencia de la situación de insolvencia, pero sí podría corresponderles una mínima comprobación del presupuesto. Cuando el deudor sea una persona física, el control apenas está limitado a la oportuna manifestación del solicitante sobre su estado de insolvencia, así como, que no resulte del balance (u otra documentación contable, o de la simple lista de acreedores) un pasivo superior a los cinco millones euros. Si se trata de una persona jurídica, en apariencia, el control es más completo, pues incluye valoraciones sobre el estado de insolvencia, la disponibilidad de activos líquidos y probabilidad —un mero juicio hipotético— del AEP, además de la constatación de alguna de las tres circunstancias del art. 190.1 LC.

Según lo dispuesto en el art. 233 de la LC, 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 Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación tiene carácter público e informativo y se constituye como una base de datos informatizada accesible gratuitamente a través del sitio web del Ministerio de Justicia, siendo su finalidad la de facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación.

El Registro de Mediadores consta de tres secciones:

- Sección Primera: inscripción de mediadores. Que a su vez pueden ser mediadores personas físicas y mediadores persona jurídicas.
- Sección Segunda: inscripción de mediadores concursales. Que a su vez pueden ser mediadores personas físicas y mediadores persona jurídicas.
- Sección Tercera: Inscripción de instituciones de mediación. Solamente personas jurídicas.

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 la LC en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes.

Serán los registradores o los notarios, quienes procedan al nombramiento del mediador concursal, y así lo determina el art. 233.3 de la LC, cuando expresamente señala que: “*El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal*”, salvo que la solicitud se hubiera dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, que será la propia Cámara la que asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal.

Como primera valoración a realizar, y compartimos lo ya dicho en esta materia por algunos autores¹¹⁶, conviene destacar que la redacción de la norma, parece haber querido establecer un criterio objetivo de distribución de competencias entre los notarios y registradores; en la práctica esto ha sido interpretado por la doctrina, atribuyendo competencia al registrador mercantil cuando se trate de sociedades inscritas o susceptibles de inscripción, y al notario en el supuesto de empresarios individuales, pero muy al contrario, tal y

¹¹⁶ MERINO ESPINAR, B., «Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad» en www.notariosyregistradores.com, 2014.

como está redactado el art 232 LC, la competencia del registrador mercantil se extiende también a los supuestos de empresario individual en aquellos casos en los que así lo decidiera el propio solicitante, ya que a él se atribuye la competencia en caso de empresarios “inscribibles”, (que no “inscritos”) y debe recordarse que la inscripción en el Registro Mercantil es posible tanto para los empresarios colectivos como individuales, si bien en este último casos solo de manera voluntaria, tal y como recoge los art. 87 y ss del Reglamento del Registro Mercantil (RRM)¹¹⁷. En contra de esto, otros autores¹¹⁸ (y parece ser el criterio desarrollado en la práctica) entienden que solo aquellas personas físicas o jurídicas que están inscritas, corresponderían al registrador mercantil, mientras que las no inscritas o inscribibles entrarían dentro del ámbito de los notarios; la introducción de las Cámaras Oficiales de Comercio, como mediadoras, añade a ello, que empresarios personas físicas y jurídicas podrían acudir a la misma, resultando por tanto, que la primera opinión, que compartimos, sería mas adecuada al régimen de competencias¹¹⁹.

La designación o nombramiento de mediador concursal, señala la norma, se hará de manera secuencial y automática de la lista proporcionada por el Registro de mediadores del Ministerio de Justicia, sección 2ª de mediadores concursales.

Así las cosas, la designación de mediador concursal es automática y secuencialmente obligatoria sin grado alguno de discrecionalidad o elección por parte del notario o registrador atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, y por tanto la única actividad jurídica valorable en este momento es la

¹¹⁷ Como quiera que la atribución de competencia al notario no está ceñida estrictamente a las personas naturales, sino que aparece definida por exclusión de la previamente atribuida al registrador se podría entender que se extiende a las personas jurídicas que no sean inscribibles en algún registro público. De optar por la otra solución se estaría atribuyendo al Registro Mercantil la competencia sobre todos los empresarios mercantiles, dejando en nada el carácter voluntario de su inscripción cuando acudan a este expediente, y vacía en la práctica la competencia del notario. En este sentido, aunque la competencia aparentemente se formule en disyuntiva, el empresario no inscrito, pero hipotéticamente inscribible, podría escoger entre uno u otro, y sólo cuando lo haga por el RM se deba entender que solicita su inscripción conforme a las reglas generales, mientras que si lo hace por el notario, es simplemente porque quiere seguir fuera del RM.

¹¹⁸ CABANAS TREJO, R., op, cit.

¹¹⁹ En relación a ello, debemos destacar que autores como BLANCO, L., *110 puntos de reflexión en torno al acuerdo extrajudicial de pagos*, en Guías de Actuación Profesional, Refor, nº1, 2004., defienden la imposibilidad de discutir la admisión o inadmisión en esta fase, precisamente por el defecto de regulación que tiene la norma; podríamos plantearnos la posibilidad de acudir a la vía impugnatoria por ante el juzgado competente o previa ante la Dirección General de Registros conforme a la normativa sectorial propia.

comprobación de que el solicitante cumple con los presupuestos legalmente previstos y no incurre en ninguna de las prohibiciones legales.

En cuanto a la competencia territorial, rige el domicilio del deudor, que puede no coincidir exactamente con el centro de intereses principales. Es irrelevante que haya habido un cambio de domicilio social en los seis meses anteriores (cfr. art. 10.1.II LC), así como la integración de la sociedad en un grupo, aunque esta circunstancia afecte después a la competencia del juez mercantil en un concurso (art. 25 LC).

En este punto, cierto sector registral¹²⁰ y notarial ha pedido un mayor protagonismo de estos profesionales (notario y registrador mercantil), dada su alta cualificación profesional. Entienden que *“si tenemos en cuenta que el mediador concursal tiene plena competencia para la valoración de la existencia y cuantía de los créditos del deudor, y que tal reconocimiento de créditos va a producir efectos incluso más allá del propio acuerdo extrajudicial, ya que los acreedores con créditos reconocidos y que hayan aprobado el acuerdo, quedan exonerados de tener que acreditar la vigencia y cuantía de sus créditos en el concurso consecutivo posterior, y que una vez aprobado el plan de pagos por las mayorías legales necesaria, el mismo será objeto de ejecución inmediata incluso en el supuesto de impugnación, y que su impugnación tiene unas causas tasadas todas ellas de naturaleza procedimental, pero sin que se permita cuestionar el fondo del acuerdo aprobado; resulta más que recomendable ese control previo de su actuación por parte de los otros dos profesionales intervinientes en la tramitación”*.

En caso de que el mediador concursal no aceptase el cargo, como señalan algunos autores¹²¹, se hará constar dicha circunstancia, ya sea por el Notario, por el Registrador Mercantil o Cámara de Comercio, iniciándose nuevamente el proceso de nombramiento de nuevo mediador concursal. En cuanto a las consecuencias de la no aceptación, las cuales les han debido de ser advertidas previamente, el mediador pasará a la última posición de la lista, dado que el nombramiento de mediador como hemos señalado tiene lugar de forma secuencial hasta que se agote la lista.

¹²⁰ MERINO ESPINAR, B. ob cit.

¹²¹ DIAZ MARTÍNEZ, M., «Pre-Insolvency Proceedings of the Extra-Judicial Payment Agreement», *Revista Uned*, 2015.

2. Requisitos.

Como condiciones para el nombramiento, se exige, que el mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 5/2012 de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal las condiciones previstas en el artículo 27 de la LC.

Pues bien, según dispone la Ley 5/2012, y más concretamente en atención a lo dispuesto en el art. 11 de dicho texto legal, pueden ser mediadores:

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

Establece asimismo dicho precepto, en cuanto a la formación, que el mediador¹²² 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 acreditadas¹²³, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional.

¹²² DE LA VEGA-JUSTRIBÓ, B. «Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 733, 2972-2999, 2012.

¹²³ El Ministerio de Justicia y las Administraciones públicas competentes, en colaboración con las instituciones de mediación, fomentarán y requerirán la adecuada formación inicial y continua de los mediadores, la elaboración de códigos de conducta voluntarios, así como la adhesión de aquéllos y de las instituciones de mediación a tales códigos.

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

Además, el mediador, deberá reunir las condiciones subjetivas que se indican en el vigente art. 27 de la LC¹²⁴, para actuar como administrador concursal:

- (i) 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.
- (ii) 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.

¹²⁴ Téngase en cuenta que la última modificación del art. 27 de la LC, no entrará en vigor hasta que no se apruebe su desarrollo reglamentario, según establece la disposición transitoria 2 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (Ref. BOE-A-2014-9896). El 15 de julio de 2015, tanto el Ministerio de Justicia como el Ministerio de Economía y Competitividad, dieron a conocer el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal. En el art. 3 del referido Proyecto se recogen los requisitos de acceso a la Administración Concursal, y debiendo cumplir para la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal lo siguiente:

1. Únicamente podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas naturales que cumplan los siguientes requisitos:
 - a) Poseer titulación universitaria.
 - b) Acreditar al menos cinco años de experiencia profesional en los ámbitos jurídico o económico.
 - c) Haber superado el examen de aptitud profesional.
 - d) Acreditar la cobertura de la responsabilidad civil mediante un contrato de seguro o garantía equivalente.
2. Únicamente podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal aquellas personas jurídicas en las que se integren, al menos, un profesional de la especialidad jurídica y otro de la especialidad económica que reúnan los requisitos del apartado anterior y que además acrediten la responsabilidad civil mediante un contrato de seguro o garantía equivalente.

3. Funciones.

El ordenamiento jurídico español, ha venido conociendo importantes cambios en su ámbito económico en los últimos veinticinco años, desde el tributario hasta el mercantil. En dicho contexto, el papel de los peritos y expertos en materias contables, de información y contenido financiero y patrimonial, han ido ocupando posiciones cada vez más relevantes a la hora de resolver áreas determinantes en estos ámbitos. Así, las figuras del perito forense en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el auditor de cuentas, con su propia normativa, el experto independiente en el ámbito del Registro Mercantil y los acuerdos de refinanciación, el administrador judicial, en el ámbito penal y la regulación de la administración concursal, son todas ellas figuras específicas que, de una forma u otra, deben contar con un estatuto jurídico propio, donde se regulen las condiciones y requisitos de competencia, instrucción, condiciones, experiencia, idoneidad, así como los requisitos de capacidad, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y cobertura.

La Ley 14/2013, como hemos visto, introdujo una nueva figura, la del mediador concursal. Su presencia, es obligada ante la solicitud, por parte del interesado, deudor, en caso de intentar un AEP. Se configura, por tanto a partir de una doble función: (i) la del mediador especializado, dentro de la Ley 5/2012, de 6 de julio, y (ii) la del posible administrador concursal ante, en su caso, el concurso consecutivo del 242 LC.

Por tanto, dicha figura tiene una doble función: mediador en el acuerdo y administrador concursal en el concurso consecutivo, en su caso. Dicha doble función, no está exenta de dificultades, porque tal y como se puso de manifiesto en el debate parlamentario de la Ley 14/2013, véanse las intervenciones de Convergència i Unió o de Izquierda Unida al respecto, se discutía que pudieran conjugarse las funciones del mediador que, como recuerda la propia Ley 5/2012 y remarca el Dictamen del Consejo de Estado cuando se ocupa del desarrollo reglamentario de la misma, están sometidas al Código de conducta europeo para mediadores, de difícil armonización con

las funciones y actuaciones en el caso de que se tengan que trasladar a la figura del administrador concursal, donde deja de ser una cuestión de simple buena fe entre las partes y de habilidades entre técnicas y emocionales, para convertirse en una parte muy activa del proceso concursal, como es el caso de la necesaria apertura de la sección de calificación en el caso de que el concurso se inicie con la liquidación del concursado, donde su actuación podría tornarse beligerante.

Así se prevé en el art. 242 de la LC, cuando se recoge en cuanto al nombramiento de administrador concursal, que salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, trasladando al mismo una carga de la prueba que puede ser de imposible conocimiento en la propia declaración del concurso consecutivo.

Sobre esta cuestión ya se han pronunciado, en un primer posicionamiento, los magistrados de lo mercantil de Madrid, el 11 de octubre de 2013, donde se ponen de manifiesto los conflictos que se plantean entre el deber de confidencialidad del mediador y su posterior papel como administrador concursal, entendiéndose los magistrados que esta nueva figura reúne una serie de especialidades respecto a la mediación común, pudiéndose derivar una exoneración legal implícita de dicho deber, pero sólo específicamente respecto de su posterior actuación como administrador concursal, y no en otros aspectos.

En cuanto a las funciones del mediador concursal podemos desglosar las siguientes a tenor de lo previsto en los arts. 234 y ss de la LC:

a) Comprobación de la solicitud.

El mediador concursal comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor en su solicitud¹²⁵, pudiendo requerirle de complemento o subsanación, así como también podrá instarle a corregir los errores que pueda haber. La LC, le encomienda la función de comprobación de la existencia y cuantía de los créditos (ex art. 234.1 LC).

¹²⁵ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., « Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) » en *Diario La Ley*, nº 8713/2013.

b) Convocatoria a una reunión entre el deudor y los acreedores.

Según dispone el art. 234.1 II LC, el mediador, deberá convocar 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 de su cargo, en la localidad donde el deudor tenga su domicilio, salvo a los acreedores de derecho público, a quienes no convocará. Dicha convocatoria se deberá realizar por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción.

c) Propuesta de AEP con plan de pagos y plan de viabilidad.

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 a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud (art. 236.1 y 2 LC). Dicha propuesta incluirá tanto un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento así como un plan de viabilidad. Contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones.

d) Supervisión del acuerdo y solicitud de concurso.

Como última función, el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 241.1 LC). Así,, para el caso de que fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. No obstante, 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.

4. Naturaleza jurídica y principios que rigen su actuación.

A la vista del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, no cabe duda que al mediador concursal, se le exige un plus respecto del mediador en asuntos civiles y mercantiles.

El mediador concursal, requiere unos conocimientos específicos y concretos de la materia, requiere controlar el lenguaje del conflicto además de conocer los principios y técnicas del método¹²⁶. No se trata de un mediador al uso, pudiendo considerarse que su imparcialidad y neutralidad pueden verse denostadas, tanto durante la fase del expediente extrajudicial, como después iniciado el concurso consecutivo.

Ahora bien, como ha señalado algún autor¹²⁷, los conceptos de mediador y negociador, tienden a confundirse, hasta la propia norma lo hace, cuestión incluso que en la práctica no está tan clara. Ambos conceptos obedecen a medios autocompositivos, ya sea como sistema alternativo (Alternative Dispute Resolution) o complementario (Adequated Dispute Resolution)

En la negociación intervienen, solo las partes, con inclusión a veces de terceros expertos que pueden emitir informes no vinculantes. Por el contrario en la mediación, interviene un tercero, neutral que actúa como *“canal de comunicación, creando un espacio de diálogo necesario para que las partes puedan expresar su versión de la situación, fijar los puntos de conflicto, expresar sus opiniones y puntos de vista, sus intereses y necesidades, de modo que entre ellas se vayan acercando las posición hasta la consecución final de un acuerdo”*¹²⁸.

¹²⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P., «Artículo 1. Concepto», *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R). Valencia, 2013 pág. 21-29, p.23.

¹²⁷ SANJUAN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión en los supuestos de insolvencia)», en Diario La Ley, Sección Tribuna. No. 8230, 2014.

¹²⁸ SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVI, 2013, págs. 39 a 62.

En caso de que el proceso de mediación esté reglado, nos encontramos con una mediación formal (frente a la informal) definida¹²⁹ como un *“procedimiento de resolución de conflictos que consiste en la intervención de una tercera parte, ajena e imparcial al conflicto, aceptada por los disputantes y sin poder de decisión sobre los mismos, con el objetivo de facilitar que éstos lleguen por sí mismos a un acuerdo por medio del diálogo y la negociación”*.

Como habíamos desarrollado anteriormente, uno de los modelos de mediación (de entre los clásicos reconocidos) más desarrollados es el modelo Harvard, que como modelo lineal de solución de conflictos parte de la negociación y puede tomar diferentes caminos; así cuando la negociación sucede dentro de un proceso ya pendiente (extra o intra judicial) nos podrá llevar a la conciliación, a la transacción o a la homologación de acuerdos y en cuanto es extrajudicial el resultado puede ser directo a través de una transacción o, indirecta a través de la mediación¹³⁰.

A continuación destacaremos las notas distintivas del mediador concursal en lo que a su naturaleza jurídica se refiere.

4.1. Neutralidad.

Analizaremos el primer aspecto, que debe regir cualquier actuación de todo mediador y más concretamente la del mediador concursal.

La neutralidad fue señalada como una de las cualidades del mediador, siendo que en la propia Ley 5/2012 se recogía, en su Exposición de Motivos, que *“la mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto”*.

Pues bien, dicha neutralidad se desarrolla en el art. 8 de la referida normativa, señalando que debe permitir a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación. Y es por ello que la neutralidad ha sido muy

¹²⁹ JARES, X. R., *Educación y conflicto*, Ed. Popular, Madrid. 2001

¹³⁰ DUPUIS, J. C., *Mediación y conciliación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, págs. 33 a 35.

discutida doctrinalmente¹³¹ porque en sí mismo, el mediador en supuestos de insolvencia, puede tener cualidades propias de otras figuras.

Situados en este contexto normativo, para la mediación concursal se parte de la consideración de negociador, en cuanto al estatuto del mediador y la posibilidad de complementar éste, con la figura del experto independiente (aunque solo sea a efectos de nombramiento) y finalmente de su conversión en administrador concursal en los supuestos de imposibilidad o incumplimiento y posterior declaración de concurso consecutivo del deudor sujeto a un proceso de mediación en acuerdos extrajudiciales de pago.

Por tanto la figura es híbrida. El mediador concursal, no solo impulsa formalmente el proceso sino que interviene activamente (pro-activo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final.

Asimismo facilita la negociación y evalúa el resultado final y por tanto en palabras de algún autor¹³² sus funciones han de consistir, tras la identificación del problema y la elección del sistema de mediación previsto en la norma en:

a) *Recopilación de información.* Algo que expresamente recoge la ley al señalar que el mediador concursal en los diez días siguientes a la aceptación del cargo comprobará los datos y la documentación aportados por el deudor pudiendo requerirle su complemento o subsanación. En el mismo plazo comprobará la existencia y la cuantía de los créditos (art. 234.1 LC).

b) *Definición del problema y búsqueda de opciones.* Cuestión ésta, que parte de una limitación legal al señalar que el mediador concursal remitirá a los acreedores, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia. El plan de pagos incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las

¹³¹ BERNARD et al., 1984; FOLGER and BERNARD, 1985; DINGWALL, 1986 y 1988; GREATBATCH and DINGWALL, 1989; DINGWALL and GREATBATCH, 1991 y 1993; RIFKIN et al., 1991; FOREST 1992; COBB, 1994; FOLGER and BUSCH, 1994; FOLGER and JONES, 1994; TRACEY and SPRADLIN, 1994. Ops. cit.

¹³² HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, GAIA Ed., Madrid, 1993, pp. 48 a 54, 12 y 13.

fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

c) *Redefinición de las posturas y negociación*. Algo que en la norma se produce en dos momentos¹³³:

- Por un lado cuando señala que dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación. El mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor.

- Y en un segundo lugar en la propia reunión cuando señala que el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión.

d) *Adopción y redacción del acuerdo*. La norma entiende que debe elevarse a escritura pública. Si bien, hasta ahí llegaría la función del mediador en el sentido en que lo hemos señalado, la propia ley atribuye también otra más como es la supervisión del cumplimiento de dicho acuerdo y obligación posterior (en caso de imposibilidad o incumplimiento) de solicitar la declaración de concurso.

La reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, no recoge una sola referencia a la palabra «conflicto». Pero la institución de la mediación conlleva su reconocimiento, así la etimología de la palabra mediación, proveniente del sustantivo *mediatio-onis*, del verbo latino *mediare*, significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando

¹³³ Estos dos momentos entendemos no son excluyentes de la necesidad de atender el conflicto en función de las peculiaridades y particularidades propias del mismo y por tanto atendiendo a cada tipo de conflicto existente, con cada acreedor y en función (o limitado) a las posibles soluciones que finalmente se admiten.

reconciliarlos y unirlos en amistad”¹³⁴. Por tanto, la mediación es en sí misma una metodología para conflictos¹³⁵.

Vigente el conflicto (o varios), el cual se identifica con una situación más general, cuál es la imposibilidad de atender regular (o puntual y regularmente) las obligaciones, las partes, que no han podido culminar una transacción por sí mismas con una negociación (en la que pueden haber intervenido o no otros expertos con funciones o informes no vinculantes), acuden al mediador o a la mediación. Pero a ello se une no solo la “voluntariedad” del propio proceso, sino la obligación de optar por una de las soluciones legales que nuestra normativa de insolvencias establece para los supuestos de situación de insolvencia: o directamente la solicitud de declaración de insolvencia; o la posibilidad de abrir negociaciones previas con una solicitud preconcursal para salir de dicha situación o intentar un convenio anticipado o —con las recientes reformas— motivando un acuerdo extrajudicial de pagos (AEP) con los diferentes acreedores que puedan —legalmente— ser vinculados o afectados para conseguir la viabilidad de la empresa.

En sede de acuerdos extrajudiciales de pago en situación concursal, los conflictos son diferentes, no solo por la naturaleza de las negociaciones, de los negocios y de los posibles acuerdos que deban celebrarse sino también porque la solución no puede venir exclusivamente con una negociación o mediación multilateral. Se exigen diferentes soluciones (que se plasmarán en uno o varios acuerdos según los casos) que pueden y deben ser atendidas desde la diferenciación de los tipos de conflictos y desde la negociación bilateral o multilateral que las circunstancias exijan. En este sentido algún autor¹³⁶, ha entendido que la metodología a aplicar dependerá del tipo de conflicto. En la que propone HARVARD¹³⁷ el conflicto es una contraposición de opiniones. De

¹³⁴ BERNAL SAMPER, T., «Conferencia marco: la mediación como alternativa extrajudicial», AA. VV., *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1995, pág. 13.

¹³⁵ RIDAO RODRIGO, S., «Análisis pragmatolingüístico de resoluciones de conflictos: las mediaciones laborales», Propuestas de investigación, *Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería*. 2008

¹³⁶ RIDAO RODRIGO, S., « ¿Es necesaria la mediación intercultural? Una aproximación desde el contexto comunicativo » en Revista Migraciones, *Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, de la Universidad Pontificia Comillas*, núm. 26, 2009, págs. 147 a 170.

¹³⁷ Se trata en realidad de un modelo de mediación para la negociación tal y como acertadamente recoge GIMENEZ ROMERO, G., «Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural», en *Migraciones*, núm. 10, diciembre de 2001.

hecho las obras de FISHER URY y PATTON (1981), «Getting to yes» y «Getting past no» parten de centrarse en los intereses y no en las posiciones.

Para la escuela transformativa (BUSH Y FOLGER, 1989) es un hecho inherente al ser humano y por tanto requiere que el individuo esté dispuesto a cambiar su reacción ante una situación de desacuerdo transformando el conflicto y las relaciones.

Y por último el método circular-narrativo (SARA COOB, 1991) entiende que el conflicto es un proceso mental, fruto del punto de observación escogido por el individuo por lo que pretende su reconducción a través de procesos de comunicación circular y reflexión.

El proceso conlleva un medio de resolución de los diferentes conflictos. Sin embargo la función del mediador es de gestión del conflicto. Y ese conflicto, siguiendo a THOMAS¹³⁸ lo es entre unidades sociales pero que parte, en nuestro modelo, de una situación de insolvencia. La clasificación de tipos de conflictos puede ser amplia según los autores y las disciplinas y se pueden categorizar según su contenido y efectos, alcance o naturaleza entre otros.

La norma concursal modula los contenidos de los acuerdos y establece propuestas de solución de conflictos como límites a la negociación en tres categorías:

- a) acuerdos (que podrán generar conflictos variados) que solucionan la situación de insolvencia;
- b) propuestas o acuerdos para la viabilidad, y
- c) propuestas y acuerdos sobre los créditos públicos.

Son, por tanto, diferentes supuestos y diferentes gestiones las que deben encararse partiendo de la situación de insolvencia del deudor.

En los términos que se han expuesto, el mediador para los supuestos de insolvencia (AEP) está sujeto a un estatuto neutral e independiente, aunque como hemos señalado en el apartado anterior, esa neutralidad pueda verse afectada. Su actuación por tanto partiría de la confidencialidad que es la siguiente cualidad que analizaremos.

¹³⁸ THOMAS, K. W. , «Conflict and negotiation processes in organizations», M. D. Dunnette & L. M. Houg (eds.), *Handbook of Industrial and Organizational psychology*, vol. 3, 2.ª ed., Palo Alto, CA, Consulting Psychologist Press, 1992, págs. 651 a 717.

4.2. Confidencialidad.

Tal y como lo recoge el art. 9 de la Ley 5/2012, 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.

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.

La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico. Tal y como lo hemos expuesto anteriormente, las posibles intervenciones del mediador lo es también en otros aspectos o conflictos. De esta forma el mediador observará igualmente lo previsto en el art. 21.2 de la Ley 5/2012 en relación con el deber de comunicar a todas las partes la celebración de las reuniones que tengan lugar por separado con alguna de ellas, sin perjuicio de la confidencialidad sobre lo tratado. El mediador no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado, salvo autorización expresa de esta.

En supuestos judiciales¹³⁹, se ha indicado que: *“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*

¹³⁹ 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. Madrid, 11 de octubre de 2013.

concurzal. De ello es posible derivar una exoneración legal implícita de dicho deber de confidencialidad en estos casos, pero sólo específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal, no en otros aspectos [en línea con el art. 7.2 b) 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”.

La confidencialidad se estructura por tanto en dos direcciones:

- a) por un lado respecto del deudor, y
- b) respecto de las otras partes intervinientes.

Por tanto, debe quedar al margen de ello el cumplimiento de los deberes legales, públicos o de orden público en donde la confidencialidad¹⁴⁰ estará limitada conforme a sus propias normas.

En su función de mediador es evidente que la propia naturaleza de acercamiento de posturas y pacificación sin solución (híbrida en la de insolvencias) neutraliza su capacidad de utilización de la documentación o información recibida salvo que esté autorizado y, por otro lado, salvo en sus funciones de facilitación y evaluación del resultado que quedan influidas por aquellas.

Cuestión distinta es que la conversión en administrador concursal tornaría en incompatible para dicho ejercicio, en la medida en que como mediador concursal, ha tomado conocimiento de determinadas informaciones que puedan ser utilizadas en el proceso concursal, derivadas precisamente de ese conocimiento previo al que ha tenido acceso. Dependerá de la naturaleza de la información y documentación, el que la misma pueda y deba ser utilizada por el administrador concursal —al margen de las autorizaciones y obligaciones penales—.

¹⁴⁰ Para CASTILLEJO MANZANARES, se pierde la confidencialidad propia de todo proceso de mediación, dificultando/impidiendo que las partes expongan sus problemas reales y propiciando después la consecución de acuerdos, vid CASTILLEJO MANZANARES, R., «La figura del mediador concursal en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos», en *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Santiago de Compostela, 2013. www.ceej.es

Finalmente habrá que distinguir, entre la información obtenida en la primera de las direcciones indicadas (con el deudor), de las demás; esto motivaría igualmente que no existe confidencialidad, derivado de la misma naturaleza del órgano; pues de otro modo entendido, resultaría que la mayor parte de la documentación conocida (y referida a la situación patrimonial o de administración) nunca podría ser utilizada o expuesta y por ello incongruente al propio sistema¹⁴¹.

5. Responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad del mediador, la primera cuestión que debemos de plantearnos, es que a la luz, de lo dispuesto en la Ley 5/2012, de 6 de julio, no se enumeran las causas que pueden determinar la responsabilidad del mediador, derivado precisamente del marco general que la Ley abarca.

La sanción jurídica de la conducta lesiva podría responder por tanto a una elemental exigencia ética y social; el autor del daño responde por ello y se halla sujeto a responsabilidad y en principio la misma se traduce en la obligación de indemnizar. El derecho prevé mecanismos jurídicos para proteger a las personas que sufren del daño, bien por culpa o negligencia o por dolo, o teniendo en cuenta el riesgo que ocasionan. En el caso de la mediación la Ley regula en el art. 14 la responsabilidad del mediador como persona física y la responsabilidad de las Instituciones de Mediación como personas jurídicas.

A nuestro entender, existirían dos posibles acciones para exigir la responsabilidad: (i) en primer lugar la acción directa contra el mediador y (ii) en segundo lugar la acción subsidiaria contra la institución de mediación que haya designado al mediador. En ambos casos el motivo sería el mismo, el mal cumplimiento del encargo realizado al mediador. Además delimita una responsabilidad exclusiva de la Institución de Mediación por el incumplimiento de sus propias obligaciones.

Como se ha señalado con anterioridad, la Ley 5/2012, de 6 de julio, no realiza una enumeración de las causas que determinan la responsabilidad del

¹⁴¹ En el mismo sentido ALCOVER GARAU G, "Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos" *Diario La Ley*, Nº 8327, 2014

mediador, pero de su articulado, pueden encontrarse referencias a dicha responsabilidad:

- En el art. 6 se dice que la mediación es voluntaria y que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo.
- En el art. 7 se recoge que el mediador no podrá actuar en perjuicio interés de ninguna de las partes (respeto, igualdad y equilibrio deben presidir las sesiones).
- En el art. 8 se establece que serán las partes las que alcanzarán los acuerdos por sí mismas, debiendo mantener el mediador una posición neutral.
- En el art. 9 se fija con claridad que el mediador debe guardar secreto de lo que se diga en el proceso de mediación, y que la infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.
- El art. 11 establece que deberá hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. Y además le obliga a suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga.
- En el 19 por su parte se habla del Acta Inicial de Mediación que se firmará en la sesión constitutiva, siendo este documento del que derivarán las futuras responsabilidades del mediador por su mala praxis.
- Finalmente en el art. 22 se habla del Acta Final de Mediación y del Acuerdo de Mediación. Si hay acuerdo entre las partes se tratará de un mismo documento. Si no hay acuerdo se firmará sólo el Acta Final dando por terminado el proceso de mediación, momento en que se inicia, en su caso, la responsabilidad del mediador.

En cuanto a la responsabilidad de las Instituciones de Mediación hacia las administraciones públicas y las partes no representadas en el proceso es de aplicación lo dispuesto en el art. 5. Las instituciones de mediación

responderán de la actuación de los mediadores que consten en su listado o registro y deberán tener a disposición de los ciudadanos o de las partes intervinientes que hayan participado en la mediación impresos para que puedan formular las quejas que estimen convenientes respecto de la actuación de los mediadores tanto en el proceso de mediación como fuera de él.

Asimismo, y al tratarse de una obligación de hacer, dado que se trata de una prestación de servicios, similar a la que realizan los abogados, teniendo en cuenta lo que regula el art. 1088 del Código Civil, «toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa», y no siendo una obligación de dar o no dar, cabe preguntarse si se dan todos los requisitos, una responsabilidad subjetiva, por actuaciones negligentes o culpables que se hayan producido sin la debida diligencia del buen padre de familia.

Igualmente, podríamos clasificarla como obligación de medios y no de resultados, porque el mediador precisamente conduce a las partes a que encuentren su propio camino. En caso de las obligaciones de medios la prestación debida prescinde del resultado particular. En las obligaciones de resultados lo que es debido es el resultado y para cumplir exactamente la obligación el deudor debe realizar dicho resultado.

Pero entendemos que el mediador cumple su función con independencia de que se consiga o no el acuerdo (resultado), si actúa con la diligencia debida en correspondencia con el cargo.

La Sentencia de 14 de diciembre de 2005 del Tribunal Supremo, en cuanto a la intervención del mediador, y la naturaleza de la relación que se origina como parte de la misma, vino a señalar que el contrato de prestación de servicios es definido en el art. 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de arrendamiento, como aquel por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto y que en el caso del Abogado se concreta en llevar la dirección de un proceso, que es una actividad de medios, no de resultado, pues no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada sino a ejercitar ésta de conformidad con lo pactado y por las normas previstas reglamentariamente.

Así, la finalidad en cuanto a la intervención del mediador en el proceso de la mediación, es la de facilitar la comunicación de las partes, velando por el

equilibrio en las intervenciones, velando por que la buena fe presida el proceso y aplicando los conocimientos en técnicas de mediación, en negociación, en psicología, en derecho, en el ejercicio del poder por las partes, con el objetivo de que alcancen por sí mismo el mejor acuerdo posible, aquel en que todos salgan ganando.

En lo que respecta a si las obligaciones del mediador tiene carácter solidario o mancomunado, la Ley 5/2012 se limita a decir en su art. 18 que la mediación podrá ser llevada por uno o varios mediadores y que en caso de ser varios actuarán de forma coordinada. En este sentido, el Código Civil, en el art. 1137 establece el principio de la no presunción de solidaridad en caso de concurrencia de acreedores y deudores, por tanto se podría decir que si no se establece en los acuerdos de mediación la distribución de la responsabilidad y si aplicáramos lo previsto en la ley, los mediadores en caso de tratarse de más de uno, responderían mancomunadamente.

Para darle solución a esta problemática, entendemos que en la práctica sería necesario que se hiciera constar la manera de asumir la responsabilidad, y se apostara por la solidaridad, y que las partes pudieran accionar contra cualquiera de los mediadores que han intervenido en el proceso.

Derivado de todo lo anterior, podemos decir que nos encontramos ante una reclamación de origen contractual en la que la prueba del incumplimiento de las obligaciones y de los daños derivados del mismo corresponde al que afirma, a la parte demandante. Así, son de aplicación a este supuesto, en primer lugar lo previsto en el art. 1089 del CC que regula que: «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o el que intervenga cualquier género de culpa o negligencia».

El art. 1091 del CC, determina que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por lo tanto el incumplimiento de las obligaciones conlleva la reparación del daño, a tenor de lo previsto en el art. 1101 del CC «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla».

El mediador ha de responder por tanto de todas las actuaciones que causan perjuicio, bien por dolo, negligencia como causas generales de

incumplimiento de las obligaciones, en relación con las funciones específicas y principios inherentes a su cargo.

Ahora bien, resulta difícil, concretar el conjunto de actuaciones del mediador que puedan conllevar responsabilidad, porque dependerá del tipo de mediación en la que intervenga -no es igual una mediación familiar, que una mercantil-

Por tanto, la diligencia en el actuar del mediador, siempre resultará una de las cuestiones más complejas de probar, porque habrá que tener en cuenta el nexo causal entre la conducta del mediador y la realidad del daño, las personales circunstancias del caso y que haya una omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales, acorde a los que medianamente se le puedan exigir en condiciones normales y en relación al caso concreto y a las pretensiones de los particulares.

Habría que excluir en sede de responsabilidad del mediador, el criterio de imputabilidad basado en el riesgo, y por tanto la responsabilidad objetiva, sin embargo es posible hablar en este caso de la responsabilidad subjetiva, de carácter contractual basado en la culpa o negligencia en su actuación.

Por lo que se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, ésta comprendería no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, por tanto el mediador puede responder por lucro cesante y daño emergente.

En cuanto el lucro cesante como lesión patrimonial, consistiría en la pérdida de un incremento patrimonial neto que se haya dejado de obtener como consecuencia de un incumplimiento ilícito o perjuicio, y por tanto marcaría parte de lo que ha de resarcir el mediador, siempre y cuando se acredite el nexo causal entre el acto ilícito y el beneficio dejado de percibir, lucro cesante, y la realidad de éste. En este sentido, ha de tenerse muy en cuenta el carácter restrictivo que ha marcado la jurisprudencia a efectos de prueba¹⁴².

En cuanto a la figura del daño emergente también será posible sostenerla, cuando probatoriamente se demuestre que como causa de las

¹⁴² Sentencias de 14 de julio de 2005 y 21 de junio de 2007 entre otras.

acciones del mediador se produzcan perjuicios económicos en los bienes de alguna de las partes.

Otra cuestión novedosa, es la relativa al seguro de responsabilidad civil, cuestión de obligado cumplimiento en la Ley de mediación. 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, prevé en su Capítulo IV, el seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación.

No obstante, de nuevo se abren alguna incógnitas en lo relativo a esa doble función de mediador y después de administrador concursal, ya que estamos ante campos y coberturas diferentes y que, consecuentemente, requerirán de una regulación discriminada.

Como estamos ante un determinado y particular instituto del mediador concursal, probablemente la solución mejor sería conjugar ambos seguros, los del mediador, y lo recogido en 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, con el problema de que la suma asegurada, tal y como se establece en su artículo octavo, regula situaciones específicas de la administración concursal, número y tipo de concursos por los que han sido designados, y distinción entre si estamos ante la administración concursal como persona física o jurídica, cuestiones que son diferentes en el acuerdo extrajudicial de pagos, para el mediador concursal.

Y baste con señalar un ejemplo; el Real Decreto 980/2013, regula en su artículo 28 que la suma asegurada o garantizada por los hechos generadores de la responsabilidad del mediador, por siniestro y anualidad, será proporcional a la entidad de los asuntos en los que intervenga.

CAPITULO VI.

CAPÍTULO VI. PRESUPUESTOS.

1. Introducción.

El artículo 231 de la ley concursal recoge en conjunto los presupuestos objetivos y subjetivos que la norma establece para poder entrar en supuesto de mediación concursal a los efectos de conseguir (o intentar) un acuerdo extrajudicial de pagos.

La evolución del precepto se puede ver desde tres reformas concretas:

1º. Por un lado su introducción general a través de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre. En esta se señala, de forma limitada, que la norma prevé un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios (y solo de estos), ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.

Esas influencias confesadas del legislador respecto de la normativa de derecho extranjero en realidad no es tanta. Quizás podemos encontrar alguna similitud en el sistema francés o en el italiano.

Así en Francia la primera norma se promulga fue la Ley 95-125, de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y de modificación del procedimiento civil, penal y administrativo. Al año siguiente, se publicó el Decreto 96-650, de 22 de julio, sobre la conciliación y la mediación judicial. Y ya en el año 2011, finalmente se incorporó al derecho francés la Directiva 2008/52/CE, con la publicación de la Ordenanza nº 2011-1540, de 16 de noviembre. Dicha Ordenanza venía a modificar la Ley 95-125 adaptándola a las exigencias de la Unión Europea. En la actualidad, existe la mediación judicial y la mediación independiente o extrajudicial. En Francia, existe la posibilidad de que el Juez pueda nombrar a un mediador o conciliador judicial y ordenar a las partes a acudir al proceso de mediación. Los antecedentes de la mediación en Italia se remontan al Código de Comercio de 1882 y posteriormente al Código Civil de 1942. Ya en febrero de 2004 se presentó el

Proyecto de Ley 2594, siendo su finalidad la de definir la mediación familiar, dotándola de un marco legal y modificando leyes como el Código Procesal Civil.

El Decreto Legislativo 28/2010 introdujo en Italia el sistema de mediación civil y mercantil destinado a resolver por vía extrajudicial los conflictos relativos a los derechos disponibles, asuntos que también está regulados por el Decreto ministerial 180/2010. La actividad de mediación es gestionada en Italia, por los organismos de mediación, que son los organismos públicos o privados inscritos en el registro de organismos de mediación supervisado por el Ministerio de Justicia.

El sistema previsto se dirigía al empresario persona natural y a la persona jurídica de pequeñas dimensiones (cuando el posterior posible concurso no tuviera especial complejidad) pero no estaba previsto para la persona natural no empresario.

2º. Por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero¹⁴³ se modifica el contenido del precepto añadiendo esa posibilidad para personas naturales no empresarios. El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance. A los efectos de la norma se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Esto y la introducción del artículo 242 bis Lc a los efectos de desarrollar el posible concurso consecutivo en supuestos de personas naturales vino a paliar un régimen que había sido objeto de críticas por la limitación que contenía respecto de las personas naturales no empresarios.

¹⁴³ Ref. BOE-A-2015-2109

Asimismo se recogía que durante el año siguiente a la entrada en vigor de la norma reformada (DT 1.5) Durante el año siguiente a la entrada en vigor de este real decreto-ley, no será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2º; es decir que las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores podían nuevamente intentar un acuerdo extrajudicial de pagos , no rigiendo esa limitación para ellas.

3º. La tramitación parlamentaria, como ley ordinaria, de la anterior norma dio lugar a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social¹⁴⁴ es la que configura su actual redacción, manteniéndose el mismo régimen transitorio que hemos visto anteriormente si bien a partir de la nueva entrada en vigor de la norma, lo que lo extiende desde la primera hasta un año después a la entrada en vigor de esta y que será , por tanto utilizable, hasta 30 de julio de 2016.

Junto a lo anterior tenemos la modificación, también evolutiva, que ha venido sufriendo el artículo 5 bis de la Ley Concursal a efectos de comunicación del inicio del periodo de negociación para alcanzar, en este caso, un acuerdo extrajudicial de pagos. Comunicación que parte del propio Notario, Registrador o Cámara de Comercio competente por ante el que se haya iniciado el procedimiento. Ello supone también aceptar un margen temporal previsto en el citado precepto para concluir el proceso concreto previsto legalmente.

A raíz de ello podemos distinguir:

- a) Por un lado los presupuestos subjetivos. Es decir quiénes y en qué condiciones podrán acceder al Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

¹⁴⁴ Publicado en: «BOE» núm. 180, de 29/07/2015.

- b) Presupuestos objetivos. Nos encontraremos por tanto con supuestos delimitativos positivos y negativos¹⁴⁵ para poder acceder al proceso. (Insolvencia o distress y prohibiciones fundamentalmente).
- c) Presupuesto temporal o presupuestos temporales tanto en relación al inicio o a la posibilidad de inicio del expediente como en relación al transcurso del procedimiento.
- d) Presupuestos formales derivados de las exigencias previstas tanto en dicho precepto como en el siguiente.
- e) Presupuesto admonitorio: quizás y derivado de estas dos últimas reformas que hemos señalado, la conjugación del precepto con lo previsto, a efectos de exoneración en el artículo 178 bis de la LC, configura el AEP como un presupuesto necesario para poder acceder al régimen de remisión de deudas que este último precepto recoge.

2. Presupuesto subjetivo.

2.1. Introducción.

La primera delimitación que realiza el artículo 231 de la LC es, en su actual redacción es la distinción entre persona natural y persona jurídica. Tras la reforma del RDL 1/2015 y su consolidación con la Ley 25/2015 esta modulación permite tanto el concurso de persona física empresario como no empresario y mantiene los supuestos de personas jurídica atendiendo esencialmente a la existencia de dicha personalidad bien sean capitalistas o no¹⁴⁶. Pero en su desarrollo debemos, antes de matizar algunos supuestos, algunas peculiaridades de la redacción:

1º. El deudor persona natural empresario es visto desde un concepto amplio. Así se recoge que no solamente son aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (artículos 1 y 3 del Código de comercio fundamentalmente), sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o

¹⁴⁵ En el mismo sentido CAMPUZANO AB, "El derecho de insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos." en *El derecho de la insolvencia. El concurso de Acreedores* (CAMPUZANO AB y SANJUÁN Y MUÑOZ E, dirs). Tirant 2015. Pg. 53.

¹⁴⁶ CAMPUZANO A, op. cit. pg. 52 incluye igualmente cualquier tipo de sociedad civil.

tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

Ello es debido fundamentalmente al origen de la citada norma. La Ley 14/2013 de apoyo al emprendimiento se fundamenta esencialmente en la consideración de autónomo y por ello parte de su alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

2º. La persona jurídica vendrá delimitada o limitada a los supuestos en los que en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley. Y de conformidad a dicho precepto la referencia parece ser a los supuestos en que se permite la tramitación por concurso abreviado y no otros, aunque la redacción deja mucho que desear.

2.2. Persona natural.

Con la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE núm. 51, de 28 de febrero) e primer cambio fundamental en cuanto a los presupuestos subjetivos se refiere, lo encontramos en la referencia a la persona natural. En la versión anterior el deudor persona natural, debía ser un empresario, aunque en sentido bastante amplio, no se limitaba a quien tuviera tal condición de acuerdo con la legislación mercantil (únicos sujetos a inscripción –voluntaria- y deber de contabilidad), sino que se extendía a quienes ejercían actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social –SS-, así como los trabajadores autónomos. Esta distinción entre empresario en sentido amplio y el resto de las personas naturales, sigue siendo importante de cara a la competencia en la tramitación y la posible aplicación del régimen especial que examinaremos más adelante, pero ya no determina la posibilidad de acudir al acuerdo extrajudicial de pagos, como mantienen ciertos autores, con los que compartimos argumento. Por tanto, cualquier persona natural, con independencia de su actividad, y aunque carezca de ella, puede intentar el acuerdo extrajudicial de pagos.

Otros autores¹⁴⁷, han entendido que no todo deudor común puede acudir al expediente de Acuerdo Extrajudicial de Pagos puesto que el nuevo artículo 231 LC centra su posibilidad en razón de la pequeña/mediana dimensión patrimonial del sujeto. Para instar el expediente una persona natural ha de ser empresario o profesional o tener la consideración de empresario a efectos de la legislación de la Seguridad Social o en fin, tratarse de un trabajador autónomo. No compartimos la argumentación dada, pues parece haberse clarificado con la última reforma de la Ley Concursal, pues se ha venido a sustituir el término “empresario persona natural” por el término “deudor persona natural”, siendo este cambio significativo pues implica una ampliación subjetiva de la aplicación de la norma.

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

A los efectos de lo dispuesto en la LC para el acuerdo extrajudicial de pagos, la normativa considera empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos.

La mayoría de estas circunstancias están referidas al deudor, y confirman que el procedimiento extrajudicial es concebido por la ley como un beneficio para deudores determinados: aquellos cuya trayectoria personal, empresarial o societaria denota credibilidad de cara a la conclusión de un acuerdo¹⁴⁸.

¹⁴⁷ NUÑEZ RODRIGUEZ, E., «Acuerdo extrajudicial de pagos» en <http://www.ngrabogados.com/acuerdo-extrajudicial-de-pagos/> 2015

¹⁴⁸ SENES MONTILLA C Y CONDE FUENTES J., Ob cit

Con anterioridad a la última reforma¹⁴⁹, la ley no especificaba el motivo por el cual se vetaba el acceso al acuerdo extrajudicial de pagos a las personas naturales consumidoras, lo que resultaba injustificado según común opinión doctrinal¹⁵⁰; y por el contrario si se permitía el recurso a dicho procedimiento a personas jurídicas no empresarias, sobre todo cuando, en algunos casos – como el de las asociaciones – sus socios personas naturales no responden personalmente de las deudas de la asociación (art. 15.2 L.O. 1/2002). Con la actual redacción, ha quedado resuelta la cuestión controvertida.

Como hemos recogido en líneas precedentes, la norma exige que la concurrencia del presupuesto cuantitativo se acredite "aportando el correspondiente balance", exigencia que vendría a corroborar la condición empresarial del deudor persona natural, si bien el concepto de empresario no se corresponde con el genuino mercantil, sino que la ley, con interpretación auténtica, nos proporciona un concepto más amplio a efectos del procedimiento extrajudicial; concepto en el que tienen cabida también los profesionales y los trabajadores autónomos (art. 231.1 II LC).

Por tanto pueden beneficiarse del acuerdo extrajudicial de pagos, el empresario –persona física- en sentido mercantil, lo que implica estar a lo disciplinado por el Código de Comercio, ex art. 1, que dispone que la actividad de comercio se ejerza de forma habitual y con capacidad suficiente, a la par, que ha de actuar en nombre propio. El citado artículo dispone: *“Son comerciantes para los efectos de este Código: 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él habitualmente. 2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.”*

Pero la normativa reguladora del acuerdo extrajudicial de pagos amplía de forma considerable los sujetos en torno a la persona física susceptible de aplicársele dicho expediente. Como se ha señalado en especial aquellos que están bajo el sometimiento a la legislación laboral y de Seguridad Social. Por tanto deberemos de estar a otras regulaciones. El artículo 10 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de

¹⁴⁹ Reforma de la Ley Concursal, operada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015.

trabajadores en la Seguridad Social, proporciona el concepto de empresario en la Seguridad Social, y se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por un ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier régimen de los que integran el sistema de Seguridad Social.

Por su parte la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, recoge en su artículo 1, los supuestos incluidos, y por tanto se han de entender bajo su ámbito, las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

Entendemos que igualmente tendrían cabida, los profesionales según lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales y al emprendedor, según lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 14/2013.

Por tanto, con la última reforma se ha venido a incluir al deudor persona física no empresario, cuestión que venía siendo demandada por la doctrina más autorizada.

Sea o no empresario se requiere que el deudor persona natural pueda presentar esa solicitud siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. La problemática que se desarrolla al efecto es la forma en que han de computarse las posibles garantías que instrumentan en teoría una deuda de la que deberá responder en caso de incumplimiento del deudor principal. A tales efectos la doctrina jurisprudencial ha venido a señalar que la aparición, reconocimiento y calificación en un (posible) concurso de acreedores de estas deudas dependerá de la misma y de su vencimiento, de tal forma que una vez vencida el acreedor podrá personarse tanto en el concurso del deudor principal como en el concurso del avalista y por ello reconociéndose como tal deuda¹⁵¹.

¹⁵¹ STS, Civil del 18 de Febrero del 2015 (ROJ: STS 1085/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1085) Recurso: 503/2013 | Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL

A tales efectos también hemos de considerar que la consulta nº1 del BOICAC nº 82/2010 desarrolla este apartado respecto de las empresas. En tal sentido distingue dos supuestos:

Primer supuesto. Solicitud de un aval como garantía frente a terceros en operaciones comerciales.

Los desembolsos en que incurra la empresa relacionado con el aval deberán reconocerse en la cuenta de pérdidas y ganancias como un gasto de la explotación, sin perjuicio de que al cierre del ejercicio deba reconocerse la correspondiente periodificación. En estos casos, bastaría con contabilizar los gastos del aval en la cuenta (626) con abono a tesorería y en su caso, periodificar al final del ejercicio, ajustando el gasto con la (480)

Segundo caso. Solicitud de un aval directamente relacionado con una operación financiera.

Si el aval está directamente relacionado con una operación financiera, por ejemplo, cuando el tipo de interés depende del otorgamiento del aval, la obtención del préstamo y la formalización del aval pueden considerarse una sola operación de financiación para la empresa, en la medida de que el aval es requisito indispensable para obtener el préstamo, circunstancia que debería llevar a incluir en el cálculo del tipo de interés efectivo de la operación todos los desembolsos derivados del aval.

Aplicar las reglas concursales al régimen de los acuerdos para determinar el límite de los pasivos respecto de los que sí podrá (o no) acceder al mismo puede ser una cuestión compleja si finalmente ello ha de ser modulado en el propio proceso concursal. De hecho el artículo 190 LC, al que se remitirá como veremos el régimen para las personas jurídicas, recoge que para aplicar el procedimiento abreviado , cuando el deudor sea una persona natural , el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. Esta decisión, que para la persona jurídica será trascendental a los efectos de poder acceder al expediente extrajudicial de pagos, dependerá por tanto de una valoración posterior si es persona natural y por lo tanto entendemos que inicialmente no deberá interpretarse limitativamente al deudor persona natural.

2.3. Persona jurídica.

El apartado 2 del art. 231 recoge en cuanto a las personas jurídicas (excluidas por tanto las que no tengan personalidad jurídica¹⁵²) que *también podrán instar el mismo acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no sociedades de capital¹⁵³, que cumplan las siguientes condiciones:*

- a) *Se encuentren en estado de insolvencia.*
- b) *En caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no hubiere de revestir especial complejidad en los términos previstos en el artículo 190 de esta Ley.*
- c) *Que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.*

A este respecto y como ya hemos avanzado la cuestión de las personas jurídicas se sujeta, al margen del presupuesto objetivo, en una doble condición: 1º. Por un lado que en supuesto de concurso no revista especial complejidad. En relación a ello el artículo 190 LC en realidad lo que establece es la posibilidad u obligación de aplicar el trámite del procedimiento abreviado cuando, conforme define, nos encontremos ante supuestos no especialmente complejos.

El precepto recoge que el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. ° Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. ° Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. ° Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

Sin embargo el precepto no se limita a estos supuestos de claro marco objetivo sino que además permite que el juez pueda también aplicar el

¹⁵² En el mismo sentido refiriendo las Comunidades de Bienes ARROYO-RAMÓN, I. *Liber Amicorum*. Tirant 2015. pg. 1248.

¹⁵³ PRATS ALBENTOSA, L., "Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos" , *Diario La Ley*, 7 al 13 de octubre de 2014, p. 4.

procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo. Y con carácter obligatorio que se aplique necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

Si volvemos a la redacción del artículo 231 LC resultaría que en todos estos supuestos se darían “*los términos previstos en el artículo 190 LC*”. Considerado así la limitación no solo estaría prevista para menos de cincuenta acreedores (y no cincuenta) y menos de cinco millones de euros¹⁵⁴ de activo y pasivo sino también a otros en los que se pretenda una propuesta anticipada de convenio, una propuesta de convenio que incluyan transmisión íntegro del activo y pasivo, venta de unidad productiva, cese de actividad y falta de contratos en vigor. Y estas modulaciones y matizaciones solo podrán darse desde la solicitud de concurso o con la misma pero podrán anunciarse previamente en cualquier caso en el propio proceso inicial que pretenda el Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

De igual forma se ha venido a discutir si esa concurrencia de elementos para el primero de los supuestos ha de ser conjunta o es simplemente una valoración de los mismos; de otra forma dicho si es necesario que concurren los tres supuestos referidos a trabajadores, activo y pasivo o es posible que solo se de alguno de los supuestos y con ello poder acudir a su tramitación por el procedimiento abreviado¹⁵⁵. Esto abriría la puerta, por ejemplo, a la posibilidad de iniciar el expediente cuando se tienen más de cuarenta y nueve acreedores pero el activo y el pasivo cumplen los límites señalados; o

¹⁵⁴ La cuantía fue ampliada por la reforma producida por el RDL 3/2009 de 27 de marzo. Inicialmente se recogía un millón de euros. En tal Sentido el Auto del Juzgado de Primera Instancia 10 de Santander de 1 de octubre de 2008. Asunto 511/2008.

¹⁵⁵ Las conclusiones de los jueces de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013 señalan: “Bastará para entender que el expediente para el acuerdo ha sido bien aplicado por el notario o registrador cuando al menos esté presente en el supuesto uno de los tres criterios recogidos en el art. 190.1 LC, pero necesariamente ha de concurrir al menos uno de ellos (menos de 50 acreedores, pasivo no supere los 5 millones de euros, o activo no alcance los 5 millones de euros). Es decir, no puede admitirse la apreciación por el notario o registrador sin que concurra alguno de esos tres supuesto legales.”

cualquiera de las variables que con ello podríamos hacer. Se ha señalado¹⁵⁶ que esta delimitación lo es en beneficio de deudores determinados, es decir, de aquellos cuya trayectoria personal, empresarial o societaria denota credibilidad de cara a la conclusión de un acuerdo (art. 231.3 LC). Sin embargo no supone ello una razón limitativa de conformidad a la redacción del precepto. El artículo 231 señala los deudores personas jurídicas deberán cumplir las condiciones allí establecidas y ello es por tanto cumulativo. Pero cuando nos vamos al artículo 190 el precepto señala que la tramitación del abreviado se dará cuando el juez así lo considere a partir de un concurso que no revista especial complejidad; y para ello atenderá “a las siguientes circunstancias” entre las que se incluyen las tres señaladas. No obstante la cuestión no es pacífica dado que para la tramitación abreviada se ha tomado en consideración la concurrencia de todas esas circunstancias¹⁵⁷.

Otra cuestión discutida por la doctrina es la posibilidad de Acuerdos Selectivos Extrajudiciales de Pago y por lo tanto la posibilidad de limitar el número de acreedores (y por ello el del activo y pasivo afectado en su caso) para poder modular un Acuerdo que entre dentro de dichos límites cuando, por ejemplo, se haga necesario atender solo selectivamente la deuda que provoca la situación de distress que se constituye como elemento objetivo de su ámbito.

En relación a esta última cuestión los autores habían venido a defender la posibilidad de dichos acuerdos selectivos desde el prisma de la regulación y la facilidad o el favorecimiento de la posibilidad de alcanzar un acuerdo que solventara la insolvencia del deudor. En este sentido SANJUÁN Y MUÑOZ¹⁵⁸ señalaba varios argumentos a su favor:

1. °. Por un lado la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos y que deriva a constantes argumentos a favor y en contra, en el desarrollo, de la ley, que favorezcan, o no, admitir la posibilidad de los ASEP. El legislador parece haber querido optar por un acuerdo extrajudicial de pagos

¹⁵⁶ SENES C, op. cit.

¹⁵⁷ HERRERO PEREZAGUA J, «Procedimiento abreviado» Enciclopedia de derecho concursal. Aranzadi.2012. p. 2436

¹⁵⁸ SANJUÁN Y MUÑOZ, E, «Acuerdos Selectivos extrajudiciales de pago (ASEP)» La Ley 8713/2013.

(AEP) global respecto de todos los acreedores¹⁵⁹ salvo los expresamente excluidos por el mismo, a saber:

1. Créditos con garantía real que tienen un régimen voluntario de sometimiento;

2. Créditos públicos sujetos a un régimen particular¹⁶⁰.

2.º. Por otro la mens legis, es decir la realidad de la ley que cobra independencia en tanto una vez en vigor respecto de esa voluntad del legislador que parece abrir la posibilidad de los ASEP. Dejamos al margen la posibilidad de considerar los créditos (no solo el acreedor) como posibilidades abiertas en el caso de los ASEP dado que el propio legislador excluye alguno de ellos (con garantía real) que puede ser común, con otros, al mismo acreedor¹⁶¹.

3º. Apertura la posibilidad de acuerdos y limita las prohibiciones legalmente previstas y que restringen dicha posibilidad. Por lo tanto favorecen los mismos.

3º. Permite y vehicula la posibilidad de compatibilizar dichos acuerdos con otros referidos al art. 71.6 LC y a la disp. adic. 4.ª LC.

4º. El propio legislador se fundamenta en nuestro entorno comparado más cercano y por tanto en la posibilidad de estos acuerdos selectivos. Será opción del deudor, en función de sus circunstancias, de su viabilidad y de sus posibilidades acudir a esta vía y delimitar el grupo de afectados, de entre sus acreedores para la mediación y el acuerdo. Y también la posibilidad de complementar dichos acuerdos con otros no necesariamente contradictorios (extrajudiciales o judiciales) que atiendan a las circunstancias y características propias del mercado. De hecho, el propio legislador (en una más de sus contradicciones) así lo recoge en la previsión del art. 236.1.3.º LC en cuanto se refiere al plan de pagos y a la necesidad de que éste incluya necesariamente (incluirá necesariamente) una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos.

¹⁵⁹ De ahí la limitación prevista en el art. 231.2 b) LC en referencia al 190 LC para concursos que llama «no complejos». Es voluntad que los acreedores sean pocos o que su activo y pasivo no sean muy altos para poder facilitar la negociación

¹⁶⁰ En los términos introducidos por la disp. adic.7.ª

¹⁶¹ En el supuesto excluido de créditos con garantía real el legislador los somete a un régimen voluntario en la adhesión que posteriormente será cambiado tras las reformas de 2015. Ello implicaba entonces que cierta selección se dará tanto en supuestos de AEP como ASEP.

En contra de ello se muestran otros autores como SENES C¹⁶², resultando de las posteriores reformas de 2015 que el legislador (al menos aparentemente) ha optado por limitar esa posibilidad cuando recoge en el artículo 234.1 LC una regulación diferente a la que inicialmente se desarrolló. Decía entonces que el mediador concursal 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, siempre que puedan resultar afectados por el acuerdo, 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. Tras la reforma se recoge la siguiente redacción: *“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.”* Sin embargo sigue manteniendo el régimen anterior en cuanto a que para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias determinadas mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo; y con el mismo criterio el art. 238.3 LC recoge que esas mayorías serán calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas para, exclusivamente, estos supuestos.

2º. Por otro que dispongan de activos (y no necesariamente liquidez)¹⁶³ suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

¹⁶² SENES C, “El acuerdo extrajudicial de pagos...” op. cit.

¹⁶³ En sentido contrario pero referido a la normativa anterior a las citadas reformas de 2015 CAMPUZANO AB, op. cit. pg. 51.

En este sentido tanto la autora citada como otros¹⁶⁴ consideran que solo existirá posibilidad para la solicitud de mediación concursal a los deudores que tengan liquidez suficiente para atender los gastos del proceso. Con buena lógica afirma la doctrina¹⁶⁵ *“que las condiciones impuestas a la solicitud de la persona jurídica son imprecisas, sin embargo no debe devaluarse su significado. Así, señala que requieren la capacidad económica suficiente del deudor para poder afrontar el procedimiento, asumiendo los costes. En ese sentido, apunta que la posibilidad de alcanzar esos acuerdos debe limitarse a quienes “tienen una aptitud objetiva para cumplirlos” careciendo de sentido el acceso a deudores incapaces”*. Dicho de la persona natural es evidente que la introducción del artículo 178 bis LC introduce nuevos elementos de valoración que permitirían contradecir lo afirmado en tanto posteriormente se le permitirá un posible plan de pagos una vez liquidado por completo su patrimonio. A nuestro entender la literalidad del precepto no deja margen a la interpretación y la liquidez de que hablaba la regulación anterior ha venido a ser sustituida por esa referencia a activos que necesariamente, aún a pesar de las dificultades de realización, permitirán entrar en el proceso sin mayores problemas.

2.4. El supuesto particular de las entidades aseguradoras.

La reforma que se produce con la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras¹⁶⁶ en el artículo 233.5 Lc ha venido a distorsionar el sistema respecto de entidades aseguradoras y reaseguradoras.

El nuevo precepto recoge que en el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros, lo cual parece situar en ello la posibilidad de hablar de mediación en estos supuestos y por tanto de sometimiento al Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

No obstante lo anterior se mantiene lo previsto en el último apartado del artículo 231 de la Ley concursal: *“No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras”*. Situado en el

¹⁶⁴ ARROYO-RAMÓN I, op. cit. pg.1249.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ CALERO, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, ADC, núm. 32, pp. 17 y 18

¹⁶⁶ Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. «BOE» núm. 168, de 15/07/2015.

precepto que regula los presupuestos y más concretamente tras el régimen de prohibiciones (o incluido en este) lo cierto es que ambas normas parecen contradecirse, mostrando- no obstante- el legislador la voluntad de que pueda existir mediación en relación a dichas entidades dado que supone la modificación de tres leyes: la que lo regula respecto de solvencia de entidades aseguradoras, el Estatuto del Consorcio de Compensación de Seguros¹⁶⁷ y la propia norma concursal.

Como hemos señalado la regulación prohibitiva que hemos recogido se localiza tras el régimen de prohibiciones y limitaciones y dentro del precepto que refiere presupuestos para el expediente. En realidad recoge dos matizaciones que son necesarias destacar, a saber:

- a) Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.
- b) No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Desde esta redacción parece que la norma lo que realmente recoge es la exclusión de dichas entidades del proceso referido al Acuerdo Extrajudicial de Pagos aunque ello dejaría fuera, por tanto, los créditos derivados de sus relaciones profesionales al no resultar- comparativamente hablando- expresados en la misma forma que los créditos de derecho público. Lo cual carece de razón de ser. La interpretación lógica había sido que estas entidades no podrían acudir al régimen legal previsto para dichos acuerdos pero la introducción de ese mediador en supuestos de insolvencia tras la reforma de la Ley 20/2015 distorsiona el sistema. Sin embargo también podría entenderse que esa prohibición lo es al procedimiento en tanto la ley que lo recoge, lo modifica y regula establece importantes intervenciones (a modo paraconcursal) al proceso de reestructuración de situaciones de insolvencia y atribuye controles importantes a la Dirección General de Seguros y al Consorcio¹⁶⁸ más

¹⁶⁷ Texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre

¹⁶⁸ Vid al efecto SANJUÁN Y MUÑOZ, E., para una regulación anterior. En «El consorcio de compensación de seguros en la administración del concurso de entidades aseguradoras» RdCP, N.º. 2, 2005, págs. 147-167.

allá de las previstas en el citado expediente concursal o al mediador de insolvencia¹⁶⁹.

3. Presupuesto objetivo.

Sitúan los autores¹⁷⁰ dentro del elemento objetivo para la solicitud de Acuerdo Extrajudicial de Pagos la situación de insolvencia. La redacción de la norma ha sido analizada desde el artículo 2 de la LC. Para ciertos autores¹⁷¹, la reforma no corrige las diferencias semánticas entre la persona natural y la jurídica en el art. 231 LC, como al hablar sólo de cumplimiento regular, sin alusión a la puntualidad en el pago, para la primera, y en general de insolvencia para la segunda. Entienden, sin embargo, que esas diferencias no deben ser relevantes. En particular, el hecho de hablar sólo de insolvencia para la persona jurídica no ha excluido para esta la insolvencia inminente. El supuesto ha de ser común para ambas clases de personas y ninguna razón hay para apartarse del tipificado con ese *nomen* en la LC, en sus dos modalidades. Por ello un deudor en situación de insolvencia actual también puede solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, con la esperanza de que una mera reorganización del pasivo, y la posibilidad de pagar algunas de sus deudas mediante una cesión de bienes, permitan la recuperación de la solvencia. La función no sería entonces preventiva de la insolvencia, sino que buscará realmente su remoción. La preconcursalidad puede operar así en un sentido estrictamente procedimental, sólo porque el deudor consigue bloquear durante algún tiempo la declaración de concurso, aunque se encuentre ya en situación de insolvencia actual.

Sin embargo entendemos (con CAMPUZANO AB¹⁷²) que no existe confusión o mezcla de conceptos en la regulación que realiza el legislador y que no solo son los supuestos de insolvencia sino cualquier supuesto de distress el que está previsto en la misma. Así el artículo 231 LC recoge: “*El deudor persona*

¹⁷⁰ CAMPUZANO, AB., op. cit y SENES, C., op. cit.

¹⁷¹ CABANAS TREJO, R., y BALLESTER AZPITARTE, I., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (segunda parte)». <https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/03/04/nuevo-regimen-legal-de-la-exoneracion-del-pasivo-concursal-y-del-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-segunda-parte/> , 2015

¹⁷² CAMPUZANO AB. “Acuerdo extrajudicial de pago”, op.cit. pg. 53.

natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones”; y por otro lado y en referencia a las personas jurídicas exige expresamente que “se encuentren en estado de insolvencia”. Desde ahí podemos realizar varias matizaciones:

1. Por un lado que la norma parece prever un concepto más amplio para la persona natural que la insolvencia actual o inminente que también se incluiría. Se trataría de cualquier supuesto de tensión o *distress* que pudiera conllevar esa posibilidad.
2. En segundo lugar que la situación de insolvencia a la que se refiere la norma para las personas jurídicas no es excluyente ni delimitante de la actual o inminente pero si de otros supuestos de *distress* para los que ya existirían otros elementos en la norma concursal como refinanciaciones del artículo 71 bis o la adicional cuarta para homologación de acuerdos de acreedores profesionales.

Que esa situación de *distress* en sentido amplio será aplicable también a las personas jurídicas se puede derivar de lo previsto en el artículo 232.2 LC cuando recoge que a solicitud se hará mediante formulario normalizado¹⁷³ suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos. Se acompañará también de una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos. Lo dispuesto en el artículo 164.2.2.º será de aplicación, en caso de concurso consecutivo, a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos. Las referencias a “activos líquidos” (no necesariamente dinero al diferenciarlo de efectivos) e “ingresos regulares” nos sitúan en un ámbito de funcionamiento en

¹⁷³ Todavía hoy pendiente.

donde la previsión de insolvencia no tiene que coincidir con supuestos de insolvencia actual¹⁷⁴.

4. Presupuesto temporal.

Aunque no recoge la norma un plazo concreto para acudir al acuerdo extrajudicial de pagos hemos de partir de lo previsto en el artículo 5 bis en relación al artículo 5.2 y al artículo 15 de la norma concursal; y evidentemente con las consecuencias previstas en el artículo 165.1 LC a los efectos de una posible calificación culpable del posterior concurso de acreedores.

El artículo 231 LC establece el procedimiento con carácter facultativo y por ello la posibilidad de utilizar el mismo no es obligatoria para el deudor, siendo este el único legitimado a tal efecto para su solicitud.

Dicho lo anterior, debemos acudir al citado artículo 5 bis que regula la comunicación que en estos supuestos hará el notario, registrador o Cámara de comercio respectiva por ante la que se inicie ese proceso. En tal caso el apartado primero de dicho precepto nos dice que el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. Las reglas a las que esa solicitud (que parece facultativa) se somete son las siguientes:

1º. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Este precepto recoge que el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de

¹⁷⁴ Un estudio completo de ello se puede localizar en: SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras». «Una nueva (im) posibilidad abierta tras la Ley 20/2015» Diario La Ley, Nº 8629, 2015.

insolvencia. Y además que salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4.º, haya transcurrido el plazo correspondiente. Desde ahí tendríamos que la facultad del deudor estaría limitada en tanto hubiera transcurrido dicho plazo, cuestión que evidentemente no puede ser objeto de análisis por la institución ante la que se presenta el expediente por lo que necesariamente deberá ser analizada en el futuro proceso concursal en su caso.

2º. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Lo cual nos lleva igualmente a una valoración del momento de la solicitud que tampoco podrá ser analizada por la institución en cuanto a ese deber de solicitar el concurso y que nuevamente deberá someterse a valoración judicial. Y esta valoración judicial tiene su representación más emblemática en el artículo 165.2 LC, lo que a su vez nos lleva a un posterior concurso, en su caso, y a la sección de calificación si esta es analizada.

3º. El apartado sexto del artículo 5 bis LC recoge que formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año. No obstante esta limitación que se establece como regla general el precepto para todos los supuestos de comunicaciones, es evidente que en materia de Acuerdos Extrajudiciales de Pagos, esa comunicación no la realiza el deudor sino la institución ante la que se tramite, lo que parece hacer compatible la misma con otros supuestos de comunicación diferentes a ella e incluso con la posibilidad de nuevos procedimientos de mediación si no fuera por la limitación que también recoge la normativa propia y que vemos a continuación.

4º. El artículo 231.3.2º LC recoge que no podrán solicitar el citado procedimiento para el AEP las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Como ya dijimos el cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la

publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso. Sin embargo esa limitación lo es al acuerdo alcanzado y no al que no hubiera sido factible y no conlleve la declaración de concurso por no encontrarse en situación de insolvencia. Esto parece permitir la posibilidad de varias solicitudes en tal sentido salvo que interpretemos que esa limitación lo es tanto a la formulada por el deudor como a la comunicada por la institución, algo que parece aclarar la siguiente regla que vemos.

5º. La disposición transitoria primera, apartado quinto, de la Ley 25/2015 (que reproduce la que igualmente se numera en el RDL 1/2015) afirma que durante el año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, no será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2.º de la Ley Concursal. Es decir que durante un año no se establece la limitación vista en el ordinal anterior que igualmente se refiere al acuerdo y no a la solicitud.

De todo ello se colige que la interpretación literal del precepto permite la posibilidad de otras solicitudes de acuerdos extrajudiciales de pago dentro de una misma anualidad , e incluso dentro de los cinco años posteriores, salvo que se hubiera dado el supuesto de un acuerdo aprobado o bien que se estuviere en situación de concurso de acreedores. Y ello salvo que interpretemos que la limitación del instrumento afecta tanto a la formulada por el deudor como a la comunicada por la institución ante la que se ha presentado.

5. Presupuestos formales.

Más allá de los requisitos formales previstos que no son objeto de este apartado, el legislador ha previsto como presupuesto formal pendiente de desarrollo la necesidad (artículo 232.2 LC) de que la solicitud se realice mediante formulario normalizado suscrito por el deudor. La disposición transitoria primera del RDL 1/2015 y la misma de la Ley 25/2015 , ya hacían referencia al mismo conforme a lo siguiente: “*La obligación de presentación de la solicitud de iniciación de un acuerdo extrajudicial de pagos en un formulario*

normalizado prevista en apartado 2 del artículo 232 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción dada por este real decreto-le (Ley)y, será de aplicación al aprobarse la orden del Ministerio de Justicia por la que se establezcan los formularios normalizados.” De conformidad a ello vemos como el legislador prevé ese formulario de carácter obligatorio resultando del texto de la norma más que una formalidad un requisito procesal.

El régimen formulario a efectos procesales tiene su origen en el marco normativo norteamericano en donde rige un sistema de reglas que en el nuestro se ha atribuido, al menos en esto, al Ministerio. Debemos inicialmente señalar que La Corte Suprema de EEUU tiene la facultad de prescribir por el general las reglas, las formas de proceso, escritos, alegatos y argumentos y la práctica y los procedimientos en los casos previstos en el título 11 sin que puedan menoscabar el derecho sustantivo. El Tribunal Supremo establece reglas de procedimiento de quiebra para los tribunales de distrito de conformidad con la sección 2075 del Título 28. En virtud de esta sección, el Tribunal Supremo transmite al Congreso (a más tardar el 1 de mayo del año en que la regla ha de aplicarse) una copia de la norma propuesta. La regla entra en vigor no antes del 1 de diciembre del año en el que él se remite a menos que se disponga lo contrario¹⁷⁵. A partir de ahí también se deberán fijar los formularios necesarios previstos en la ley¹⁷⁶. Estas reglas y formas regulan la tramitación de los casos bajo el título 11 del Código. Las normas se citan como las Reglas Federales de Procedimiento Concursal y las formas como los formularios oficiales de quiebra. Estas reglas se aplican igualmente para asegurar la determinación justa, expedita y económica de cada caso y procedimiento.

Este régimen ha sido acogido por los tribunales de Barcelona¹⁷⁷ en supuestos de solicitud de concurso y aceptados por el Consejo General del

¹⁷⁵ A los efectos de conocer el proceso histórico de evolución de estas normas vid: <http://www.uscourts.gov/uscourts/rules/bankruptcy-procedure.pdf>

¹⁷⁶ Los formularios oficiales prescritos conformidad con el artículo 9009 pueden ser encontrado en las formas de Bancarrota en la página de formularios y tasas del Estados Unidos Tribunales sitio web, www.uscourts.gov/FormsAndFees/Forms/BankruptcyForms.aspx.

Las modificaciones pendientes pueden consultarse en: <http://www.uscourts.gov/FormsAndFees/Forms/BankruptcyForms/BankruptcyFormsPendingChanges.aspx>

¹⁷⁷ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Sala-de-prensa/Archivo-de-notas-de-prensa/JUZGADOS-MERCANTILES-BARCELONA--Nuevo-modelo-para-solicitar-concurso-voluntario>

Poder Judicial, pudiendo localizarse en la misma página oficial de este último. Si bien, al no preverlo la ley, no son un presupuesto formal. La existencia de dicha previsión legal para los citados Acuerdos Extrajudiciales de Pago suponen por ello una configuración diferente de la naturaleza del mismo.

El Informe emitido sobre el citado formulario por el CGPJ de 22 de julio de 2015¹⁷⁸ plantea al respecto varias dudas:

1º. Al examinar ese artículo se plantean dos cuestiones, la primera de ellas es precisamente a qué se refiere la solicitud cuyo formulario se aprueba en la OM. El artículo 232, se denomina “Solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos”, lo que parece indicar que la solicitud se refiere a la petición formal y formalizada en el –valga la redundancia- formulario de ese acuerdo. Pero tras leer el número 1 de ese artículo la cuestión ya no está tan clara pues lo que dice es que “El deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal.” El número 2 de ese artículo se encabeza con el siguiente tenor “La solicitud se hará mediante formulario normalizado... El contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se determinará...” La solicitud ya no es de acuerdo extrajudicial de pagos sino de nombramiento de mediador concursal.

2º. La segunda cuestión que se plantea es si se trata de un formulario o de tres, como indicaría el párrafo segundo de ese artículo 232.2 habla de “El contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia”. El propio título de la OM mantiene en esta confusión. Ciertamente es que no se refiere a la solicitud de mediador concursal, lo que nos permite afirmar que esa referencia del artículo 232.1 es una simple muestra de una mejorable técnica legislativa; pero la denominación de la OM parece referirse a tres modelos de formularios diferentes, uno para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, un segundo de inventario de bienes y el tercero de lista de acreedores. La duda se desvanece cuando se examina el modelo de solicitud y se comprueba que se trata de un sólo formulario con diversos apartados. La única conclusión posible es que la OM aprueba el formulario de

¹⁷⁸ file:///C:/Users/enrique.sanjuan/Downloads/20150728%20Informe%202014-2015.pdf

solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos que se compone de tres partes: la solicitud propiamente dicha, el inventario de bienes y la lista de acreedores.

6. Presupuesto admonitorio.

Admonitoriamente la norma ya vino a establecer favorecimientos concretos para acudir al proceso concursal o prevenir situaciones concretas de presión por determinados acreedores en relación al concurso necesario. No obstante y al margen de ello la introducción mediante el RDL 1/2015 de un nuevo supuesto de posibilidad de exoneración de deudas para personas naturales (empresarios y no empresarios) y su posterior consolidación con la Ley 25/2015, ha supuesto también que acudir al Acuerdo Extrajudicial de Pagos como procedimiento se convierta en un presupuesto indirecto (admonitorio) para poder obtener dicha remisión de deudas para aquellos que entren dentro del ámbito previsto en el artículo 231 LC.

El artículo 178 bis señala que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos establecidos en este artículo, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Para ello establece una serie de criterios que se amparan en la buena fe¹⁷⁹ y entre los que se señala el siguiente: *“Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.”*

Las expresiones “celebrado” e “intentado” no se refieren al propio acuerdo aceptado sino a la voluntad expresa y manifiesta del deudor de haber solicitado el mismo y sin embargo, bien no haber llegado al acuerdo o bien resultar este infructuoso por cualquier razón, incluyendo la no admisión a trámite del mismo¹⁸⁰. Ya hemos visto que la disposición transitoria primera de

¹⁷⁹ CARRASCO PERERA habla en este caso de buena fe normativa y no valorativa. Vid en “ El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito” Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. 2 de marzo de 2015

¹⁸⁰ Este es el caso, por ejemplo, que resolvió la Audiencia Provincial de Baleares, en el Auto 250 de 25 de noviembre de 2014. Procedimiento número 436/2014. Finalmente la Audiencia declaró el concurso como consecutivo a partir de los siguientes hechos: El deudor“...solicitaba la designación de un mediador concursal para intentar el acuerdo extrajudicial de pagos. En fecha 23 de diciembre el Notario que recibió el requerimiento levantó acta haciendo constar “a los efectos legales oportunos que se tiene por intentado sin efecto el acuerdo extrajudicial de pagos”. El acta también deja constancia del imposible cumplimiento en lo que al nombramiento

las normas que lo desarrollan recoge que durante el año siguiente a la entrada en vigor de, no será exigible, para solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos, el requisito previsto en el artículo 231.3.2º, lo cual deja un margen concreto, hasta 30 de julio de 2016, para que todos aquellos que se encuentren dentro de dichos supuestos puedan solicitarlo.

7. Prohibiciones y limitaciones.

7.1. Prohibiciones¹⁸¹.

Respecto a las prohibiciones para formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, éstas se han reducido significativamente tras las últimas reformas y conforme dispone el artículo 231.3 de la LC, no podrán formular solicitud:

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

Con la actual reforma se ha venido a mantener por tanto, la condena por determinados delitos, aunque fija un límite temporal de 10 años que antes no existía, ahora bien, incurriendo en un error al aludir a los 10 años “anteriores a la declaración de concurso”, que entendemos no sería el caso, dado que estamos ante la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos y no ante una solicitud de concurso. Por tanto, se deberá tener en cuenta la fecha de la solicitud del acuerdo y no de la declaración de concurso, a los efectos del cómputo de los diez años anteriores, dado que nos encontramos en sede de acuerdo extrajudicial de pagos, y concretamente en la solicitud de dicho acuerdo.

de mediador concursal se refiere porque pese a la entrada en vigor de la ley no es posible designarlo”.

¹⁸¹ Una crítica al sistema de prohibiciones se puede ver en Véase PULGAR EZQUERRA, J.: “Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad”, en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 13/18; PULGAR, “ Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores” , cit., 18/38 y GALLEGO, “La mediación concursal” , *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, 2846 ss.

La introducción de esto mismo en el supuesto de exoneración de deudas añade que si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme. No sería el supuesto aplicable al Acuerdo Extrajudicial de Pagos sin embargo.

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

Con la redacción actual, se amplía a 5 años –antes eran tres años- la prohibición de instar un acuerdo extrajudicial de pagos, a quienes con anterioridad hubieran alcanzado otro acuerdo extrajudicial de pagos, un acuerdo de refinanciación (novedad, que incluye los supuestos del art. 71.bis LC), obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación (de la DA 4ª LC) o hubiera sido declarado en concurso. También señala que este plazo contará desde la publicación en el registro de la aceptación del acuerdo extrajudicial, de la resolución judicial que homologue el acuerdo de refinanciación o del auto de declaración del concurso.

El citado precepto, no obstante, debe ser objeto de discusión. Introducido como causa de prohibición para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos (No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos) su interpretación limitativa o restrictiva nos llevaría a lo siguiente:

- a) Que no podrán solicitar un nuevo expediente quienes hayan obtenido un acuerdo similar en otro expediente en los últimos cinco años. Ello no incluiría las solicitudes infructuosas que no hubieran terminado finalmente en concurso de acreedores e incluirían los supuestos terminados de concurso de acreedores que estuvieran en la misma situación. De igual forma esa situación haría más desfavorable la norma a las personas naturales que a las personas jurídicas dado que estas siempre podrían realizar modificaciones estructurales que conllevaran

fusiones, segregaciones o escisiones que variaran la personalidad jurídica de aquella que inicialmente si llegó al citado acuerdo.

- b) Las personas que hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; lo que necesariamente nos debe llevar a la adicional cuarta de la ley concursal y no a cualquier homologación respecto de cualquier deuda que pudiera haberse obtenido al margen de la prevista en la norma. Esto también hace más perjudicial los supuestos que se recogen con anterioridad a la reforma producida en dicha adicional para incluir otro tipo de deudas que no sean las financieras respecto de la regulación anterior que solo incluía estas últimas y que por lo tanto se ven perjudicadas a tal efecto.

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

Desparece la exigencia que antes se recogía de estar inscrito en el Registro Mercantil, cuando se trata de sujetos a inscripción obligatoria, también la vinculada a la falta de llevanza de la contabilidad o de depósito de las cuentas, y la criticada prohibición motivada por que algún acreedor del solicitante hubiera sido declarado en concurso.

En opinión de cierto sector doctrinal¹⁸², estas prohibiciones, no hacen sino dificultar el acceso al procedimiento extrajudicial de pagos y quebrantan el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

Pero en nuestra opinión, y aquí compartimos la de otro sector doctrinal¹⁸³, la prohibición de acceso al procedimiento extrajudicial de las personas que en los cinco últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial, obtenido la homologación de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso persigue evitar la perpetuación de la insolvencia mediante la concatenación de procedimientos. Dicho en otros

¹⁸² PULGAR EZQUERRA J «Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Especial emprendedores, las leyes que los apoyan », Ed. La Ley, Madrid, 2013, apartado III-3 (www.laley.es).

¹⁸³ SENES MONTILLA, C., «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», *Revista de Derecho Civil* vol. I, núm. 1 Estudios, 2014, pp. 49-68

términos, el procedimiento extrajudicial solo procede frente a la insolvencia inicial —no persistente—.

7.2. Limitaciones.

El apartado cuarto del artículo 231 LC recoge: *“No podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.”*

No se incluye el citado precepto dentro de las prohibiciones dado que estas se regulan en el apartado tercero; es el apartado cuarto del precepto el que así lo recoge y por tanto al margen de aquellas. Sobre si esta es una prohibición al deudor o una limitación al acreedor que se encuentre en dichas situaciones, hemos de optar por esta segunda, dado que reducir la posibilidad de ir a un acuerdo a aquellos por el hecho de refinanciar otro tipo de deuda en cualquier tipo de refinanciación (dado que la norma no distingue) o respecto de un concurso admitido a trámite (por lo tanto necesario) mermando la posibilidad de dicho acuerdo sería tanto como ir contra la Recomendación de 12 de Marzo de 2014 de la Unión Europea, pero además hacer contradictorios diferentes supuestos de refinanciación sin justificación alguna. De hecho el mejor argumento es el literal dado que se excluyen de las prohibiciones al deudor y se recogen a continuación de este.

Por tanto nos encontramos con una limitación para participar en el acuerdo extrajudicial de pagos de aquellos acreedores que estén también refinanciando sus deudas en cualquiera de los sistemas previstos en la norma concursal (limitativamente a estos) o que tengan admitida a trámite la solicitud de concurso precisamente por las limitaciones que estos supuestos generan a la hora de transigir sobre las deudas y los efectos que los mismos pueden producir en relación a las mismas¹⁸⁴. La opinión de los jueces de lo mercantil de Madrid de Diciembre de 2013 afirma: *“Exclusivamente se refiere a acuerdos previstos en la LC, susceptibles de homologación judicial, los de la DA 4 LC, al*

¹⁸⁴ En el mismo sentido al respecto de los supuestos concursales CASTILLEJO MANZANARES, R., «La figura del mediador concursal en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos», *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*. Diciembre 2013.

ponerse en relación con el art. 231.3.4º LC, no otros, ya que los del art. 71.6 LC no reciben homologación judicial, y las refinanciaciones comunes pueden obtener alguna homologación respecto a problemas puntuales con algún acreedor, v. gr., si ya estuviere pendiente un litigio con éste, donde el acuerdo se manifieste como un transacción, pero el juez no habrá homologado el acuerdo, sino sólo una manifestación sobre el objeto del litigio en cuestión.”

El apartado quinto recoge que los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis. Como supuesto nuevo se trata de una limitación (derivada del arrastre del contenido del acuerdo en función de las mayorías) en los términos allí expuestos. Se trata de un régimen diferente, a partir de la valoración de la garantía respecto de la deuda¹⁸⁵, para la parte de la deuda que esté cubierta o aquella que exceda de la respectiva garantía.

Aunque ya ha sido tratado y a ello nos remitimos no debemos dejar sin mencionar en este apartado la limitación para participar en estos procesos (como acreedores) las entidades aseguradoras y reaseguradoras con las inseguridades y dudas que hemos expuesto al tratar este régimen.

¹⁸⁵ El sistema se remite al artículo 94.5 LC que recoge un sistema de valoración particular en estos supuestos, que tiene en cuenta el crédito y la cuantía del mismo y el valor de la garantía (*haircut*); y por tanto la extensión (o no) de la misma respecto del crédito original (*Long to value-LTV*).

CAPITULO VII.

CAPITULO VII. SOLICITUD DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.

1. El artículo 5 bis LC.

Uno de los artículos que más modificaciones ha sufrido en los últimos años ha sido el actual artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que fue introducido originariamente como apartado 3 del artículo 5, mediante el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal.

La finalidad de este nuevo apartado del artículo 5, era la de favorecer los convenios anticipados en el contexto de crisis financiera que afectaba a las empresas. Para lograr este objetivo, se eximía del deber de solicitar la declaración de concurso –ex art. 5.1 de la LC– al deudor que, estando en situación de insolvencia actual, hubiera puesto en conocimiento del juzgado competente para el conocimiento de su declaración de concurso, que había iniciado negociaciones a fin de obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Una vez transcurridos tres meses desde esta comunicación, el deudor, hubiera o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, debía solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente.

No obstante la finalidad de la norma, la comunicación preconcursal ponía en marcha dos mecanismos protectores: de un lado, durante este plazo, era inviable la declaración de concurso necesario; y de otro, se evitaba la eventual calificación del concurso como culpable por solicitud extemporánea del mismo –ex art. 165.1º LC–.

No obstante, se habían manifestado ciertas contradicciones en relación a la obligación que surgía para solicitar necesariamente el concurso dentro del mes siguiente cuando el fruto de esa negociación- y de dicha comunicación- había surtido efectos y la causa de insolvencia se había solventado. En tal sentido el Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Córdoba de 10 de septiembre de 2009¹⁸⁶ ya puso de manifiesto que “... si bien la dicción literal del artículo 5.3 de la Ley Concursal no resulta muy afortunada en cuanto que parece contemplar como única actuación posible del solicitante la presentación de la solicitud de concurso (con o sin propuesta anticipada de convenio) obviando

¹⁸⁶ Auto 164/2009 en comunicación 187/09

otras posibilidades como son el incumplimiento de esta obligación legal, nos podemos encontrar con otras situaciones como un posible acuerdo de refinanciación que determine que la inicial situación de insolvencia (actual o inminente) de la solicitante pudiera desaparecer. Resulta evidente que, la desaparición del presupuesto objetivo de la solicitud de concurso según el criterio del instante del presente expediente legitima al solicitante para desistir de la inicial solicitud preconcursal de conformidad con lo previsto en los artículos 19 y 20 LEC en relación a la Disposición Final Quinta LC, y consiguiente la desaparición de los efectos previstos en el artículo 5.3 LC”. Será con la modificación de 2011 cuando al introducir el apartado “a menos que no se encontrara en estado de insolvencia” quede zanjada la cuestión.

Así, con la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre -que supuso una modificación sustancial del precepto- se articuló como precepto independiente, pasando a denominarse artículo 5 bis (derogando el anterior artículo 5.3), extendiéndose el alcance y protección de la comunicación, además de a la negociación para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, a los acuerdos de refinanciación.

El transformado artículo 5 bis de la LC suprimió de la citada comunicación la exigencia de la insolvencia actual del deudor, permitió presentarla también con la finalidad de cerrar una operación de refinanciación, eliminó la obligación de pedir el concurso al término de la moratoria si había desaparecido la insolvencia y, lo más importante, suprimió todo atisbo de control judicial, confiando al secretario judicial la mera dejación de constancia de la misma¹⁸⁷.

Pese a la nueva regulación, durante los años 2011 a 2014 la comunicación prevista en el art. 5 bis de la LC, ha seguido dando problemas aplicativos, por la presentación de comunicaciones sucesivas, la acumulación de comunicaciones de varios deudores, etc.

Esta problemática, no fue solventada por la Ley 14/2013 de Emprendedores, que vino a insertar la comunicación en el proceso de negociación, del acuerdo extrajudicial de pagos a que se refieren los artículos 231 y siguientes de la LC.

¹⁸⁷ DIAZ MARTINEZ, M. *El proceso concursal*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014.

En este último caso, se introduce un nuevo mecanismo protector al deudor que pretende alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos, cual es la paralización de ejecuciones hasta un plazo máximo de tres meses contados desde la publicación de la apertura del expediente. En este sentido, los acreedores que puedan verse afectados por el posible acuerdo, no pueden iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor con la única particularidad de que su remisión al Juzgado la llevaría a efecto el Notario o Registrador encargado del nombramiento del mediador concursal.

Así, en el caso en que solicite un acuerdo extrajudicial de pago, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario (con posterior reforma que introduce a las Cámaras de comercio) al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. La citada norma obedecía a la introducción de un proceso de mediación-negociación iniciado por el deudor por ante un notario, registrador mercantil o cámara de comercio. En este caso eran estos profesionales los que deben realizar la citada comunicación pero que obedece a un proceso en donde ya existen efectos para los supuestos de presentación de la solicitud, admisión a trámite y conclusión con o sin acuerdo.

El art. 233.3 LC recoge a tal efecto que *“El registrador o el notario procederá al nombramiento de mediador concursal. Cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, la propia cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal. Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil, el notario o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda, comunicará de oficio la apertura de*

negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el “Registro Público Concursal”.

Por lo tanto la comunicación de negociaciones al juez competente pasaba a convertirse en una obligación del notario, registrador o cámara (sin que nada se dijera del deudor) que se produciría una vez se aceptará el cargo por el mediador y no antes. Sin embargo con efectos importantes respecto del deudor desde la misma solicitud previstos en el artículo 235 LC para la continuación de su actividad y demorando los efectos a terceros desde la publicación del inicio del expediente en BOE.

Por tanto con la anterior redacción se distinguían:

1º. Desde la publicación de la apertura del expediente y por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, no podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, en cuyo caso, el inicio o continuación de la ejecución dependerá de la decisión del acreedor. El acreedor con garantía real que decida iniciar o continuar el procedimiento no podrá participar en el acuerdo extrajudicial. Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público y los acreedores titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

2º. Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que puedan verse afectados por el acuerdo deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

3º. Desde la publicación de la apertura del expediente, los acreedores que lo estimen oportuno podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que éste les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

No obstante el apartado sexto (hoy quinto) del art. 235 de la LC sí que refería que *“El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5 bis.”* De esta forma la solicitud de concurso necesario quedaba eliminada desde la comunicación, pero esta solo se producirá una vez que el mediador hubiera aceptado el cargo y por ello quedaba una zona vacía entre la solicitud ante notario o registrador y la comunicación, tras la aceptación del mediador, en donde los acreedores podrían realizar todo tipo de actuaciones a tal efecto. Aún más esto afectaba solo a la solicitud de concurso necesario (art. 15 LC) y no respecto de otras suspensiones o paralizaciones que deberían esperar, tal y como se ha indicado, al momento de la publicación en BOE de la resolución de admisión de la solicitud.

De igual forma se modulaba esa obligación de solicitar el concurso voluntario previsto en el art. 5 bis para el supuesto del transcurso del plazo previsto en el mismo sin acuerdo o sin superar la situación de insolvencia o incluso con anterioridad. Así el art. 236.4 LC recogía (y en la actualidad recoge pero adaptado al nuevo sistema de arrastre) que el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si en los diez días naturales siguientes a la comunicación que este hace a los acreedores , decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos , con la redacción anterior pero no en la actual, los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo o cualquier acreedor de derecho público. De igual forma el art. 238.3 LC señala que si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurrido en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. Y por último el art. 241.3 LC recoge que 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.

De esta forma la anterior redacción del art. 5 bis se refería a esta nueva institución solo en tanto a la solicitud de concurso y no a otros supuestos que vendrían regulados por la norma específica propia: ejecuciones, acciones,

posibilidad de ejecutar contra garantes, etc. La negociación afectaba de forma específica a los acreedores incluidos en dicho acuerdo. El precepto convivía entonces con lo previsto, en aquel momento, en la DA 4ª que sería modificada posteriormente.

Pero fue por virtud del Real Decreto-ley 4/2014 por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, y posterior tramitación parlamentaria que culmina en la Ley 17/2014, cuando se modificó en profundidad la comunicación contenida en el art. 5 bis de la LC, y básicamente en dos puntos:

- El primero de ellos, de alcance restrictivo; con la reforma el deudor sólo podía presentar la comunicación si estaba negociando una propuesta anticipada de convenio o bien una refinanciación sujeta a los requisitos de la Disposición Adicional 4ª o del artículo 71 bis 1. En el caso de solicitud de un acuerdo extrajudicial de pagos, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso
- La segunda, de alcance paralizante; viniendo a establecer que practicada la comunicación se suspenderán las ejecuciones singulares frente al deudor, básicamente en dos supuestos: a) si recaen sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional; y b) si el ejecutante es titular de un pasivo financiero y el 51 por ciento de los acreedores está conforme con el inicio de las negociaciones de una refinanciación homologable judicialmente.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado.

Quedan, en todo caso, excluidos de las previsiones contenidas en este apartado los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

Pues bien, la aplicación de estas nuevas previsiones, vinieron a generar algunas dudas:

- La primera de ellas es que el nuevo régimen de la comunicación preconcursal, constituye un instrumento efectivo (en muchos casos, la única que quedará) para paralizar ejecuciones singulares, lo que podrá ser utilizado por los deudores, cuando todos los remedios a los que pueda recurrir, se hayan agotado. El legislador no ha arbitrado ningún método para controlar ni la situación de insolvencia (actual o inminente) del deudor ni la existencia de ninguna negociación. El Secretario Judicial se limitará a dejar constancia de la comunicación y el nuevo artículo 568 de la LEC -también de nueva redacción- impone al juez de Primera Instancia el deber de suspender el procedimiento ejecutivo.
- Mayores dudas se plantean en torno a la cuestión de si el Juez de Primera Instancia podría entrar a valorar todos los presupuestos, tanto de la correcta comunicación como de su alcance paralizante: ello le llevaría a tener que indagar, si realmente se ha iniciado una negociación de una refinanciación, si la misma reúne los requisitos para ser homologada judicialmente o bien blindada por la vía del artículo 71 bis 1, si concurre el quórum mínimo del 51 por ciento de acreedores financieros en el inicio de la negociación, si los bienes sobre los que recae la ejecución son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional. Hasta que la negociación de la refinanciación no culmine, no se sabrá si el acuerdo podrá acogerse al artículo 71 bis

o a la Disposición Adicional 4ª. Entendemos, que paralizar todas las ejecuciones durante cuatro meses ante una perspectiva de negociación absolutamente ilusoria, de imposible materialización, puede causar unos daños a los terceros absolutamente injustificados.

Interesante fue la aclaración operada por la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que vino a señalar que las actuaciones que se deriven de la aplicación del artículo 5 bis y de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal tendrán la consideración de medidas de saneamiento a los efectos del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

Recientemente, la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, modificó el artículo 5 bis para establecer que, en caso de controversia, será el juez del concurso quien ostente la competencia para determinar si un bien es o no necesario para la continuidad de la actividad económica del concursado.

Según el actual y vigente artículo 5 bis de la LC, en el caso de que el deudor haya solicitado un acuerdo extrajudicial de pagos, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, serán el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal quienes deberán comunicar al Juzgado, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

En cuanto a la posibilidad de aplicar el carácter reservado, dado que la comunicación la realiza el registrador o el notario, según los casos, será a éstos a los que el deudor deberá señalarles en su solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos que se publique el extracto de la resolución.

En cuanto a la posibilidad de iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, no podrán iniciarse las mismas hasta que no se haya adoptado un acuerdo extrajudicial de pagos.

En el caso de acreedores con garantía real, podrá ejercitarse la acción real frente a bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que una vez iniciado el procedimiento, el mismo quede paralizado

Finalmente, la ley fija la imposibilidad de formular otra comunicación por el mismo deudor en el plazo de un año.

El ámbito del artículo 5 bis de la LC, parte de supuestos totalmente diferentes en cuanto a sus fines u objetivos:

- El deudor puede intentar negociar un convenio anticipado y en tal caso el objetivo es para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.
- Puede igualmente intentar negociar acuerdos de refinanciación previstos en el artículo 71 bis 1 LC. Se trata de negociaciones colectivas y no bilaterales o plurilaterales de las previstas en su segundo apartado. El objetivo es esa negociación colectiva protectora de la reintegración.
- Puede pretender iniciar un proceso negociador que finalmente podrá pretender la homologación, o no, del mismo conforme a la disposición adicional cuarta. En este caso se parte inicialmente de los créditos financieros.
- Puede ser una consecuencia de una solicitud de Acuerdo Extrajudicial de Pagos iniciado conforme a lo previsto en los artículos 231 y ss de la Ley Concursal.
- Puede pretender cualquiera de esos supuestos a los efectos de la mediación introducida en la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (Ley 20/2015) si bien conforme a las normas paraconcursoales que para estas entidades se recoge en la misma.

En los tres primeros supuestos la comunicación “podrá” -o no- ser realizada por el deudor. En el último esa comunicación se realizará, sí o sí, por el notario, por el registrador mercantil o por (tras la reforma del RDL 1/2015) la cámara de comercio, de oficio y obligatoriamente.

En todos los supuestos, incluido en el del AEP, la comunicación supone el inicio de un periodo de negociaciones entre el deudor y sus acreedores.

No distingue, por otra parte, la norma entre insolvencia actual e insolvencia inminente. Dicho de otra forma: si lo que se pretende es una refinanciación de deuda el objetivo final no puede partir de una base inicial de “punto de no retorno”. Distinto sería el supuesto de la pretensión dirigida a obtener adhesiones para un convenio. En este caso la insolvencia podría

clasificarse de inminente o de actual y se toman en consideración las circunstancias concretas (objetivas) del artículo 2 de la LC.

Sin embargo en materia de refinanciaciones debemos distinguir dos apartados:

(i) Por un lado el supuesto de AEP. En estos casos la norma se desarrolla en el Título XI y parte de la necesidad de garantizar, entre otros, que se tiene suficiente para atender los gastos derivados de dicho proceso.

(ii) En segundo lugar cualquier supuesto de refinanciación del 71 bis LC o adicional cuarta, en donde se pretende también salir de esa situación de distress.

En el derecho inglés, esta situación ha sido recientemente resuelta por la Corte Suprema partiendo de la necesidad, para poder entrar en un proceso de negociación, que la empresa tenga activos suficientes para atender la deuda respecto de la cual quiere acordar. Y utiliza para ello, también, un precedente importante en relación a los flujos de caja y por tanto en la necesidad de plantear la posible generación de flujos como elemento distorsionador de una situación de déficit. Por tanto podría darse siempre que existan activos suficientes para atender a los pasivos e incluso en supuestos sin activos en función de los flujos de caja que pudiera derivarse de la gestión societaria en el plazo que se pretende atender la citada deuda.

No obstante en nuestro derecho podemos extraer implícitamente también que ello sea requisito imprescindible para entrar en el proceso de refinanciación a través de esa comunicación:

a) Como hemos señalado así se prevé en el artículo 231 LC para los supuestos de AEP previstos también en la misma norma.

b) En segundo lugar de las referencias que se recogen en su texto en tanto a que dicha comunicación lo es "...para alcanzar un acuerdo de refinanciación" y que "...podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5".

Pero como hemos visto la norma evolucionó desde una "insolvencia actual" inicialmente hasta la eliminación de este requisito. Tan solo en el penúltimo apartado se recoge que, si no hay acuerdo, deberá solicitarse el concurso voluntario a menos que no se encontrara en estado de insolvencia.

La comunicación podrá realizarse, entonces, exista o no una situación de insolvencia; pero si finalmente no se alcanzan y se está en estado de

insolvencia la consecuencia es la obligación de solicitar el concurso. El estado de insolvencia está implícito, por tanto, en aquellos segundos supuestos. Este test de insolvencia, empero, ha sido eliminado tanto de la comunicación como, anteriormente, de la misma solicitud de concurso voluntario en nuestra normativa. Desde el principio el artículo 14 recoge la posibilidad de que el juzgador aprecie, en su conjunto, la existencia de alguno de los hechos previstos en el apartado 4 del artículo 2, u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor. El apartado segundo del primero de los preceptos recogía que si el juez estimara insuficiente la documentación aportada, señalará al solicitante un plazo, que no podrá exceder de cinco días, para que complemente la acreditación de la insolvencia alegada. Este último apartado fue suprimido por la reforma de 2011.

La actual redacción del apartado cuarto del artículo 5 bis LC puede parecer poner en duda esta argumentación al recoger los efectos de dicha comunicación desde su solicitud “hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias” y enumerando por tanto cuales de ellas podrá suceder. Una mejor comprensión del sistema nos lleva a recoger la actual redacción, tras la reforma de la Ley 9/2015: Desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis.1;
- b) Se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación Judicial del acuerdo de refinanciación;
- c) Se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos;
- d) Se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o
- e) Tenga lugar la declaración de concurso.

Pero es evidente que la matización no es la apertura de posibilidades sino la extensión de los efectos en función del objetivo declarado con la solicitud y por tanto manteniéndose las razones que señalamos a tal efecto. De hecho las matizaciones de suspensión a los efectos de la adicional cuarta

identifican que esa comunicación tendrá como objetivo la homologación posterior.

De igual forma al introducir la referencia que señala que el deudor deberá indicar en su solicitud cuales de dichos bienes son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial debemos delimitarlos en función del objetivo pretendido que será un instrumento a valorar a tal efecto por parte del juzgador.

2. La instancia y órgano competente.

2.1. La instancia.

El art. 232.2 de la Ley Concursal –cuya última modificación ha sido operada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social¹⁸⁸- viene a recoger en cuanto a la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, que se hará mediante formulario normalizado suscrito por el deudor e incluirá un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos.

Asimismo, se acompañará también de una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos¹⁸⁹, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos.

El precepto incluye respecto de lo dispuesto en el art. 164.2.2º de la LC, que será de aplicación a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, en caso de concurso consecutivo.

Pues bien, en cuanto al contenido de los formularios normalizados de solicitud, de inventario y de lista de acreedores, se determinará mediante orden

¹⁸⁸ BOE num.180 de 29 de julio de 2015.

¹⁸⁹ SANZ-ACOSTA, L., «El acuerdo extrajudicial de pagos de la Ley de Emprendedores», En Actualidad civil, 12, 2013.

del Ministerio de Justicia. Actualmente el Ministerio no ha publicado orden, estándose a la espera de la misma.

Así la Disposición Transitoria Primera, apartado 2 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, recoge textualmente que:

“La obligación de presentación de la solicitud de iniciación de un acuerdo extrajudicial de pagos en un formulario normalizado prevista en el apartado 2 del artículo 232 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en la redacción dada por esta Ley, será de aplicación al aprobarse la orden del Ministerio de Justicia por la que se establezcan los formularios normalizados”.

La instancia deberá presentarse ante el Registro Mercantil, en caso de que el deudor sea empresario o entidad inscribible y ante el Notario, en los demás casos.

Para la doctrina¹⁹⁰ existe cierta ambigüedad en el precepto, tal y como está redactado, viniendo a señalar que la ley exige que "en" la solicitud se hagan constar determinados contenidos, algunos de los cuáles son más propios de ser aportados mediante documentos adicionales; tales son, la lista de acreedores y las relaciones de contratos vigentes y de gastos mensuales previsibles que deba afrontar el deudor.

Compartimos con este sector doctrinal, que con independencia de que los créditos públicos estén excluidos del acuerdo extrajudicial y de que los titulares de créditos con garantía real tengan la facultad de sumarse al proceso negociador, la lista de acreedores deberá comprender a los titulares de estos créditos, con expresión de la cuantía y vencimiento de éstos (art. 232.2 LC). El deudor, no puede seleccionar a los acreedores a convocar, debiendo ser convocados todos los acreedores a la reunión para debatir la propuesta de pagos.

Según el precepto analizado, la lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo. Para la valoración de los préstamos o créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el artículo 94.5 de la LC.

¹⁹⁰ SENES MOTILLA, C., «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores? », en Revista de Derecho Civil <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN en trámite vol. I, núm. 1. Estudios, 2014pp. 49-68

En caso de que el deudor fuere persona casada, salvo que se encuentre en régimen de separación de bienes, indicará la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

Del mismo modo, será necesario acompañar las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios, si el deudor estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad (ya sea persona física o jurídica).

Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro.

2.2. Órgano competente.

Según la doctrina¹⁹¹, como tantas otras cuestiones dudosas a causa de las deficiencias terminológicas de la Ley 14/2013 –la cual dio origen a los AEP-, la norma de competencia adolece de falta de claridad y recrudece la controversia sobre el ámbito de aplicación subjetivo del procedimiento extrajudicial.

Al respecto, establece la ley que si los deudores fueren empresarios o entidades "inscribibles", la solicitud para el nombramiento del mediador concursal le corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Pero dado que el término inscribible supone la potencialidad para ser inscrito y no la inscripción ya causada u obligatoria, cabría preguntarse hasta qué punto la aplicación de esta norma engloba a casi todos los sujetos que pueden acogerse al procedimiento extrajudicial, y si su aplicación no reduce considerablemente la competencia atribuida "en los demás casos" al notario; no parece tratarse de un error material de transcripción, dado que la norma contempla el supuesto en que el solicitante no figurase inscrito, disponiendo que el registrador proceda "a la apertura de la hoja correspondiente" (232.3 LC).

¹⁹¹ SENES MOTILLA, C., ob, cit pág. 7 y ss.

Para otros autores¹⁹² en relación con lo preceptuado por el art. 232.3 LC en cuanto al competente (registrador o notario) al que solicitar la designación de mediador lo determinante será, qué se entienda por el concepto de empresarios inscribibles (potencialmente o no), tras la introducción de la figura del empresario de responsabilidad limitada. A este respecto el art. 231.3.2 LC al recoger como una de las prohibiciones para el AEP el hecho de estar sujeto a inscripción y no estar inscrito parece que abona la interpretación a que el registrador mercantil será competente no solo cuando se esté obligado sino también cuando pueda estar inscrito, aunque sea voluntariamente, en dicho registro, lo que extiende la misma a casi cualquier tipo de empresario.

Tanto el registrador mercantil como el notario –ahora también las cámaras de comercio-, realizarán el control de legalidad¹⁹³, propio de cualquier admisión a trámite, debiendo analizar los presupuestos delimitadores así como el ámbito de aplicación del procedimiento.

Establece concretamente, que “el receptor de la solicitud comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231, los datos y la documentación aportados por el deudor”.

En caso de adolecer tanto la solicitud como la documentación que la acompaña, de algún defecto o su fuera insuficiente, a los efectos de acreditar el cumplimiento de los presupuestos exigidos, se dará plazo para subsanación, el cual no podrá exceder en ningún caso de cinco días.

La inadmisión procederá, en caso de que el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial, pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurriesen o pudiera acreditarse la concurrencia de dichos requisitos.

El nombramiento, será efectuado por el órgano competente para conocer de la solicitud, que nombrará a la persona física o jurídica que "de forma secuencial corresponda" de entre las integradas en una lista oficial

¹⁹² SANJUAN Y MUÑOZ, E. ob, cit pág. «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», en Diario La Ley, N° 8196, de 21 de noviembre de 2013 (LA LEY 8713/2013).

¹⁹³ CABANAS TREJO, R., «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos» en Diario La Ley, N° 8285, 3 de abril, 2014

suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia¹⁹⁴ (art. 233.1 LC).

La lista oficial de mediadores habrá de garantizar que los inscritos cumplen las exigencias de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles a las que se refiere la Ley 14/2013, y en particular, que tienen "formación específica para ejercer la mediación" y que han suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación. A la condición de mediador se añade también "alguna de las que se indican en el apartado 1 del artículo 27", en referencia a la cualificación profesional que la Ley Concursal exige al abogado o al economista.

La habilitación al Gobierno para reglamentar en qué consiste la formación en mediación y cómo se acredita su adquisición (ex Disposición final 8ª LM) ha dado luz al Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles. En particular, el nombramiento de mediador concursal requiere inscripción previa en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación que crea el Real Decreto, a diferencia del carácter voluntario de la inscripción del mediador, a secas (cfr. art. 11.1 RD 980/2013).

Como se ha estudiado en capítulos precedentes, la Ley 5/2012, de 6 de julio, estableció un régimen general de la institución de la mediación en España, con el objetivo de impulsar su desarrollo como instrumento complementario a la Administración de Justicia.

Mediante 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, se procedió a desarrollar cuatro aspectos fundamentales de la regulación legal; la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente del

¹⁹⁴ El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación tiene carácter público e informativo y se constituye como una base de datos informatizada accesible gratuitamente a través del sitio web del Ministerio de Justicia, siendo su finalidad la de facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación. El Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación depende del Ministerio de Justicia y, frente a las resoluciones del encargado del Registro, podrá interponerse recurso de alzada ante el Subsecretario de Justicia. Se estructura en tres secciones:

Sección Primera: inscripción de mediadores, personas físicas.

Sección Segunda: inscripción de mediadores concursales. Que a su vez pueden ser mediadores personas físicas y mediadores persona jurídicas.

Sección Tercera: Inscripción de instituciones de mediación. Solamente personas jurídicas.

Ministerio de Justicia y el aseguramiento de su responsabilidad, así como la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medio electrónicos.

La disposición final segunda del citado Real Decreto habilita al Ministro de Justicia para dictar las disposiciones necesarias para la puesta en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación y sus artículos 14 y 21 remiten a la aprobación de una orden ministerial que complemente los documentos electrónicos.

Así, mediante la Orden JUS/746/2014, de 7 de mayo, por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, se creó el fichero de mediadores e instituciones de mediación, desarrollándose los artículos 14 y 21 del RD 980/2013.

3. Efectos de la solicitud.

La regulación del expediente en la LC, no recoge de forma clara y precisa, el inicio y finalización del mismo, sin embargo se vienen a recoger los efectos que produce el inicio de dicho expediente (ex art. 235.1 y 2 LC):

- Desde la presentación de la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.
- Desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso, se establecen una serie de efectos para los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos.

Por su parte, respecto de la finalización del procedimiento la ley solo prevé el "cierre" del expediente en caso de ser alcanzado el acuerdo y, precisamente, con su elevación a escritura pública —o con la presentación de la correspondiente copia al registrador mercantil o cámara oficial de comercio (art. 238.2 LC) —.

Respecto de la conclusión del expediente en caso de no haberse alcanzado un acuerdo, la norma nada dice al respecto, recogiendo que el mediador tiene el deber de instar la declaración de concurso si el deudor

continuara en insolvencia, acreditando el cierre ante el juzgado¹⁹⁵ (ex art. 238.3 LC).

De conformidad con lo dispuesto en la LC, la apertura del procedimiento le sirve al deudor de "escudo protector" frente a la actuación de los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo, pues despliega los efectos siguientes:

1º.- No podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Se exceptúan los acreedores de créditos con garantía real, que no recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los tres meses referidos¹⁹⁶.

Practicada la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse respecto de los bienes del deudor instante embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador concursal, salvo los que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público.

2º.- Deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común.

3º.- Podrán facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que este les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan a la dirección facilitada.

4º.- Durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ-CONDE, C., «El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013» en Revista jurídica de Catalunya, 112, 919-953, 2013

¹⁹⁶ En este sentido, PULGAR EZQUERRA, hace especial mención al exceso que comporta la paralización de las ejecuciones individuales para los acreedores en conexión con un mero intento de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Vid PULGAR EZQUERRA, J., «Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», op. cit.

suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el artículo 59 LC.

5º.- El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante.

6º.- El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso, en tanto no transcurra el plazo previsto en el artículo 5 bis.5 de LC.

La protección que supone para el deudor la apertura del procedimiento tiene carácter personalísimo y, en consecuencia, no alcanza a los obligados solidarios con el deudor ni a los garantes, que podrán ser demandados siempre que el crédito estuviera vencido (acción de condena) (arts. 235.4 y 240.3 LC).

Cuestión diferente es que las personas del entorno familiar o societario del deudor puedan tener un tratamiento más favorable en el procedimiento extrajudicial del que les correspondería en el proceso concursal, en la medida en que aquél desconoce la condición de "personas especialmente relacionadas" con el deudor y la categoría de los créditos subordinados¹⁹⁷.

4. Admisión y publicidad. Real Decreto 892/2013, de 15 noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.

Los problemas que se fueron detectando tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, pusieron de manifiesto la necesidad de reforzar el papel que ha de cumplir el Registro Público Concursal.

El Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, ya modificó el artículo 198 de la LC, relativo al Registro Público Concursal, con esa finalidad.

Posteriormente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, profundizó en esta cuestión modificando no sólo el artículo 198, sino también el 24 relativo a la publicidad registral.

¹⁹⁷ SENES MOTILLA, C. Ob cit, pág. 12

Por su parte, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, modificó la LC para añadir un nuevo título X que como ya indicamos, vino a regular los llamados acuerdos extrajudiciales de pagos, para cuya publicidad se creó una nueva sección en el Registro Público Concursal.

Así por tanto y a la vista del calado de estas reformas, se hizo necesario establecer un régimen nuevo para el Registro Público Concursal. A tal fin, el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal (en adelante RPC) configura éste como el instrumento que asegura la coordinación entre los Juzgados de lo Mercantil y los distintos registros públicos, así como con los expedientes sobre acuerdos extrajudiciales de pagos, respondiendo, en consecuencia, a un principio de unidad de información. Además, que esa información sea pública y pueda obtenerse a través de Internet, facilita la accesibilidad a la información concursal. El resultado ha de ser la puesta a disposición de los interesados de una información coordinada y completa.

El Real Decreto por el que se regula el RPC consta de cuatro capítulos, dos disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales, la primera de las cuales habilita al Ministerio de Justicia para dictar cuantas normas sean necesarias para la ejecución de este Real Decreto.

El RD 892/2013, contiene el régimen de funcionamiento de dicho Registro, con el objeto de asegurar la difusión y publicidad de:

- Las resoluciones procesales dictadas al amparo de la LC y de los asientos registrales derivados del proceso concursal, así como los mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que deban constar la declaración del concurso y sus vicisitudes.
- Las actas, anuncios y resoluciones procesales dictadas al amparo de la LC sobre los acuerdos extrajudiciales, procedimiento de homologación y de los asientos registrales derivados de los mismos.

La publicidad de las resoluciones concursales publicadas en el RPC se realizará a través de un portal en Internet ubicado en la sede electrónica que determine el Ministerio de Justicia. El RPC depende del Ministerio de Justicia y está adscrito a la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGRN).

La gestión material del servicio de publicidad se encomienda al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Asimismo, las comunicaciones que se efectúen a través del RPC serán siempre electrónicas, utilizándose canales de comunicación securizados. Si no fuere posible, las comunicaciones se efectuarán a través de otro medio legalmente previsto que asegure la seguridad e integridad de su contenido.

Por lo que se refiere al acceso, será público, gratuito y permanente (art.3), de tal forma que las resoluciones procesales se publicarán en el Registro en extracto, que incluirá los datos indispensables para la determinación de su contenido y alcance, indicando los datos registrables cuando hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos.

Si la resolución publicable en las secciones primera y tercera fuere susceptible de inscripción en un registro público de personas, se indicará que la inscripción o anotación está pendiente o, una vez acceda el certificado correspondiente a la sección segunda, que la resolución ha causado asiento de inscripción o anotación con referencia a los correspondientes datos registrales.

En cuanto a la publicidad de las inhabilitaciones contenidas en sentencias de calificación no firmes (art.3.5) sólo será accesible a los órganos jurisdiccionales y las Administraciones Públicas habilitadas legalmente, a menos que tuvieran acceso al Registro Mercantil u otros registros públicos de personas.

Según dispone el art. 4 el portal se estructura en tres secciones:

- a) Sección primera, de edictos concursales.
- b) Sección segunda, de publicidad registral de resoluciones concursales.
- c) Sección tercera, de acuerdos extrajudiciales.

La finalidad y uso de los datos incorporados al RPC son los previstos en la LC. A estos efectos, los datos, que serán públicos, se referirán a las personas declaradas en concurso y aquéllas a que se refieran las resoluciones publicadas de conformidad con la LC.

El responsable del RPC es el Ministerio de Justicia (art. 5.f)) y el encargado del tratamiento el Colegio de Registradores de la Propiedad,

Mercantiles y de Bienes Muebles de España, ejercitándose ante este último los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Según previene el art. 6 del RD, estos datos serán cancelados como regla general dentro del mes siguiente a que finalicen sus efectos, sin perjuicio de su disociación para su utilización posterior. Se establecen excepciones respecto de los datos relativos a sentencias firmes que ordenan la inhabilitación para administrar bienes ajenos o para representar a cualquier persona (art. 172.2.2º LC), respecto de los datos relativos a la inhabilitación temporal para ser nombrado administrador en otros concursos (art. 181.4 LC), respecto de los datos relativos al cese de los administradores concursales o auxiliares delegados (arts. 37, 151, 152 y 153 LC), y respecto de los datos relativos al acuerdo extrajudicial de pagos.

En lo que aquí interesa, y por lo que se refiere a la sección tercera, se harán constar según dispone el art. 14 del RD:

-Ordenados por deudor, los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, indicando el nombre del deudor y del mediador concursal, el número de identificación fiscal de ambos, las fechas de solicitud, de apertura del expediente, de inicio de negociaciones y de finalización de las mismas.

- Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, la existencia del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio¹⁹⁸ que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido (art. 238.2 LC).

-En caso de anulación por sentencia del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 239.4 LC), dicha resolución será remitida para su publicación en la sección tercera del Registro Público Concursal desde los Sistemas de Gestión Procesal

¹⁹⁸ SENES MOTILLA, C. Ob cit, pág. 14

por el personal del Juzgado de lo Mercantil, bajo la dirección del Secretario judicial, en la forma prevista en el capítulo II.

- Cuando el plan de pagos incluido en el acuerdo extrajudicial fuera íntegramente cumplido, el Notario que levante el acta prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal remitirá la misma al Registro Público Concursal para su publicación en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro.

- Cuando el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, una vez que el mediador concursal haga constar esta circunstancia por acta, el Notario o el Registrador Mercantil lo comunicará al Registro Público Concursal. En todo caso, la publicación en la sección primera del Registro Público Concursal de la declaración de concurso prevista en el artículo 241 de la Ley Concursal se publicará igualmente en la sección tercera, de conformidad con el formato que se proporcione por el Registro.

- En caso de imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o de incumplimiento del plan de pagos aprobado, la resolución que declare el concurso consecutivo, en los términos del artículo 242 de la Ley Concursal, se publicará en la forma prevista en el capítulo II. Dicha publicación determinará el cierre de la sección tercera.

El artículo 239 de la LC, regula la impugnación del acuerdo extrajudicial, que cabrá dentro de los diez días siguientes a la publicación, y podrá hacerlo el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1. La doctrina se ha planteado respecto de la acción de impugnación -que la ley también califica de anulación- que como hemos referido, deberá ser ejercitada en los diez días siguientes a la publicación del acuerdo, a que publicación se refiere, ¿en el BOE, en el Registro Público Concursal o a partir de la última de estas publicaciones?¹⁹⁹

¹⁹⁹ SENÉS MOTILLA, C y CONDE FUENTES, J., «Implicaciones procesales de la ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. (Ley 14/2013, de 27 de septiembre)», en Revista General de Derecho Procesal no. 32, 2014.

CAPITULO VIII.

CAPITULO VIII. EI PROCESO DE MEDIACIÓN.

1. Introducción.

Con carácter previo hemos de señalar que el proceso de mediación regulado en la norma concursal obedece a un iter jurídico que parte, conforme a la exposición de motivos de la Ley 14/2013, de la flexibilidad. Ello no es incompatible con el establecimiento de concretos hitos jurídicos que habrán de darse sin perjuicio, como vimos en el Capítulo IV, de la necesidad de completar o complementarlo con la aplicación de cualquiera de los modelos de mediación que a tal efecto deban utilizarse en el mismo. Y por otro lado con la necesidad de considerar - con el carácter supletorio relativo que hemos defendido- los principios básicos que la normativa general de mediación pudiera establecer tanto en la regulación nacional como en la comunitaria en función de sus respectivos ámbitos.

De conformidad a lo anterior y habiendo tratado estas circunstancias en capítulos anteriores referidos, debemos extraer y extractar de la normativa aquellos apartados que marcan ese procedimiento extrajudicial que a tal efecto el legislador ha querido regular.

Aceptado el cargo por el mediador concursal la norma le impone determinadas obligaciones. El mediador concursal se convierte por ello en la persona que dirigirá ese procedimiento extrajudicial marcando líneas de trabajo y fijando acontecimientos que imperativamente se fijan en la norma. Aunque todo gira alrededor de la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos y una reunión en la que deudor y acreedores deberán ponerse de acuerdo sobre el contenido de la misma, es evidente- y sería iluso no considerarlo así- que el proceso se construye desde la comunicación inicial que realizará el mediador (posiblemente la convocatoria a dicha reunión aunque podrá realizarse una anterior) y la posibilidad de cada uno de los acreedores de participar, abstenerse o negociar según en qué casos se encuentren. La reunión podrá ser o no trascendental pero evidentemente es un complemento de este proceso anterior que principia con la citada convocatoria y las particularidades de cada uno de los acreedores, su contenido y la posibilidad y realidad de la respuesta de estos. Instrumentar el acuerdo al que se ha llegado (en otro caso se despliegan efectos diferentes) es una simple formalidad que la norma recoge desde el estadio anterior. Los efectos de ese proceso y

finalmente los efectos del Acuerdo alcanzado serán determinantes para el éxito del objetivo propuesto: refinanciación del deudor en los términos pactados.

2. Convocatoria.

2.1. Funciones del mediador concursal.

El art. 234 de la LC, recoge expresamente: *“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 (...)”*

Por tanto mientras que al registrador mercantil, al notario o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, le corresponde el control de admisión de la solicitud; es a éste, al que le corresponde la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos.

En relación a ello partimos de un "mediador concursal". En palabras de algún autor²⁰⁰ sobre esta novedosa figura y su diferenciación con la institución que regula la Ley 5/2012, entienden que 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 80 días, y con los límites y condicionamientos que marca la ley²⁰¹. Y así la diferente tarea del "mediador concursal", consistente en comprobar la existencia y cuantía de los créditos y en elaborar un plan de pago, de la del mediador a secas, que se limita a prestar asistencia a las partes, para que éstas alcancen un acuerdo por

²⁰⁰ SENES MOTILLA, C. ob cit pág. 10.

²⁰¹ En igual sentido, v. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», *Diario La Ley*, Nº 8225, de 9 de enero 2014 (apartado V).

sí mismas. Para otros autores, la figura del mediador concursal es híbrida²⁰², ya que no solo impulsa formalmente el proceso sino que interviene activamente (pro-activo) en la propuesta de solución (plan de pagos y propuesta de viabilidad) y además controla el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo final. Así, su función entre otras, parafraseando a HAYNES²⁰³ debe ser, tras la identificación del problema y la elección del sistema de mediación previsto en la norma: recopilación de información, algo que como hemos señalado expresamente recoge la ley al fijar que el mediador concursal comprobará la existencia y la cuantía de los créditos (art. 234. 1 LC). Según este sector doctrinal²⁰⁴, dicho examen o comprobación sería una garantía a mayores para la ejecutividad de los importantes efectos legales que la ley atribuye al resultado de la actuación del mediador concursal, y salvaría cualquier recelo sobre el alto grado de discrecionalidad que la ley le atribuye en su cometido al mediador concursal y el escaso control previo de su actuación, y evitaría posibles impugnaciones judiciales del plan de pagos aprobado. Finalmente señalan que, si tenemos en cuenta que el mediador concursal tiene plena competencia para la valoración de la existencia y cuantía de los créditos del deudor, y que tal reconocimiento de créditos va a producir efectos incluso más allá del propio Acuerdo Extrajudicial, ya que los acreedores con créditos reconocidos y que hayan aprobado el Acuerdo, quedan exonerados de tener que acreditar la vigencia y cuantía de sus créditos en el concurso consecutivo posterior, y que una vez aprobado el plan de pagos por las mayorías legales necesarios, el mismo será objeto de ejecución inmediata incluso en el supuesto de impugnación, y que su impugnación tiene unas causas tasadas todas ellas de naturaleza procedimental, pero sin que se permita cuestionar el fondo del acuerdo aprobado; resulta más que recomendable ese control previo de su actuación por parte de los otros dos profesionales intervinientes en la tramitación.

²⁰² SANJUAN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia» Diario *La Ley*, Nº 8230, Sección Tribuna, 16 Ene 2014, Editorial LA LEY.

²⁰³ HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, GAIA Ed., Madrid, 1993 pp. 48 a 54, 12 y 13.

²⁰⁴ MERINO ESPINAR. M.B. «Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad» en www.notariosyregistradores.com. Artículo publicado el 8 de enero de 2015.

En cuanto a la extensión del cometido o competencia del mediador concursal, según la regulación contenida en el art. 234.1 LC, la actuación del mediador concursal se restringe a comprobar la validez y cuantía de los créditos y bienes declarados por el solicitante en la instancia de inicio del expediente, debiendo interpretarse la redacción de este artículo de manera extensiva. Es un error restringir de este modo las facultades y como no la responsabilidad del mediador concursal, sobre todo por la trascendencia que tendrá la aprobación del plan, el reconocimiento de los créditos y los efectos de estos en caso de ulterior incumplimiento o no aprobación del plan propuesto. La declaración del solicitante del expediente será indicativa, pero compete al mediador concursal indagar tanto la existencia de otros créditos como de otros bienes o activos que pudiera estar reservando el solicitante, de ahí que el mediador concursal no puede verse constreñido por el contenido de la declaración del solicitante si del análisis de su patrimonio y de las buscas realizadas en Registros públicos resultan más créditos o bienes a inventariar.

Con la última reforma, el legislador vino a aclarar en el último párrafo del apartado 1 del art. 234 de la LC la extensión no sólo a los créditos relacionados en la lista presentada por el deudor, sino también aquellos de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio.

No obstante algún autor²⁰⁵ ha defendido la citada redacción anterior entendiendo que ello permitía lo que se ha denominado “Acuerdo Selectivo Extrajudicial de Pagos”.

En cuanto a dichas funciones y extractando ello de la normativa aplicable tendríamos:

- a) Comprobación de los documentos aportados por el deudor, requiriéndole -a tal efecto- aquellos que considere necesarios. Sobre hasta dónde se extiende esta función de comprobación debemos limitarlo en un doble sentido:
 - a. Comprobar los datos y la documentación aportados por el deudor.
 - b. Requerir, y solo eso, su complemento o subsanación o instarle a corregir los errores que pueda haber.

²⁰⁵ Vid nota 8.

Si ello se produce y no existe una subsanación o corrección suficiente o adecuada por el deudor, la norma nada dice sobre las consecuencias de ello.

Tampoco sobre la posibilidad de solicitar auxilio a través de la institución en donde se tramite el expediente o judicial. De hecho una voluntad obstativa a dicho cumplimiento de subsanación o complemento podría llevarnos a pensar que existe en realidad una renuncia a la mediación por parte del deudor. El artículo 6.3 de la Ley 5/2012 de mediación recoge que nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación. Consecuencia de ello es (art. 22 LM) que el procedimiento de mediación finalizará sin alcanzar dicho acuerdo, bien sea porque todas o alguna de las partes ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador, bien porque haya transcurrido el plazo máximo acordado por las partes para la duración del procedimiento, así como cuando el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables o concurra otra causa que determine su conclusión. Esa otra causa podría localizarse en ello dado que el mediador no tendrá toda la información necesaria para atender el proceso de mediación con garantía suficiente de transparencia. Y por tanto la decisión de dar por terminado el proceso se justificará en la imposibilidad de convocatoria de la junta derivado de la voluntad del deudor de terminar (al menos tácitamente) el mismo.

Debemos tener en cuenta que el régimen partirá (cuando sea aprobado) de un formulario concreto para dicha solicitud. Y que al mismo (o a cualquier solicitud hasta que sea aprobado) se incorporará un inventario con el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular y los ingresos regulares previstos. Se acompañará también de una lista de acreedores, especificando su identidad, domicilio y dirección electrónica, con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, en la que se incluirán una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos

- b) Comprobará la existencia y la cuantía de los créditos. La norma ha querido diferenciar la comprobación de datos e información de la solicitud, de la cuantía y existencia de los créditos diferenciándolo en dos apartados diferentes.

A tal efecto esa comprobación será necesaria para la convocatoria, habiendo añadido la norma que ello afectará tanto a los que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio. Sobre esa referencia a cualquier otro medio tampoco dice nada la norma pero es evidente que tanto podrá referirse a la que se obtenga de la contabilidad del deudor como de cualquier otro documento o información, e incluso publicidad que pudiera haberse realizado en el Registro Público Concursal.

- c) La convocatoria de la reunión con los acreedores. Pero para ello deberá cumplir una serie de requisitos que veremos en el apartado siguiente.
- d) Aunque nada dice la norma va implícito en la función del mediador el contacto con los acreedores y cualquier parte del conflicto mediante el uso de las herramientas y modelos habituales de la mediación y/o la negociación.

Sí que está prevista, en realidad, en la transmisión del plan de pagos del deudor recibiendo en tal caso las posibles contrapropuestas que los mismos pudieran plantear.

- e) El artículo 236 recoge que el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.

La propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

Sobre si esa propuesta debe hacerse por parte del deudor o por el mediador o por ambos conjuntamente se han pronunciado los juzgados de lo mercantil en sus acuerdos de 11 de octubre de 2013 señalaron que ello

correspondía al mediador; sin embargo resulta absolutamente imposible, inadecuado e incluso contrario a la naturaleza propia del mediador realizar una labor que parte no solo del conocimiento parcial del patrimonio o la empresa y de las posibilidades de generación que la norma requiriere, sino que nadie mejor que el propio deudor para realizar una propuesta que, sin embargo, deberá ser aceptada por el mediador (e incluso corregida y en este caso aceptada por el deudor) para poder ser remitida a los acreedores.

Sobre la imposibilidad de llegar, en este caso, a un acuerdo entre deudor y mediador para remitir una propuesta adecuada en los términos antes señalados tampoco recoge la norma concursal nada. Si esa imposibilidad nos lleva a no poder cumplir los trámites previstos legalmente estaríamos nuevamente en una situación de terminación del expediente.

- f) Solicitar la declaración de concurso de acreedores del deudor en varios supuestos.

1º. Así el mediador deberá solicitar el concurso (art. 236.4 LC) de forma inmediata si, antes de transcurrido el plazo mencionado de diez días, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente.

Esta posibilidad, sin embargo, es contradictoria con la propia naturaleza de la mediación en tanto siempre será posible llegar a consensuar y acercar posturas (esta es la función de un mediador) desde el inicial rechazo que pudieran plantear los acreedores. Esa es la esencia de la mediación y de la posibilidad de utilización de diferentes modelos (Harvard, Forbes, Sara Cobb, como fundamentales) o de las técnicas de negociación²⁰⁶.

²⁰⁶ CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto. *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. 536 p. CONSTANTINO, Cathy y SICKLES, Christina. *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos*. Traducción de la primera edición por Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Granica, 1997. 380 p. FISHER, Roger; URY, William y PATTON, Bruce. *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 1996. 214 p. HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, 435 p. MILIA, Fernando. *El conflicto extrajudicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. 260 p. NIERENBERG, Gerard. *El negociador completo*. Pamplona: Espasa-Calpe, 1991. 339 p. REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós, 2004. 345. RUBIN, Jeffrey. "Conflict from a psychological perspective" . En

2º. De igual forma deberá solicitar el concurso de acreedores conforme al artículo 238.3 LC si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia. En este caso 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.

3º. Por último y de conformidad al artículo 241.3 LC 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.

- g) Corresponde al mediador realizar funciones de coordinación en la reunión con los acreedores.

Debemos tener en cuenta que será el mediador el que convoque al deudor y a los acreedores (at. 234.2 LC) a esa reunión en la que los principales anfitriones son estos dos últimos, limitándose el mediador a las funciones propias de mediación y acercamiento de posiciones que la naturaleza de la institución reconoce. No obstante sus funciones de coordinación son importantes a los efectos de poder crear un buen ambiente, sintonía y desarrollo que permita ese acercamiento de posturas y un final con acuerdo.

- h) Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto.

En dicha escritura pública deberá participar igualmente el mediador que es precisamente a quien, aun no señalándolo la norma, le corresponderá redactar el acta de la citada reunión a menos que se haga a presencia notarial en el acuerdo de mediación deberá constar la identidad y el domicilio de las partes, el lugar y fecha en que se suscribe, las obligaciones que cada parte asume y que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las

HALL, Lavinia (ed.). *Negotiation: Strategies for mutual gain*. California: SAGE publications, 1993. p. 123-137. SANER, Raymond. *El experto negociador*. Barcelona: Gestión 2000, 2003. 281 p.

previsiones de esta Ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento.

- i) Nada dice la norma (art. 239) sobre la intervención del mediador en el incidente de impugnación del acuerdo que pudiera plantearse.

Lo único que señala la norma es que deberá tramitarse conforme al incidente concursal. Y a tal efecto el artículo 192 LC recoge que en el incidente concursal se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. Cualquier persona comparecida en forma en el concurso podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria.

- j) También corresponde al mediador el seguimiento del cumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación.

El artículo 241 de la LC recoge que el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. Y en virtud de ello si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. 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. El acuerdo de mediación deberá firmarse por las partes o sus representantes. Del acuerdo de mediación se entregará un ejemplar a cada una de las partes, reservándose otro el mediador para su conservación.

- k) La Ley 5/2015 también señala a estos efectos una función informativa al mediador a las partes que en el ámbito concursal también podemos ver. Y ello no solo respecto del proceso sino también respecto de los efectos de la admisión del expediente y derivados del propio acuerdo que se hubiera tomado, de su cumplimiento o incumplimiento y de las actuaciones procesales que a tal efecto se inicien.

Todo ello, además, engloba un régimen de responsabilidad que la norma concursal no recoge pero que el artículo 14 LM si generaliza conforme a lo siguiente: *“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 ésta 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.”*

A este respecto también será exigible conforme al 11.4 de dicha norma la suscripción de un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga²⁰⁷.

En este sentido el Anteproyecto de Real Decreto²⁰⁸ por el que se desarrolla el Estatuto del Administrador concursal publicado por el Ministerio de Justicia y pendiente de aprobación recoge en su artículo 2 que *“[l]as normas previstas en este real decreto serán de aplicación a los administradores concursales. También serán de aplicación a los auxiliares delegados y a los mediadores concursales las especialidades que para ellos se establecen en este real decreto”*.

2.2. Convocatoria.

El art. 234.1 en su segundo párrafo recoge que el mediador concursal *“(...) 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.”*

²⁰⁷ Tengamos en cuenta que para el administrador concursal dicho seguro está previsto por 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. «BOE» núm. 241, de 6 de octubre de 2012, páginas 71363 a 71367

²⁰⁸

http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/ficheros/pdf/Proyecto_RD_estatuto_administracion_concursal_15_jul.pdf

La redacción del precepto ha sufrido desde su creación, diversas modificaciones hasta llegar a la redacción actual; concretamente la última modificación operada 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.

La convocatoria debe analizarse en relación a la naturaleza jurídica del mediador, siendo las opiniones diversas e incluso contrapuestas en cuanto a las funciones que debe cumplir el mediador concursal en comparación a la mediación como medio alternativo de solución de conflictos (MASC). De entre estas las posiciones más divergentes afirman que (i) o bien el mediador (concursal) es simplemente el instrumento (figura híbrida recogida por el legislador) que canaliza una convocatoria en donde su actuación pasiva conlleva el cumplimiento de determinadas formalidades para afrontar en una reunión —en la que estará presente pero inactivo— la posibilidad de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores listados²⁰⁹ ; (ii) por otro lado se encuentran los autores que consideran²¹⁰ 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*”²¹¹.

Por tanto, el art. 234 LC recoge una de las primeras obligaciones del mediador concursal señalando que “(...) 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 (...)”

La ley no admite criterio de selección por parte del deudor, para que sean convocados algunos de sus acreedores ordinarios, dejando de lado a otros tantos, debiendo ser convocados todos ellos a la reunión para debatir la propuesta de pagos²¹². En este sentido, y como hemos avanzado, SANJUAN Y

²⁰⁹ SANJUAN Y MUÑOZ, E., «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)». *Diario LA LEY*, núm. 8196, 21 de noviembre 2013. Editorial LA LEY

²¹⁰ SANJUÁN Y MUÑOZ, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *Diario La Ley*, Nº 8230, Sección Tribuna, 16 Ene 2014, Editorial LA LEY.

²¹¹ PIMENTEL, M., *Resolución de Conflictos. Técnicas de Mediación y Negociación*, Plataforma Ed., 2013, pp. 65 a 70.

²¹² En sentido contrario, SANJUAN Y MUÑOZ, E: «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)», *Diario La Ley*, Nº 8196, de 21 de noviembre de 2013.

MUÑOZ, ya había puesto de manifiesto con la anterior redacción, una doble interpretación²¹³:

1. °. Que la lista será global si bien solo convocará a los afectados. Esto puede entenderse en el doble sentido de poder ser selectivo o de referirse solo a los créditos no afectados (reales con anterioridad a la reforma y públicos).
2. °. Que de la lista parcial se comprobarán los insertos para eliminar aquellos errores o cualquiera de los que pudieran haberse incluido y que no estén afectados.

Con la actual redacción, parece - tal y como hemos señalado- haberse clarificado la cuestión, y por tanto el mediador concursal deberá convocar no sólo a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor, sino aquellos acreedores, de cuya existencia tenga conocimiento el mediador por cualquier medio.

La ley excluye expresamente de la convocatoria a los acreedores de derecho público. No así se excluyen a los acreedores titulares de créditos con garantía real, los cuales, deberían, tras la reforma, ser convocados por el mediador concursal pues tal y como señala la ley, estos acreedores podrán o no suscribir el acuerdo extrajudicial de pagos pero teniendo en cuenta la posible extensión subjetiva del mismo a una parte de sus créditos (art. 238 bis) en tanto no cubierta por la garantía real. Si esa convocatoria es o no obligatoria parte de distinguir la redacción anterior (donde no lo era) a la actual en la que pueden resultar afectados y por tanto debería ser necesaria.

Para SENES MOTILLA²¹⁴, la razón de ser de esta separación obedece al diverso régimen jurídico que corresponde a los titulares de cada modalidad de crédito: i) Los acreedores que tengan su crédito garantizado con garantía real son "invitados²¹⁵" a participar en las negociaciones; ii) Los titulares de créditos de Derecho público no serán convocados porque estos créditos no pueden ser objeto del acuerdo, pero al plan de pagos deberá acompañarse "necesariamente" copia de la solicitud o acuerdo de su aplazamiento, o, al menos, la indicación de las fechas de pago si no van a ser satisfechos en sus

²¹³ SANJUAN Y MUÑOZ, E: "Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP) », ob cit, pág. 2.

²¹⁴ SENES MOTILLA, C. "El acuerdo extrajudicial de pagos ¿Alternativa efectiva al concurso de acreedores?, ob cit pág. 10.

²¹⁵ En la actualidad el régimen, como hemos visto, ha cambiado al poder resultar afectados.

plazos de vencimiento (art. 236.2 LC); y, iii) Los titulares de los créditos restantes tienen la obligación de asistir a la reunión convocada, pero pueden eludirla si toman posicionamiento frente a la propuesta inicial, en los diez naturales anteriores a la fecha prevista para la celebración de la reunión (art. 237.1 LC).

En cuanto a la forma de convocar, deberá hacerse como dispone el apartado 2 del art. 234 LC, mediante conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita que asegure la recepción. No obstante, si le constase al mediador concursal una dirección electrónica de los acreedores, deberá hacerse la comunicación a través de dicha dirección electrónica.

El apartado 3.º del artículo 234 LC establece el contenido de 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".

El mediador concursal tiene libertad para elegir la ubicación, siempre y cuando este dentro de la localidad donde el deudor tenga su domicilio, y deberá celebrarse en la fecha que el mediador fije pero siempre dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo. Por su parte, la convocatoria deberá realizarse dentro de los diez días siguientes al mismo día a quo²¹⁶.

En atención a lo expuesto, la convocatoria tiene gran trascendencia toda vez que los acreedores que, habiendo sido emplazados, no acudan a la reunión ni manifiesten su adhesión o rechazo a la propuesta verán su crédito calificado como subordinado²¹⁷. Pese a su importancia, los defectos de la convocatoria no determinan per se la nulidad del acuerdo extrajudicial de pagos. La razón es que el art. 239.2 LC, restringe las causas de impugnación. Así, solamente puede basarse la impugnación del acuerdo, en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la aprobación del acuerdo, en la superación de los límites impuestos al plan de pagos (art. 236) o en la

²¹⁶ En ese sentido véase el punto 9.º 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, de 11 de octubre de 2013. También RODRÍGUEZ CONDE, C., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*. Ed. Bosch. 2014, p. 886.

²¹⁷ Este supuesto solo se dará (art. 237 LC) en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común y que además suponga un concurso consecutivo. Por lo tanto se excluyen otros supuestos como acuerdo incumplido o declarado nulo.

desproporción de las medidas acordadas. Ahora bien, si no se emplaza a los acreedores podrían no comparecer y por tanto, no alcanzarse las mayorías necesarias para el acuerdo.

En ese caso sí existiría fundamento suficiente para anularlo²¹⁸. No obstante si se alcanzasen las mayorías a pesar de la no convocatoria de algunos acreedores, no se declararía la nulidad del acuerdo, dado que las mayorías se habrían alcanzado, no concurriendo uno de los supuestos de impugnación previstos²¹⁹.

2.3. Acreedores convocados.

Como hemos señalado en apartados precedentes, el mediador concursal, deberá convocar a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier medio (art. 234.1 LC).

Igualmente, entre los acreedores convocados, como “invitados” pueden encontrarse los acreedores titulares de garantía real, toda vez que sólo les afectara el acuerdo extrajudicial de pagos, en los términos previstos en los arts. 238 y 238 bis LC, tal y como establece el art. 231.5 LC.

Asimismo, el citado artículo 231.5 LC, establece para los acreedores de derecho público, que no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real. Consecuencia de lo anterior, es que el mediador concursal no deberá convocar a los acreedores de derecho público.

Cuestión novedosa a analizar, es la relativa a los créditos cuyos titulares son las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Del análisis del apartado 5 del artículo 231 LC, que textualmente regula: “No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras”, se podría inferir, que igualmente quedan excluidos de la afectación del acuerdo extrajudicial de pagos, y por tanto no deberán ser

²¹⁸ GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Acuerdo extrajudicial de pago», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. AAVV. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 136-161. <http://hdl.handle.net/10016/21077>

²¹⁹ La cuestión no es intrascendente a la vista de la posibilidad de fijar posiciones estratégicas que realmente solo afectarían a la legitimación para impugnar aunque con un resultado ciertamente inviable de conformidad al art. 239.2 LC.

convocados como acreedores al procedimiento previsto en el acuerdo extrajudicial de pagos. Esta interpretación obedece en gran medida a la ubicación escogida por el legislador, pues tal previsión legal se incluye en el apartado 5 in fine, del artículo 231 de la LC, apartado que aborda la afectación o no del acuerdo a los créditos de determinados acreedores (garantía real y derecho público).

Lo anterior, no debe confundirse con la posibilidad de que dichas entidades aseguradoras y reaseguradoras, reuniendo los requisitos previstos en la ley, puedan acudir como entidades deudoras a un acuerdo extrajudicial de pagos, lo cual se desprende de la clara redacción dada en el apartado 5 del art. 233 de la LC el cual dispone que: *“En el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros”*, y que entrará en vigor el próximo 1 de enero de 2016, según establece la disposición final 21.1 de la Ley 20/2015, de 14 de julio.

Según dispone el art. 237 en su apartado 1, los acreedores convocados, deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación y oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión.

Ahora bien, exceptuando los acreedores que tuvieran constituida garantía real respecto de la parte cubierta por la garantía, los créditos de que fuera titular el acreedor, que habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común.

Así por tanto, la inasistencia del acreedor a la reunión se sanciona con la subordinación de su crédito en el concurso consecutivo que pudiera sobrevenir. Se ha considerado que únicamente se producirá la subordinación si la reunión llega a tener lugar de modo efectivo y el acreedor, ni asiste ni expresa su oposición hasta diez días naturales anteriores a la reunión²²⁰.

Con el propósito de favorecer la aceptación de los acreedores, la ley establece que al acreedor que aceptará la propuesta inicial de pago y/o espera

²²⁰ Conclusiones sobre los criterios de aplicación de la reforma de la ley de apoyo a los emprendedores, sobre cuestiones concursales, adoptadas en reunión de 11 de octubre de 2013, apartado I-11.º (disponible en www.icam.es).

de su crédito no le afectará la alteración de las condiciones que pudieran ser acordadas en la reunión (art. 237.2 LC).

2.4. Acreedores con garantía real.

La referencia a estos acreedores viene incluida en el art. 231 apartado 5 LC, donde se indica, que los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto por los artículos 238 y 238 bis LC.

Los acreedores que tengan su crédito garantizado con garantía real podrán y a nuestro entender deberán ser "invitados" a participar en las negociaciones para alcanzar un AEP, dado que como se indica en el referido artículo 231.5 LC, les afectará en los términos previstos legalmente.

Con la eliminación del apartado 4 del art. 234 LC, que establecía que aquellos acreedores que tuvieran garantizado su crédito con garantía real, de querer participar en las negociaciones, deberán comunicarlo expresamente al mediador en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria, ya no existe obligación por parte del acreedor de comunicar al mediador expresamente la participación en las negociaciones, de ahí que tenga que ser el mediador quién los convoque como al resto de acreedores, con las excepciones que hemos señalado.

En cuanto a la afectación a los acreedores cuyo crédito se encuentra garantizado con garantía real, el art. 238 LC, establece la extensión de determinados efectos del AEP a los acreedores cuyos créditos gocen de garantía real por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real en los siguientes términos:

- (i) Quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, siempre que hubiera votado a favor del acuerdo, el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos.

- (ii) Quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos y a las demás medidas previstas en el art. 236, siempre que hubieran votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo.

Por su parte el artículo 238 bis LC, bajo el título “Extensión subjetiva”, recoge en el apartado 2, que *“los acreedores con garantía real, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo.”*

No obstante y como señalada el apartado 3 del art. 238 bis LC, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, si quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras a)²²¹ y b)²²² del apartado 1 del art.238 LC, siempre que dichas medidas hayan sido acordadas, por las siguientes mayorías:

- (i) Del 65 por ciento cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del art. 238 LC.
- (ii) Del 80 por ciento cuando se trata de las medidas previstas en el apartado 1 b) del art. 238 LC.

En atención a la nueva regulación, los acreedores con garantía real, tras las reformas, se encuentran expuestos a los efectos de los AEP, si se alcanzan

²²¹ Esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

²²² Esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el art. 236 LC, consistentes en: cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad de parte de sus créditos, conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. Conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. En cuanto a la cesión de los bienes en pago, se podrá hacer siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si se tratase de bienes afectos a garantía real será de aplicación lo dispuesto en el art. 155.4 de la LC.

las mayorías señaladas, de tal forma que la consistencia de las facultades ejecutivas propias de las garantías reales no solo están gravemente dañadas (ya que se le imponen esperas que podrían alcanzar hasta los diez años.), sino que además la actual regulación puede suponer quitas superiores al 25% de los créditos, cesión de bienes o derechos de los acreedores en pago o para pago de la totalidad de parte de sus créditos y conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

Parece ser que el límite último sería la ponderación del carácter desproporcionado del sacrificio exigido, en caso de impugnación (ex art. 239.2 LC), que habría de valorar el juez, sin que tampoco en este caso la norma especifique parámetros para medir la proporción exigible. Si que señala la norma como límite (ex art. 236.1.III, que “en ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.

Con la inicial redacción, si el plan de pagos incluía la cesión de bienes del deudor, su aprobación requería, además del voto a favor del 60% del pasivo, la aprobación de acreedores que representen el 75% del pasivo y del acreedor o acreedores que en su caso, que tuvieran constituida a su favor una garantía real sobre dichos bienes. Con la actual regulación se suprime, por tanto, la necesidad de aprobación por parte de los acreedores con garantía real, quienes pueden quedar vinculados por el acuerdo aunque hubieran votado en contra, si se alcanza el acuerdo con las mayorías anteriormente indicadas.

Valorar como desproporcionado un sacrificio patrimonial para las entidades financieras es un concepto jurídico indeterminado que se tendrá que definir, según las circunstancias concurrentes.

Son muchos los criterios o parámetros por los que podría realizarse el juicio o control de oportunidad y detallamos a continuación algunas resoluciones judiciales que centran la cuestión:

a) *AJM8 de Barcelona de 23 de enero de 2013: “Finalmente se llevará a cabo un control de oportunidad respecto de si el acuerdo supone un sacrificio desproporcionado para los acreedores financieros que no lo suscribieron debiendo atender a criterios como los efectos que el acuerdo pretende producir*

respecto de los acreedores, cómo afecta al pago de su crédito, la existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor o la concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.

b) AJM1 Barcelona 22 de febrero 2013: *“Los parámetros para valorar un eventual supuesto de sacrificio patrimonial desproporcionado serían: a) Los efectos que el acuerdo pretende producir respecto de los acreedores; b) El cómo afecta al pago de su crédito así como sus situación económica o financiera; c) La existencia de gravámenes sobre la totalidad del patrimonio realizable del deudor; y d) La concesión de garantías a los acreedores afectados por el acuerdo que les asegure la recuperación de aquél”.*

c) AJM8 BCN 23 de enero de 2013: *“En cuanto al control de oportunidad no solamente debemos atender a lo manifestado por el experto independiente sino además teniendo en cuenta que con el acuerdo de refinanciación se conceden garantías reales a los acreedores que carecieran de la mismas (cláusula 15), entre los que se encuentra el acreedor disidente (...)”.*

d) AJM5 BCN de 28 de junio de 2013: *“El análisis de la proporción del sacrificio del acuerdo de refinanciación tiene su relación con los acreedores financieros que no suscribieron, pues son ellos quienes deben soportar el sacrificio de sufrir una espera en el cobro de sus créditos. En este punto, el porcentaje de disidencia puede servir para calibrar la proporcionalidad del sacrificio que pueden (rectius deben) tolerar las entidades disidentes. En este sentido y según las circunstancias concurrentes, se puede compartir la idea de que si la disidencia es mayor, será menor la tolerancia al sacrificio que causa una refinanciación al acreedor que no la apoya y viceversa, cuanto menor sea la disidencia mayor sacrificio podrán exigir los acreedores que apoyan la refinanciación”.*

En cuanto a las garantías personales, en caso de que los créditos con garantía real hayan sido avalados o afianzados por terceros, según dispone el art. 240.3 LC, los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos y resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados

solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos.

En su regulación anterior, los acreedores conservaban las acciones que pudieran corresponderles por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor. Es decir, que si éste era declarado en concurso, o iniciaba el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, el acreedor podía reclamar la totalidad de la deuda a los avalistas o fiadores solidarios.

Con la actual regulación, para poder dirigir su acción frente a los obligados solidarios, los acreedores no deberán haber aceptado el acuerdo extrajudicial, o habrán tenido que mostrar su disconformidad con él. Asimismo y conforme al apartado 4 del art. 240, que fue añadido posteriormente, respecto de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

En cuanto a los efectos del inicio del expediente, respecto de los acreedores con garantía real, ex art. 235.2 LC:

- (i) No podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el AEP hasta un plazo máximo de tres meses. En este caso y respecto de los acreedores con garantía real se exceptúan aquellos bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual. Si se tratase de estos bienes, los acreedores podrán ejercitar la acción real, sin perjuicio de que una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los tres meses anteriormente indicados.
- (ii) Asimismo durante la negociación para los acreedores con garantía real, en cuanto al devengo de intereses, se aplicará lo dispuesto en el art. 59 LC, y por tanto no se suspenderá el devengo de intereses de que siendo exigibles, ahora bien, hasta donde alcance la respectiva garantía.

- (iii) En caso de disponerse de garantía personal para la satisfacción del crédito, se podrá ejercitar siempre que el crédito hubiera vencido.

En esta misma línea, el art. 5 bis apartado 4 c) LC, viene a señalar que desde la presentación de la comunicación no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos.

2.5. Régimen especial para las deudas públicas.

El art. 231. 5 párrafo II LC, establece la no afectación de los AEP a los créditos de derecho público, disponiendo expresamente que: “Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos, aunque gocen de garantía real”.

Asimismo y respecto de la no afectación igualmente lo recoge el art. 232.2 III LC, donde vuelve a señalar “sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo” en alusión a los créditos con garantía real y a los créditos de derecho público.

Del mismo modo se señala ex art. 234.1.II LC, que los acreedores con créditos de derecho público no habrán de ser convocados por el mediador a la reunión a la que se refiere el art. 234.1.II LC

La protección a los acreedores de derecho público, alcanza incluso a no ver limitada su capacidad de anotación -en los bienes del deudor-, de embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud de nombramiento de mediador, que pudieran corresponder en el curso de procedimientos seguidos por los acreedores de derecho público. Por tanto, se exceptúan del cierre registral las anotaciones de embargo en garantía de créditos públicos.

En palabras de algún sector doctrinal²²³ el nuevo sistema, es una conjunción de error de previsión legislativa y de sarcasmo político, al no afectar deudas públicas (fiscales y de Seguridad Social), que siguen gravando sobre el

²²³ CARRASCO PERERA, A., «El mecanismo de “segunda oportunidad para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito», *Centro de Estudios de Consumo*, 2015

deudor persona física, y que no se perdonan ni antes (arts. 231.5 II y 235.2 a) II) ni después de abierto y cerrado el concurso (art. 178 bis 3 4º y 5 1º), cargando así sobre las espaldas de otros el coste de la “segunda oportunidad”.

Así, los únicos créditos que realmente importan para el empresario persona física son los garantizados y los públicos, igual que para la persona física consumidora el crédito hipotecario. El resto de créditos no serán de tanta importancia para los deudores que pretendan acogerse al acuerdo extrajudicial de pago. Por tanto, las deudas de Derecho público, se tramitarán por su normativa específica.

La Ley 14/2013 ya introdujo a tal efecto la Disposición adicional séptima de la Ley Concursal para regular el tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos. Conforme a ella:

1. Lo dispuesto en el Título X de la Ley no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

2. El deudor persona natural o jurídica al que se refiere el artículo 231 que tuviera deudas de las previstas en el apartado anterior, una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos regulada en el artículo 232, deberá solicitar de la Administración Pública competente un aplazamiento o fraccionamiento de pago comprensivo de las deudas que, a dicha fecha, se encontrasen pendientes de ingreso, siempre que no tuviera previsto efectuar el mismo en el plazo establecido en la normativa aplicable.

3. Tratándose de deudas con la Hacienda Pública la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado anterior se regirá por lo dispuesto en la Ley General Tributaria y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades:

a) El acuerdo de resolución del aplazamiento o fraccionamiento sólo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. No obstante, será posible resolver antes de la concurrencia de tal circunstancia si transcurren tres meses desde la presentación de

la solicitud sin que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso.

b) El acuerdo de concesión del aplazamiento o fraccionamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la periodicidad de los plazos podrá ser diferente.

c) Los aplazamientos y fraccionamientos de pago en su día concedidos y vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 anterior continuarán surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las peticiones de modificación en sus condiciones que puedan presentarse, en cuyo caso las deudas a que las mismas se refiriesen se incorporarán a la citada solicitud.

d) En todo caso se incorporarán a la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento las deudas que a la fecha de presentación de la misma estuvieran incluidas en solicitudes pendientes de resolución.

4. Tratándose de deudas con la Seguridad Social la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere el apartado 2 anterior se registrará por lo dispuesto en el Texto refundido de la Ley de la Seguridad Social y en su normativa de desarrollo, con las siguientes especialidades:

a) El acuerdo de resolución del aplazamiento sólo podrá dictarse cuando el acuerdo extrajudicial de pagos haya sido formalizado. No obstante, será posible resolver antes de la concurrencia de tal circunstancia si transcurren tres meses desde la presentación de la solicitud sin que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» la existencia de tal acuerdo o se declarara el concurso.

b) El acuerdo de concesión del aplazamiento, salvo que razones de cuantía discrecionalmente apreciadas por la Administración determinen lo contrario, tendrá como referencia temporal máxima la contemplada en el acuerdo extrajudicial de pagos, si bien la periodicidad de los plazos podrá ser diferente.

c) En el caso de que el sujeto responsable tuviese aplazamiento de pago vigente a la fecha de la presentación de la solicitud del acuerdo extrajudicial, el mismo continuará surtiendo plenos efectos, sin perjuicio de las reconsideraciones o modificaciones que puedan solicitarse a efectos de incluir en el aplazamiento algún periodo de deuda corriente o de alterar alguna de las condiciones de amortización, respectivamente.»

2.6. Plan de Viabilidad y Plan de pagos.

El art. 236.2 LC recoge que la propuesta del mediador concursal incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

Cabe recordar que el mediador concursal partirá de la información proporcionada por el deudor (y la que pueda obtener) y que éste al solicitar el nombramiento del primero, debe hacer constar el efectivo y los activos líquidos de que dispone, los bienes y derechos de que sea titular, los ingresos regulares previstos, una lista de acreedores con expresión de la cuantía y vencimiento de los respectivos créditos, una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos (art. 232.2 LC). El mediador concursal deberá analizar esa documentación y comprobar su veracidad. Para ello podrá solicitar la colaboración del deudor. Sin embargo, éste no está obligado (salvo para obtener posteriormente la remisión de deudas en un futuro concurso consecutivo) a cooperar ni suministrar la información solicitada. La Ley no prevé un deber semejante y esa omisión resulta significativa si tenemos en cuenta que sí está prevista para el concursado: la colaboración e información al juez y a la administración concursal es uno de los efectos de la declaración de

concurso (arts. 42 y 45)²²⁴. Ahora bien, lo lógico es que el deudor colabore estrechamente con el mediador concursal. Y no sólo porque él ha solicitado su intervención sino también porque le favorece pues puede conseguir una reducción de la deuda, una moratoria del vencimiento o una dación en pago. Para que la propuesta del mediador concursal pueda prosperar deberá ser lo más realista posible. Una negativa o reticencia en la colaboración por parte del deudor, podría justificar una renuncia del mediador concursal.

La actividad del mediador concursal prosigue a través de la preparación de unas propuestas de plan de pagos, plan de viabilidad y propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones.

Constituye uno de los elementos esenciales de la negociación pues - recordemos- el procedimiento va encaminado a conseguir un arreglo entre el deudor y sus acreedores por el que le condonen una parte de la deuda y le concedan un moratoria en el pago o acepten determinados bienes o derechos para saldar las deudas existentes.

2.6.1. Contenido del Plan de pagos.

El plan de pagos²²⁵ es una propuesta de negociación de las condiciones de satisfacción de los créditos existentes. Esencialmente contiene un sistema (ofrecimiento) de quita y/o de espera. El art. 236 establece los límites máximos: con respecto a las quitas podrán exceder del 25% del importe de los créditos (ex art.238.1 b)) y las esperas no pueden superar los diez años.

Por lo que respecta a la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos, solo podrá incluirse la cesión, siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que se valor

²²⁴ No obstante y al tratarse de un proceso de mediación concursal permitiría mantener que el deudor sí está obligado a colaborar con el mediador concursal en virtud del art. 10.3 de la Ley 5/2012.

²²⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE y FERNÁNDEZ SEIJO, mantienen que el deudor debe aceptar el plan de pagos. RIPOLL JAEN va más allá y exige que la aquiescencia del deudor conste en escritura pública por aplicación extensiva del art. 1280 Cc. Véase su "Acuerdo extrajudicial de pagos: escritura" , en www.notariosyregistradores.com, de 4.4.2014.

razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el art. 94.5 LC, sea igual o inferior al crédito que se extingue. En caso de que fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor.

A estos efectos señalar, que si se tratase de bienes afectos a garantías, será de aplicación lo dispuesto - conforme a la norma- por el art. 155.4 LC que dispone, que la realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda. Debemos tener en cuenta que nos encontramos ante un supuesto preconcursal y por tanto la aplicación de la misma lo es en su consideración sistemática dentro de la normativa concursal en la que se encuentra; pero que el legislador ha querido que sea así.

De conformidad a dicho precepto si la realización se efectúa fuera del convenio (se refiere al convenio concursal) , el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles.

La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar.

Por tanto, y dado lo señalado en el art. 155.4 LC será precisa en este caso la autorización judicial. Es evidente por tanto que la aplicación del artículo 155.4 de la norma debe hacerse adaptando el sistema al supuesto preconcursal en donde el juzgador no interviene para su aprobación.

En cuanto a la conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora, señala el art. 236.1 apartado d) que se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3º ii) de la disposición adicional cuarta, que dispone literalmente que: *“El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles”*. Para esta medida, se deberán adoptar los acuerdos societarios necesarios, así como seguir el procedimiento legalmente previsto para ello. Si los mismos deben ser anteriores o posteriores deberá interpretarse en relación al contenido del acuerdo permitiendo la norma cualquiera de las interpretaciones en este sentido.

Finalmente y en cuanto a la conversión de deuda en préstamos participativos, lo será por un plazo no superior a diez años, y siempre que consista en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Además, el mediador deberá informar sobre la situación de los créditos de Derecho público²²⁶.

El art. 236 también exige que el plan de pagos incluya (e incluso que inserte) una *“copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento”*.

Como límite infranqueable, el art. 236.1.III LC, señala que en ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para la satisfacción de sus deudas, ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente, tal y como viene a disponer en caso de concurso ordinario el art. 100.3 LC. Esto merece también especial consideración puesto

²²⁶ PASTOR SEMPERE, M.C., «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», en *RdCP*, 2014, núm. 21.

que realmente no existe una inicial clasificación o calificación de créditos pareciendo que la norma se remite o toma en consideración, al menos, la clasificación que recoge la normativa concursal. En cualquier caso el límite también se encuentra en la reciente LO 1/2015²²⁷ de modificación del Código Penal que viene a recoger una nueva redacción del artículo 259 que particularizan especialmente estas conductas de alteración.

2.6.2. Plan de viabilidad.

El segundo documento que debe elaborarse es el plan de viabilidad. Deberá detallar cómo se satisfarán los créditos pendientes tras la novación introducida por el plan de pagos. Sobre si el mismo debe hacerse por el deudor o por el mediador es cierto que la cuestión es más de posibilidad que de obligación o carga. Así al mediador solo le será imposible su desarrollo en tan breve plazo y con desconocimiento inicial de la actividad o patrimonio; por su parte el deudor podrá presentarlo pero el mediador puede estar disconforme. En el régimen de mediación de personas físicas la intervención de notario sin mediador nombrado particulariza problemas más allá de todo ello. El conjunto connivente y colaborativo parece ser la respuesta a todo ello.

Contendrá asimismo una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo en su caso la fijación de una cantidad en concepto de alimentos que se asignen al deudor y a su familia.

Además deberá acompañarse de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollará el deudor. No se trata de un documento baladí, sino que tiene gran trascendencia para hacer creíble la propuesta de plan de viabilidad sometida a los acreedores y más se acerca a un plan de negocio que a otro tipo de instrumento.

Finalmente se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

²²⁷ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 77, de 31/03/2015

2.7. Propuestas alternativas.

Dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal a los acreedores, éstos 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.

Entendemos que estas propuestas alternativas, podrían consistir en una combinación de las anteriores, y alguna otra no incluida en el listado del art. 236, pero siempre que respetase el límite del art. 236.1. III, dado que la finalidad de la institución y la flexibilidad intrínseca a un procedimiento extrajudicial podrían permitir aceptarlas.

2.8. Propuesta definitiva.

Corresponde al mediador concursal elaborar, en los términos que hemos desarrollado al principio, la propuesta, lo que deberá hacer de la mano del deudor. Así el art. 236.1 dispone que: "(...) el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor (...)". Eso no significa que no sea neutral. Téngase en cuenta que debe de ser aprobada por los acreedores. Además, una propuesta realista beneficia a ambas partes.

De un lado al deudor, porque le permitirá sortear la situación de insolvencia y de otro a los acreedores porque posibilitará la satisfacción de sus créditos, al menos parcialmente.

Bien es cierto que no constituye garantía de cobro; pero dada la coyuntura socio-económica actual, las instituciones preconcursales se revelan más eficientes que los concursos, pues la inmensa mayoría de los mismos terminan en liquidación y la satisfacción del conjunto de acreedores es mínima.

Como ya tuvimos ocasión de mencionar, para que la propuesta sea viable es necesario que el mediador concursal y el deudor colaboren estrechamente y que el último ponga a disposición del primero toda la información necesaria. Se pone de manifiesto nuevamente la necesidad de conocer detalladamente la situación financiera y patrimonial del deudor.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 236.1 LC, y por lo que se refiere al plazo, se recoge que el mediador concursal "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” remitirá la propuesta a los acreedores.

Los acreedores pueden mostrar su adhesión o rechazo así como hacer contrapropuestas, que pueden ser alternativas o bien modificaciones a la presentada por el mediador concursal. Para ello disponen de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta de acuerdo.

En cuanto a la duda del cómputo temporal en cuanto a la fecha de inicio del plazo de los diez días, lo lógico sería empezar a contar desde la recepción, pero el apartado 3.º del artículo 236 refiere el plazo al envío de la propuesta. Por lo tanto, el dies a quo será la fecha de remisión y no de la recepción.

También es posible que los acreedores rechacen la negociación. En este caso deberá representar al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo, siempre que el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente²²⁸. En ese caso el mediador concursal deberá solicitar la declaración de concurso del deudor.

La duda que se plantea es si la negativa por parte de los acreedores, debe ser expresa²²⁹ o por el contrario el mediador concursal la debe poder deducir de la conducta o actitud de los acreedores.

Entiendo que la negativa deberá ser expresa, ya que el mediador concursal no debe deducirlo de la conducta del acreedor, dado que al establecer la normativa la obligación por parte del mediador de solicitar el concurso de acreedores, obliga a éste a ser extremadamente cauto al respecto. El legislador nada aclara sobre este particular.

3. La reunión con los acreedores.

El art. 237 de la LC, recoge el deber de asistencia a los acreedores que hubieran sido convocados por el mediador, salvo los que hubiese manifestado su aprobación u oposición.

²²⁸ A efectos del cómputo de la mayoría no se tendrán en cuenta los créditos de Derecho público, pero entendemos que si deberán computarse los que cuenten con una garantía real y no se hubieran adherido a la negociación, dado que por virtud de las mayorías que se alcancen podría afectarles el acuerdo.

²²⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El acuerdo extrajudicial de pagos», en ADC, núm. 32, 2014.

El plazo para emitir la manifestación de los acreedores, será de diez días naturales anteriores a la fecha señalada por el mediador para la reunión.

Con excepción de los créditos que cuenten con garantía real, los acreedores que habiendo recibido la convocatoria no asistan a la reunión y no hubieran manifestado su aprobación y oposición dentro del plazo previsto para ello, verán clasificados sus créditos como subordinados en el caso de que fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común. El objetivo es claro, intentar garantizar la asistencia mayoritaria de acreedores sancionando con la calificación de subsidiarios, en caso de que se declare el concurso consecutivo, los créditos cuyos titulares no asistan a la reunión y no hubieran comunicado su adhesión o rechazo a la propuesta dentro de los diez días anteriores a la fecha prevista para la reunión.

Los acreedores deliberarán y decidirán si aprueban o no las propuestas de los planes referidos en una reunión que se celebrará en el lugar, fecha y hora fijados en la convocatoria.

El artículo 237 guarda silencio sobre la asistencia del deudor y del mediador concursal. A nuestro modesto entender, deben considerarse obligatorias. El hecho de que se discuta el pago de las deudas del primero, que deba haber sido convocado y que nadie mejor que él pueda valorar si podrá cumplir el acuerdo justifican que su presencia sea imprescindible²³⁰.

En cuanto a la asistencia del mediador concursal, resulta evidente que debe asistir a la reunión en la que se debatirá la propuesta que él ha formulado y que constituye el principal foro para la autocomposición de los intereses de las partes.

La actuación del mediador concursal, entendemos no será neutral, dado que la finalidad de esta reunión, es alcanzar el máximo de adhesiones posibles a una propuesta elaborada por él.

Durante la reunión se debatirá la propuesta preparada por el mediador concursal o las contrapropuestas de los acreedores que hayan sido aceptadas por el deudor.

El art. 237.2 LC permite que se introduzcan modificaciones. Sin embargo establece límites para tutelar los intereses de los acreedores que se adhirieron

²³⁰ En ese sentido SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos” , cit., 50.

a la propuesta que se debate y no asisten a la reunión. De ahí que los cambios que se aprueben no podrán modificar las condiciones de pago de la propuesta que se debate. La norma habla de una única propuesta, de ahí que la doctrina mantenga que el mediador concursal deberá redactar la proposición final a la luz de las observaciones y propuestas de los acreedores²³¹.

4. Contenido del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

Las reformas producidas por el RDL 1/2015 y por la Ley 25/2015 sobre los diferentes preceptos de esta institución y particularmente respecto del artículo 236 LC, pretenden establecer un régimen similar al previsto para los Convenios en procesos concursales o para la DA4^a en materia de homologación de acuerdos de refinanciación.

Conforme al mismo las propuestas del citado acuerdo podrán ser:

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años. Dependiendo de las mayorías las mismas podrán superar, o no, los cinco años.

En su versión original el artículo 236.1 de la Ley 14/2013 recogía que *“[t]an 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, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos.”*

El cambio sustancial de un plazo general máximo de tres años a otro de diez cinco o diez años, según el crédito y las mayorías, parte precisamente de la necesidad de dotar de viabilidad los supuestos en donde sea necesario un

²³¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “El acuerdo extrajudicial de pagos”, cit., 47 s.

Acuerdo Extrajudicial de Pagos, partiendo de la existencia de cargas reales y por lo tanto de dotar de realidad a las deudas que se construyen a largo plazo y su adecuación al régimen previsto para los supuestos de convenios intraconcursoales.

- b) Quitas. Aunque la norma no limita las mismas si debemos tomar en consideración que para alcanzar quitas superiores al 25% será necesario obtener mayorías reforzadas.

Originariamente ese 25% constituía un máximo general en las quitas permitidas para quienes se sometieran a estos supuestos. Su relación con el plan de viabilidad, que se regula a continuación, era quizás la principal razón de esta limitación.

No obstante y como hemos avanzado existen limitaciones. Así:

1º. Si hubiera votado a favor del acuerdo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos:

- Los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real quedan sometidos a quitas no superiores²³² a ese 25%.
- Cuando gocen de garantía real y por la parte de los créditos que exceda del valor de la misma, quedarán sometidos a quitas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos. De esta forma distinguimos entre la parte cubierta por la garantía real y la parte que excede calculada conforme al 94.5 LC. La reducción se producirá entonces solo por esta.

2º. Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, podrán quedar sometidos a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos en los mismos términos que hemos señalado.

²³² Véase que la norma recoge no superiores y por lo tanto incluye la posibilidad del 25%.

- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. Solo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial²³³ y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94.5, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en el patrimonio del deudor. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4²³⁴.
- d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta. En este caso tenemos un régimen de capitalización favorecido por las mayorías exigidas y que modifican el contenido de la Ley de Sociedades de Capital. El citado apartado recoge que “[e]l acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.”
- e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años (máximo de cinco años en función de la mayoría del 60% en los mismos términos antes señalados) , en obligaciones

²³³ En este sentido conviene diferenciar entre bienes esenciales para la actividad de otros como el previsto en el artículo 160. f) de la Ley de Sociedades de Capital que se refiere a “activos esenciales” como concepto jurídico indeterminado. En cualquier caso debemos considerar que en estos últimos supuestos la norma exige la aprobación por la Junta de Socios para que la operación sea posible. La interpretación de ello la encontramos en la Resolución de 29 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. BOE de 30 de septiembre de 2015.

²³⁴ Se produce entonces aquí la introducción de un sistema de venta y valoración que en realidad es una norma propia concursal.

convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original. De igual forma que en los apartados anteriores dependiendo de las mayorías (cualificadas o no) podrán limitarse al 25% o superar este porcentaje. No obstante esa limitación solo está prevista en el artículo 238 LC para conversión en préstamos participativos y no para otros supuestos.

Que la ley recoja y delimite el contenido del AEP conforme a lo señalado no impide que el mismo acoja igualmente supuestos de refinanciación o reestructuración de afectación particular o general, respectivamente, para la viabilidad de la empresa. En tal caso la limitación se recoge exclusivamente para delimitar el efecto arrastre que las últimas reformas han desarrollado.

El artículo 237.2 LC afirma que el plan de pagos y el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión con los acreedores, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, no hayan asistido a la reunión. Ello parece excluir, en interpretación restrictiva, la posibilidad de modificar la propuesta de contenido, lo que resulta a nuestro modo de entender ilógico siempre que se respete ese derecho de los acreedores que han aceptado inicialmente y no hayan asistido.

5. Aprobación y mayorías.

Como se ha señalado las últimas reformas de 2015 han introducido importantes modificaciones respecto de la regulación anterior. En tal sentido se introduce un efecto arrastre de los acreedores que se delimitará en función de las mayorías. De igual forma los contenidos del AEP quedan vinculados a esas mayorías computadas conforme al pasivo afectado.

El artículo 238 LC señala que para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo. Esa

limitación al “pasivo que pueda resultar afectado” plantea la primera delimitación que debemos hacer.

Así a tal efecto una cosa será el pasivo afectado y otra el pasivo de la sociedad excluidos los supuestos de créditos públicos y los créditos no participantes que tengan garantía real respecto de la parte que no exceda de la misma y en tanto no se sometan voluntariamente. Pero además debemos considerar que la norma se refiere a “afectación” y por lo tanto no necesariamente todos los convocados podrán resultar afectados por las medidas en virtud del contenido de los acuerdos. De esta forma el planteamiento vuelve a incidir en la posibilidad de acuerdos selectivos no necesariamente de carácter generalizado aplicable a todos los acreedores. Conforme a ello:

- a) Si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.
- b) Si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236.

La introducción del artículo 238 bis Lc matiza igualmente esos supuestos para delimitar un cómputo particular en función de las garantías y por la parte

que no exceda de la misma respecto de la deuda. Así recoge que no obstante, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas previstas en las letras anteriores a) y b), siempre que las mismas hayan sido acordadas, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado a) anterior.

b) Del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado b) anterior.

6. Impugnación del AEP. Tramitación.

6.1. Plazo.

La norma general de regulación es el artículo 239 LC que viene a delimitar los diferentes apartados de esta impugnación. Partimos de un acuerdo aprobado y elevado a escritura pública que ha sido publicado en el Registro Público Concursal.

El plazo de impugnación será de diez días desde la publicación no recogiendo la norma si se trata de un cómputo de días hábiles o naturales. En tal caso entendemos que se trata de un plazo de caducidad y que por lo tanto el cómputo deberá hacerse como días naturales. La actual regulación del registro público concursal²³⁵ (Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal²³⁶) permite esta publicación en la sección tercera. El apartado primero del artículo 14 de dicha norma recoge que *“[c]uando las negociaciones concluyan con la adopción de un acuerdo extrajudicial de pagos, el Notario o Registrador remitirá para su publicación en el Registro Público Concursal anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su número de identificación fiscal, el Notario o*

²³⁵ <https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/>

²³⁶ BOE de 3 de diciembre de 2013.

Registrador competente, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su número de identificación fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil o Notaría correspondiente para la publicidad de su contenido.”

6.2. Legitimación.

Conforme a dicha norma el acreedor que no hubiera sido convocado o no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor.

Esa legitimación parte de distinguir, en el primero de los supuestos, al acreedor que no ha sido convocado debiendo serlo del que no ha sido convocado y no debe serlo. En este segundo caso nos encontraríamos con una falta de legitimación para impugnar pues el acuerdo solo afectará a quien afecte y no a otros créditos.

Lo anterior nos lleva también a la posible legitimación del acreedor que siendo convocado no debió serlo y que se encuentre en alguno de los supuestos de la norma. En tal caso entendemos que tampoco tendría legitimación.

Cuando la norma se remite al 237.1 LC lo es solo a los que expresamente hayan manifestado su oposición. El citado precepto recoge que los acreedores convocados deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión.

Por último y con la expresión “no hubiese votado a favor” permite tanto a los que se hayan opuesto como a los que se hayan abstenido.

En el lado pasivo entendemos aplicable lo previsto en el artículo 193 LC. En tal sentido se considerarán partes demandadas aquellas contra las que se dirija la demanda y cualesquiera otras que sostengan posiciones contrarias a lo pedido por la actora. Cualquier persona comparecida en forma en el expediente podrá intervenir con plena autonomía en el incidente concursal coadyuvando con la parte que lo hubiese promovido o con la contraria. Cuando en un

incidente se acumulen demandas cuyos pedimentos no resulten coincidentes, todas las partes que intervengan tendrán que contestar a las demandas a cuyas pretensiones se opongan, si el momento de su intervención lo permitiese, y expresar con claridad y precisión la tutela concreta que soliciten. De no hacerlo así, el juez rechazará de plano su intervención, sin que contra su resolución quepa recurso alguno.

6.3. Juzgado Competente.

La norma se refiere al juzgado competente partiendo, actualmente, de la necesaria distinción que debemos hacer entre los concursos de personas físicas empresarios o personas jurídicas y los concursos de personas naturales no empresarios. En tal sentido la reciente entrada en vigor de la reforma de la Ley Orgánica del poder judicial llevada a cabo por la LO 7/2015²³⁷ atribuye la competencia para el conocimiento y tramitación de los concursos de personas naturales no empresarios a los juzgados de primera instancia. La cuestión más problemática que pueda surgir es la de aquellos supuestos en donde exista un acuerdo tramitándose y notificado a los anteriormente competentes. En este caso entendemos que el principio “tempus regit actum” conllevará la modificación de la competencia y por tanto su conocimiento por los juzgados de primera instancia.

6.4. Procedimiento.

La norma se remite al incidente concursal. En concreto señala que todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal. De esta forma el juzgador deberá esperar a que trascurra el plazo de impugnación y en su caso acumular las que tuviera presentadas o admitidas para obtener una sola resolución siguiendo régimen ordinario de incidentes de la ley concursal.

²³⁷ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 174, de 22/07/2015.

Lo anterior puede resultar ciertamente problemático y estratégicamente utilizable en aquellos supuestos de impugnaciones que se planteen desde una inicial legitimación discutible y que por ello pudieran ser inadmitidas y posteriormente recurridas. El retraso es por ello utilizable como estrategia en cualquiera de estos supuestos.

6.5. Motivos.

La norma también limita los motivos de impugnación. En tal sentido solo se podrá alegar falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos (art. 236.1 LC) en la desproporción de las medidas acordadas.

Cualquier otra impugnación del acuerdo entendemos deberá hacerse por la vía del declarativo ordinario y por tanto limitando los efectos que pudieran derivar y derivan de la impugnación específicamente prevista en la norma concursal. Así una impugnación por vicios del consentimiento, coacción, dolo o cualquier otro no se incluyen dentro de estas limitadas causas; lo que no impide que tangencialmente puedan estar relacionadas con ellas.

6.6. Efectos.

La impugnación prevista en la normativa concursal y limitada en cuanto a legitimación y motivos no suspenderá los efectos de la misma en cuanto a la posibilidad de ejecución del acuerdo. La norma no distingue si ello es en referencia al conjunto de pactos en general o al concreto supuesto objeto de impugnación si así es el caso. En la medida en que este último pudiera convivir con la ejecución del acuerdo mediante su paralización nada impediría que pudieran adoptarse medidas en tal sentido por parte del juzgador. No obstante serán los intereses en juego y el principio general de no suspensión el que

jugarán un papel esencial a tal efecto. Piénsese por ejemplo la afectación derivada de mayorías por garantías reales en relación al resto de los acuerdos.

Unos y otros podrán ser totalmente independientes y por lo tanto en nada resultar afectada la ejecución de esta respecto de la paralización de aquella.

6.7. Sentencia y efectos.

Si la sentencia es estimatoria de la pretensión y conlleva la anulación del acuerdo el efecto subsiguiente es la necesidad de acudir, en la forma que veremos en el capítulo siguiente, al concurso consecutivo.

El artículo 239 de la LC no se refiere a otros supuestos que no sea la anulación, como si lo hace la normativa concursal cuando habla de anulación del convenio de acreedores. Entendemos que la casuística puede ser inmensa y que cualquier otra solución que no necesariamente sea la anulación podría concebirse en términos relativos (no esenciales) al propio acuerdo.

6.8. Publicidad y recursos.

La Sentencia deberá publicarse en el Registro Público concursal y será susceptible de recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial Respectiva. Esta segunda instancia seguirá siendo para todos los supuestos y conforme a la reforma operada y citada de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de aquella sección que tenga atribuida la competencia en materia de asuntos propios de los órganos de lo mercantil, lo que garantiza uniformidad de criterios en cualquiera de los supuestos.

No obstante será objeto de publicación en dicho registro y conforme a dicho precepto solo la sentencia que acuerde la anulación y no aquella que desestime las pretensiones de las partes impugnantes.

Nada dice la norma sobre si el cómputo de plazo para la apelación debe realizarse desde esa publicación o desde la notificación de la misma a los intervinientes. Teniendo en cuenta ese defecto y considerando la aplicación de legitimación que hemos realizado el cómputo del plazo, en caso de anulación y

publicación, será desde esa publicación; en otro supuesto lo será desde la notificación a la parte impugnante.

La tramitación de la apelación tendrá carácter preferente.

7. Efectos del Acuerdo Extrajudicial de Pagos.

De conformidad al artículo 238.2 LC si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Esa elevación a escritura pública supone un obstáculo importante para el cierre de este tipo de negociaciones dado que exigirá, además de la presencia en la reunión, una nueva asistencia por ante notario a los efectos de otorgarla. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario, el registrador o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta del hecho por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de expediente de nombramiento del mediador, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido.

Asimismo el apartado tercero protege a los mismos frente a una posible rescisión.

El artículo 240 LC resume los efectos de dichos acuerdos conforme a los siguientes puntos:

1. Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. La primera parte significa el archivo definitivo del procedimiento; la segunda la posibilidad de acudir directamente al juez correspondiente para que tanto lo primero como lo segundo se lleve a efecto.
2. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado. El efecto novatorio, sin embargo tiene limitaciones conforme a lo siguiente.
3. Los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos y resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquéllos. El régimen previsto sin embargo no nos dice si estos garantes podrán dirigirse contra el deudor por la parte de créditos que hayan pagado. Aunque el régimen parecía ser este lo cierto es que la modificación producida en el artículo 178 bis LC con la reforma del RDL 1/2015 y Ley 25/2015 podría ser interpretada en otro sentido. En estas últimas y para los supuestos de remisión se recogía esta misma salvedad; con la modificación se introduce que tampoco podrán *“... subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquél, salvo que se revocase la exoneración concedida”*. Al no hacer esta misma referencia la duda está en la posibilidad de subrogación que entendemos debe rechazarse por la redacción del apartado anterior a este; en relación a la posibilidad de poder reclamar una vez incumplido y en concurso la duda es mayor puesto que en este caso el efecto puede ser el de considerar (algo que se tratará en el capítulo siguiente) que el citado acuerdo carece de efecto.
4. Respecto de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

CAPITULO IX.

IX. Cumplimiento e incumplimiento del AEP. El concurso consecutivo.

1. Cumplimiento, funciones del mediador y ejecución.

El artículo 241 LC recoge dos premisas base respecto del cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos:

1. El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo.
2. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal.

Partimos por tanto, de un AEP que ha sido debidamente aprobado con las mayorías exigidas en la norma, independientemente de que hubiera sido impugnado o no; de esta forma el artículo 239.1 LC señala que la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo.

La problemática esencial del cumplimiento se fundamenta en dos apartados:

- a) Funciones del mediador respecto del cumplimiento conforme a lo que recoge el citado precepto.
- b) Medidas de cumplimiento y posibilidad de ejecución del mismo.

2. Funciones del mediador durante la fase de cumplimiento del acuerdo.

Nada recoge el precepto acerca de las funciones del mediador, a los efectos del cumplimiento del acuerdo, salvo la referencia a “supervisión” que la misma establece. Pero la supervisión, no conlleva en sí misma más que una función de control, y es independiente de las funciones del propio deudor o derivadas del acuerdo extrajudicial que pudieran así venir determinadas.

Volvemos nuevamente al contenido del acuerdo (art. 236 LC), a los efectos de delimitar la capacidad de intervención en función del mismo. A tales efectos, dicho precepto recoge que la propuesta de acuerdo se centrará exclusivamente sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Ello, podría determinar, que la razón de supervisión lo fuera (subjektivamente), en relación a

ellos exclusivamente y no a otros que pudieran devenir con posterioridad. Sin embargo, el apartado segundo del precepto señala, que la propuesta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. Por lo tanto la supervisión no puede centrarse, en este ámbito, exclusivamente en el cumplimiento de los pagos sino también en el resto de la información económico-financiera de la empresa con seguimiento puntual y regular de la actividad de la misma en cuanto a:

- Cumplimiento del plan de pagos.
- Seguimiento del plan de viabilidad.
- Propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones.
- Cumplimiento de la obligación de alimentos en su caso.
- Seguimiento del plan de continuación de la actividad profesional o empresarial propuesta.
- Cumplimiento del régimen de aplazamientos y/o fraccionamientos de los créditos de derecho público.

Cuestión diferente será, si esa información (en cuanto a supervisión) conlleva o no, cualquier efecto diferente al establecido para el supuesto de incumplimiento en el artículo 241.3 LC al que posteriormente nos referiremos.

Recientemente ha señalado el Tribunal Supremo²³⁸, respecto del Convenio en Concurso de acreedores, que el plan de pagos y el plan de viabilidad no forman parte del acervo referido al cumplimiento del convenio: *“...estamos de acuerdo con el recurrente [de] que el plan de pagos y el plan de viabilidad que acompañan las propuesta de convenio no son instrumentos aptos para alterar la obligación de entrega de las viviendas, pero sí el convenio aprobado por sentencia, dado su efecto novatorio (art. 136 LC) y su eficacia*

²³⁸ STS de 26 de marzo de 2015. Roj: STS 1295/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1295

cuyo límite subjetivo le alcanza al recurrente.” En la misma fecha, el Tribunal ha venido a señalar lo siguiente: *“El plan de viabilidad que el art. 100.5 LC exige en determinados supuestos, acompañar a todo convenio, es un documento especial con el fin de que la administración concursal pueda evaluar el contenido de la propuesta de convenio en todos aquellos casos en que se pueda contar con los recursos que genere la actividad económica que en el futuro desarrolle el concursado. Al propio tiempo sirve de información a los acreedores, al objeto de que puedan valorar las expectativas de cumplimiento del convenio. Es un documento que proyecta, de forma estimativa, los recursos necesarios para la continuación de la actividad económica del deudor, los medios de los que parte, así como aquellos otros necesarios para complementarlos, con el fin de obtener unos resultados que permita, según los flujos de caja, cumplir con los plazos estipulados en el convenio. Obsérvese que el plan de viabilidad sólo es obligatorio cuando se tenga previsto contar con los recursos que genere la continuación, bien sean propios bien sean de terceros. En este último caso, el apartado 5 del art. 100 LC se refiere a los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención, así como "los compromisos de su prestación por terceros". Lo que obliga, a su vez, a señalar las condiciones económicas de la prestación de los recursos por terceros, y que, de tratarse de créditos, se encomienda a las partes determinar en el convenio la forma de su satisfacción (párrafo segundo del apartado 5 del art. 100 LC). Al plan de viabilidad se refiere también la Ley Concursal en el art. 104.2, en el supuesto de propuesta anticipada de convenio por el deudor cuando, para dar cumplimiento al mismo, se presente un plan de viabilidad que contemple expresamente una quita o una espera superior a los límites previstos en el apartado 1 del art. 100 LC, que, en todo caso, deberá evaluar la administración concursal (art. 107.2 LC). También en caso de propuesta de convenio presentada por acreedores que representen una quinta parte del total pasivo del deudor resultante de la lista de acreedores (art. 113.1 LC), de ser admitida a trámite, se dará traslado de la misma a la administración concursal para que emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y "en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe". Por ello, el plan de viabilidad debe acompañar, en determinados casos, al convenio, pero no es necesario más que en los supuestos expresamente*

contemplado en la ley. El alto Tribunal, termina señalando que *debe colegirse sin dificultad que lo que se somete a votación para su aprobación o rechazo en junta de acreedores es la propuesta de convenio, al que se acompañará un plan de pagos y, en su caso, un plan de viabilidad. Pero el convenio y sólo el convenio es el que señalará las condiciones de resarcimiento y satisfacción a los acreedores. Es el único instrumento que procede votar, bien por el procedimiento escrito (art. 115 bis LC), bien en la junta de acreedores (arts. 121 y 124 LC); el que se somete a la aprobación judicial (art. 127 LC); el que puede ser impugnado, mediante oposición por las personas legitimadas (art. 1128 LC), sin que figure como infracción de normas o como causa de impugnación, referencia alguna al plan de viabilidad; y el juez, de oficio, puede rechazar (art. 131.1 LC), pero limitándose a cuestiones estrictamente formales, no porque pudiera interpretar a su modo la "inviabilidad" del plan.*"

Aunque no compartamos el referido criterio lo cierto es que la citada resolución, llevada al ámbito del artículo 238 LC en relación al AEP, conllevaría la misma apreciación y por tanto el hecho mismo de que el cumplimiento o incumplimiento se centrara en el contenido del Acuerdo y no en los instrumentos anexos que se someten a información para su aprobación.

Pero una cosa es el cumplimiento o incumplimiento y otra distinta el seguimiento por supervisión que la norma establece. En este caso entendemos que la supervisión se integra en la propia naturaleza del mediador preconcursal y por tanto diferenciando tres funciones esenciales:

- 1º. Control en el cumplimiento.
- 2º. Régimen admonitorio.
- 3º. Vigilancia a efectos de incumplimiento.

No debemos olvidar que al mediador corresponde instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia, para los supuestos de incumplimiento. Y que esto conlleva necesariamente que distingamos entre seguimiento del cumplimiento del acuerdo, por un lado, y supervisión a efectos del cumplimiento en donde el artículo 236.2 LC se refiere a la propuesta y a que esta incluirá un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento. Es por ello que el plan de pagos se contempla desde los recursos previstos para su cumplimiento y por tanto también en la supervisión de ello, sin perjuicio de que

efectivamente el cumplimiento o incumplimiento se determine desde el contenido y no desde esos instrumentos.

Más allá de ello, no parece que el mediador tenga ninguna otra función atribuida a efectos de ese cumplimiento; pero tampoco podemos imaginar que el propio acuerdo pudiera otorgar esa facultad dado que chocarían entre sí las funciones de ejecución y de supervisión de quien ejecuta lo que desnaturaliza la función superior atribuida inicialmente al mediador²³⁹.

Especial importancia tiene a nuestro parecer la función admonitoria que hemos señalado y que se sustenta sobre la base de nuestra normativa mercantil. Antes de ello hemos de señalar que el purismo mediador puede plantear problemas entorno a la capacidad de admonición y la naturaleza del mediador.

Ya hemos señalado que ese mediador en insolvencia lo es en sí mismo desnaturalizado dado que confunde funciones de negociador, mediador y posible administrador concursal en un concurso consecutivo. Dicho lo cual resulta que cuando nuestras normas hablan de supervisión en realidad se refieren a algo más que a una simple vigilancia o control. Así por ejemplo si hablamos de solvencia de entidades de crédito²⁴⁰ el régimen está previsto, entre otros, para garantizar el cumplimiento (en este caso de la normativa). Asimilando los supuestos del artículo 50 de la Ley 10/2014, esto conllevaría “supervisión y sanción”; en nuestro caso no existirá sanción sino simplemente el surgimiento de la obligación de solicitar el concurso consecutivo. Esa función de supervisión conlleva:

a) Recabar de las entidades y personas sujetas a su función supervisora, y a terceros a los que dichas entidades hayan subcontratado actividades o funciones operativas, la información necesaria para comprobar el cumplimiento, en este caso, del Acuerdo.

²³⁹ No es asimilable el supuesto a lo previsto para administradores concursales en el artículo 133.4 LC tras un convenio aprobado. En este se señala que con el previo consentimiento de los interesados, en el convenio se podrá encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna. No obstante entendemos igualmente que atribuir funciones de ejecución del Convenio y posteriormente su restablecimiento, en caso de incumplimiento, como administradores desnaturalizaría esta última función.

²⁴⁰ Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito

b) Requerir y comunicar las informaciones y medidas necesarias para el cumplimiento.

c) Llevar a cabo todas las investigaciones necesarias en relación con cualquier entidad o persona de las contempladas en el Acuerdo, cuando sea necesario para desempeñar su función supervisora. A estos efectos, podrá:

1. ° Exigir la presentación de documentos.

2. ° Examinar los libros y registros y obtener copias o extractos de los mismos.

3. ° Solicitar explicaciones escritas o verbales de cualquier otra persona a fin de recabar información relacionada con el objeto de una investigación.

d) Realizar cuantas inspecciones sean necesarias en los establecimientos profesionales del deudor y en cualquier otra entidad incluida en la supervisión.

No establece la norma la consecuencia jurídica de la imposibilidad de cumplimiento de sus funciones de supervisión por parte del mediador debido a la obstaculización o falta de auxilio del deudor o de los acreedores. Ni tampoco la asunción de gastos que todo ello debe conllevar lo que nos sitúa nuevamente en el campo de la especulación o del contenido del Acuerdo.

En relación a los gastos necesarios para el cumplimiento de sus funciones debemos estar inicialmente al contenido del acuerdo. De no haberse recogido nada en relación a esto los gastos prudentes deben ser asumidos por el propio deudor quien debería haber destinado una partida en el plan de viabilidad a estos efectos dado que se trata igualmente de tratar sobre el cumplimiento del acuerdo.

La discusión sobre este apartado podría motivar conflictividad jurisdiccional a tal efecto cuyo análisis de competencia y tramitación puede ser discutido.

En lo que se refiere al apartado de obstaculización la vía adecuada es igualmente el auxilio judicial (cuando no la solicitud de concurso consecutivo) volviendo a plantear problema la vía adecuada y competencia que podría situarse en este apartado en supuestos de diligencias preliminares del artículo 256 LEC.

Tampoco establece la norma nada en relación a la retribución del mediador por esta función. Las reglas generales de retribución parten del art. 233.1.2º LC cuando señala 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. El art. 242.2.2º LC señala a tal efecto que salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. Por lo tanto y en líneas generales la retribución del mediador conlleva también la de esta supervisión dado que uno de los elementos tomados en consideración es precisamente el éxito alcanzado.

3. Medidas de cumplimiento y posibilidad de ejecución del mismo.

Cuando se refiere al cumplimiento, el artículo 241.2 LC simplemente recoge que, si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. En relación a ello y conforme al art. 240 LC:

- Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente.
- El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado.
- Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.
- Los acreedores que no hubieran aceptado o que hubiesen mostrado su disconformidad con el acuerdo extrajudicial de pagos y resultasen afectados por el mismo, mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de aquellos.

- Respecto de los acreedores que hayan suscrito el acuerdo extrajudicial, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

Para el cumplimiento la norma prevé, como se ha dicho, un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. También se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no van a satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

La especial problemática sobre ello surge de la posibilidad – no prevista- de ejecución del citado acuerdo en virtud de una opción alternativa a los efectos que produce el incumplimiento.

Se trata, como hemos visto de un acuerdo extrajudicial formalizado en escritura pública y por lo tanto susceptible de ejecución en los términos previstos en el artículo 517 de la LEC. El apartado segundo de dicho artículo señala que son susceptibles de ejecución “[l]os laudos o resoluciones arbitrales y los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.” La norma nos remite, como vemos, a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Los artículos 25 y ss de dicha norma recogen esa posibilidad tanto nacional como transfronteriza (*cross border*).

El artículo 26 señala que la ejecución de los acuerdos resultado de una mediación iniciada estando en curso un proceso se instará ante el tribunal que homologó el acuerdo. Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esta forma y conforme a este precepto y apartado cuando el título sea un laudo arbitral o un acuerdo de mediación, será competente para denegar o autorizar

la ejecución y el correspondiente despacho el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo o se hubiera firmado el acuerdo de mediación.

La cuestión vuelve a complicarse por tanto, en cuanto a determinar si ese juez al que se refiere la norma es el juez de lo mercantil (recordemos que es al que se ha notificado la existencia del proceso mediador) o simplemente el juez de primera instancia. A partir de ahí también la nueva diferenciación establecida tras la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²⁴¹ y que atribuye en su artículo 85.6 (y paralelo artículo 45.2. b LEC) la competencia para el conocimiento de los procedimientos de persona natural no empresario a los juzgados de primera instancia.

Conforme a todo lo anterior tenemos que fijar: 1. La posibilidad de ejecución de dicho acuerdo más allá de los efectos y posibilidades del incumplimiento. 2. Si esa competencia está atribuida o no por conexión al juzgado al que se ha realizado la notificación de la existencia de ese proceso de mediación (mercantil o de primera instancia). 3. La problemática que a tal efecto, según se tome o no una u otra decisión, podrá generarse.

Que exista esa posibilidad de ejecución parece no ponerse, a la vista de lo señalado, en tela de juicio. Es posible esa ejecución del acuerdo siempre que se cumplan los requisitos señalados y por tanto también en los supuestos de acuerdo extrajudicial de pago. El artículo 240.1 LC señala que ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente. De ello se extrae que queda sujeto al propio acuerdo y por lo tanto no será posible realizar esa ejecución individualizada en virtud de título propio pero nada impide que se pueda producir el mismo desde el propio acuerdo escriturado. La exigencia de escritura pública cobra aquí su razón de ser más que en ningún otro supuesto que, como hemos visto, produce un efecto disuasorio para los acreedores. Y el artículo 239.2 afirma que “[l]a impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo”, lo que no solo debe entenderse a la ejecución voluntaria sino también a la forzosa o necesaria.

²⁴¹ «BOE» núm. 174, de 22/07/2015

A partir de ahí la regla general, aunque pese, será la ejecución por ante el juzgado de primera instancia del lugar donde hubiera firmado el acuerdo de mediación. Este lugar debería entenderse a partir de la escritura pública y no en el lugar en donde se haya realizado el mismo en reunión de acreedores. Así parece derivarse también de lo previsto, in fine, en el art. 239.1 LC cuando afirma que “[e]l deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado” y por tanto realizando una suerte de dispersión ejecutiva. Que exista esa posibilidad plantea problemas de ejecución en relación al acuerdo cuando pueda instrumentarse respecto de una o varias de las medidas o acuerdos (*agreements*) que en el mismo se hubieran tomado.

Es decir, existiría la posibilidad de ejecutar ese acuerdo por ante el juzgado de primera instancia del lugar donde se hubiere firmado y podría plantearse de forma parcial para cada uno de los pactos que resulten incumplidos y de forma sucesiva en el tiempo conforme los mismos se tienen que cumplir. Pensemos, por ejemplo, en la entrega de una vivienda que no se hace en tiempo y de la que se solicita la ejecución forzosa; una vez realizada la misma y transcurrido un año se produce un nuevo incumplimiento consistente en la entrega de otra vivienda a otro acreedor. ¿Debería conllevar esto una nueva ejecución del mismo acuerdo? Nuestra opinión es que se trata de un supuesto complejo, en donde el título ejecutivo se compone de diferentes pactos que se trasladan en el tiempo y de forma colectiva a un conjunto de acreedores y por lo tanto, será posible ese auxilio judicial en cualquier momento cuando no se produzca un incumplimiento total del acuerdo, en cuyo caso el efecto es distinto.

El artículo 241 LC distingue en sus dos últimos apartados el “cumplimiento íntegro” y el “incumplimiento”; en el primero hace referencia a que el acuerdo sea “íntegramente cumplido”, mientras que en el segundo no se refiere a esa visión integral. Desde ahí entendemos que un incumplimiento podría dar lugar a esa ejecución parcial del acuerdo en función del momento, del acreedor o del titular que a tal efecto pudiera estar legitimado para la misma.

La ejecución limitada a ese acuerdo, tiene trascendencia también en la “imposibilidad de ejecución” y la alternativa remuneratoria o resarcitoria que

podiera derivarse. Y consecuente a ello la afectación directa o indirecta que pudiera tener cualquier otra medida en el conjunto del acuerdo, en el plan de viabilidad o de pagos y en el resto de los acreedores. Partamos para este análisis de lo previsto en el artículo 717 LEC. A partir de dicho precepto resultaría que cuando se solicite la determinación del equivalente pecuniario de una prestación que no consista en la entrega de una cantidad de dinero, se expresarán las estimaciones pecuniarias de dicha prestación y las razones que las fundamenten, acompañándose los documentos que el solicitante considere oportunos para fundar su petición, de la que el Secretario judicial dará traslado a quien hubiere de pagar para que, en el plazo de diez días, conteste lo que estime conveniente²⁴². Esto podría afectar al propio contenido del acuerdo e incluso dar lugar a actuaciones estratégicas (*free rider*). No obstante entendemos que siempre estará abierta, para ese u otros acreedores la posibilidad de la declaración de incumplimiento y por tanto salvaguardado el derecho del conjunto colectivo.

Finalmente y conforme al art. 241.2 LC, si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal. No establece la norma una vía de impugnación específica a ello o un trámite previo de audiencia a los acreedores afectados. De esta forma estos se encontrarán directamente con la publicación en el Registro Público Concursal en un trámite en que solo se prevé la intervención del notario. Debemos acudir a lo previsto en el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal. En su artículo 13 y en el apartado cuarto del artículo 14 señala que la remisión la hará el órgano competente que ha conocido del citado acuerdo. En caso de su remisión por notario no existe un trámite de calificación; en el supuesto de remisión por el Registrador la consideración o no de esa declaración como calificación podría tener un cauce específico a efectos de impugnación de la calificación y por tanto de la posibilidad de los acreedores de atacar esa declaración de cumplimiento. Sin embargo no parece que la misma constituya una verdadera calificación del Registrador sino un mero trámite de remisión por simple declaración del propio

²⁴² La solicitud se sustanciará y resolverá del mismo modo que se establece en los artículos 714 a 716 para la de liquidación de daños y perjuicios

mediador. De esta forma la posibilidad abierta a los acreedores implicados en el acuerdo es la declaración de incumplimiento.

Sin embargo esta posibilidad, que es cierta, se nos antoja caprichosa en supuestos en donde ese incumplimiento no sea total sino parcial y por lo tanto la posibilidad de instar una oposición al cumplimiento que así se declara creemos es más conveniente cuando puedan quedar flecos o efectos que deban cumplirse íntegramente y que no afecten a la globalidad del acuerdo o no supongan un incumplimiento sustancial.

Las vías abiertas pueden ser dos: por un lado, un proceso declarativo ordinario que a tal efecto así lo declare; por otro, la posibilidad de un trámite incidental de forma análoga a lo previsto para la impugnación del acuerdo en el artículo 239 LC. Descartaríamos la vía ejecutiva dado que siempre es oponible, a la vista de dicho acuerdo y publicación, el cumplimiento como causa de oposición por la vía del artículo 556.1 LEC.

4. Incumplimiento y concurso consecutivo.

El artículo 241.3 LC solo establece una precisión al efecto: “*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*”. Desplaza por tanto la carga al mediador, al margen de la obligación, vs. art. 242 LC, de solicitar el concurso por el deudor en caso de insolvencia o imposibilidad de cumplimiento y de la posibilidad de concurso necesario por parte de los acreedores afectados. El apartado primero del artículo 242 LC señala, que 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 su incumplimiento. De esta forma, el incumplimiento abre esa triple posibilidad que deben ser distinguidos.

Como hemos señalado más arriba, cuando el legislador se ha referido al acuerdo cumplido, le introduce el adjetivo “íntegramente”; cuando se refiere al incumplimiento no hace ninguna referencia especial o particularidad. Pero dicho incumplimiento parte del acuerdo. El artículo 236 LC (al margen de los particulares no extensibles) señala, que la propuesta podrá consistir en: a)

Esperas por un plazo no superior a diez años. b) Quitas. c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

La primera cuestión a delimitar será, si la posibilidad de incumplimiento se prevé desde solo esos pactos o también está abierto a cualquier otro que bilateral, plurilateral o colectivamente se hayan podido establecer. Aunque los diferentes preceptos se vienen refiriendo al “acuerdo” como el previsto en el artículo citado, lo cierto es que el mismo recoge expresamente que *“[e]n ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente”*. De esta forma, se apertura la posibilidad de pactos de forma amplia, más allá de las limitaciones que para extensión de efectos se prevén en relación a ese concreto contenido. El incumplimiento del acuerdo por tanto, entendemos, podrá referirse a los contenidos tipificados o a cualquier otro que pudiera haberse recogido en el mismo. El problema se genera especialmente con los bilaterales que pudieran haberse establecido (e incluso plurilaterales), cuando afecten a uno o varios acreedores pero no al conjunto de los firmantes y desde luego no a los que no lo han firmado pero se les ha extendido por las mayorías recogidos. En estos casos, un incumplimiento del pacto no conlleva en sí un incumplimiento del acuerdo, sino de parte de este y en relación a concretas partes del mismo. Es por ello que, cuando el legislador habla de incumplimiento, lo hace desde la perspectiva del conjunto de pactos aplicables colectivamente y por ello solo a este. Y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar la declaración de concurso de acreedores en cualquier momento a la vista de esos incumplimientos sean colectivos, plurilaterales o bilaterales. Esto tendrá su incidencia en la calificación del concurso como consecutivo. Esos incumplimientos de pactos concretos, nos llevarán a la posibilidad antes señalada de ejecución (y por eso la misma), aún a pesar del

contenido del artículo 236 LC, en tanto señala, que ningún acreedor afectado por el acuerdo, podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del expediente y por tanto en cuanto sujeto al mismo. Por virtud del acuerdo extrajudicial, señala la norma, los créditos quedarán aplazados, remitidos o extinguidos conforme a lo pactado.

Al mismo tiempo, deberíamos considerar la diferencia entre incumplimiento sustancial o esencial del acuerdo y los que afecten a cuestiones adjetivas o no puedan considerarse como incumplimiento. El Tribunal Supremo²⁴³ ha señalado a estos efectos, que fuera del ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial, se aleja de la prestación debida, para centrarse en la satisfacción del interés del acreedor, en función de los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato, -ya expresa o conocida por ambas partes-, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Esta delimitación, permite establecer unas directrices, que se pueden sintetizar de la siguiente forma:

1) Mientras los incumplimientos prestacionales, quedan residenciados en el plano del incumplimiento de los deberes contractuales, de forma que ha de atenderse al desajuste o a la falta de ejecución, en cambio, la categoría del incumplimiento esencial, se fija en la satisfacción del acreedor y, por eso, su valoración e interpretación debe tomar, también en cuenta, la causa del contrato y su peculiar instrumentalización técnica a través de la base del negocio;

2) Esta diferenciación hace que, a la hora de valorar la trascendencia resolutoria del incumplimiento, también operen en planos distintos los tradicionales conceptos de “gravedad” y “esencialidad”, pues el primero queda enmarcado en el ámbito prestacional, y con relación a las prestaciones principales del contrato, de manera que solo el desajuste o la falta de cumplimiento de estas permite su resolución (no así cuando se trata de incumplimientos leves o infracciones mínimas); por el contrario, el segundo escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o

²⁴³ STS de 18 de noviembre de 2013. Nº: 638/2013.

totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado.

3) Como consecuencia, el régimen de incumplimiento esencial como incumplimiento resolutorio “no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria, ya que puede extenderse, al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de la obligaciones accesorias, de carácter meramente complementario”;

4) Por último, el incumplimiento esencial, también se proyecta como una “valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado”.

Sobre las anteriores bases debemos fijarnos entonces, que no existe un trámite de declaración de incumplimiento, como sí está dispuesto, en el juego de los artículos 140.2 y 142 LC para el convenio. Tampoco, una declaración judicial de cumplimiento, en tal sentido, más que el acta notarial que realiza el mediador.

Todo ello conlleva, bien la posibilidad de su discusión por ante los tribunales por vía declarativa ordinaria o incidental o, bien que la misma se referencie y se sitúe exclusivamente en la oposición por ante la solicitud de declaración de concurso de acreedores; en este último caso, partiendo de la distinción entre la solicitud voluntaria, la prevista para el mediador o la posibilidad de los acreedores; en principio y salvo la discutida naturaleza de la segunda, solo en esta última, existiría o existirá la posibilidad de oposición. Pero en tal caso la insolvencia que tiene su origen en el incumplimiento del acuerdo (es decir aquella que se extrae del mismo y de sus efectos y no por otras causas o razones), debe delimitarse en el conjunto de un análisis global y por lo tanto, no es posible que no pueda ser discutido en otros supuestos que no sean solicitud de concurso necesario. Es decir, que la solicitud de concurso basado en incumplimiento debe conllevar la posibilidad de discusión sobre dicho incumplimiento y por tanto, la falta de posibilidad de oposición,

conllevaría un efecto automático, que en modo alguno es comprensible desde cualquier lógica.

Visto así, es necesario acudir a las posibilidades ya descritas para delimitar el trámite adecuado:

- a) Por un lado, la solicitud de concurso en su tramitación necesaria, conlleva la posibilidad de discutir el cumplimiento sobre la base de la existencia de la deuda y los efectos previstos en el artículo 236 LC. Esto no ocurrirá en cualquier caso, en el concurso voluntario.
- b) Por otro, la declaración de incumplimiento no está prevista legalmente, como si lo está en la adicional cuarta, para los acuerdos de refinanciación.

A la vista de ello, la conclusión no puede ser otra, que la posibilidad de oposición en cualquier caso cuando derive del cumplimiento del acuerdo, es decir, cuando sea este incumplimiento el que nos lleve a la solicitud de declaración de concurso consecutivo. Y si bien, el problema se daría en la solicitud de concurso voluntario, lo lógico sería que no procediera su declaración automática (tampoco en el supuesto de solicitud del mediador), hasta que no fueran oídos al respecto aquellos que pudieran resultar afectados.

Si nos vamos al supuesto de persona natural no empresario, el artículo 242 bis 1.9º LC señala que, si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones. Es evidente que ese “informe razonado”, no es en sí mismo una solicitud, ni contempla todos los requisitos de la misma y que por lo tanto, deberá oírse a las partes implicadas a tal efecto. Es decir, que la insuficiencia de la ley, debe cumplir con la posibilidad de contradicción, sin cuya interdicción nos encontramos con serios problemas de inconstitucionalidad. En el ámbito europeo e incluso en el internacional, resultaría poco aceptable, un reconocimiento extranjero, precisamente por esta razón, y con ello la ejecutabilidad de las resoluciones quedaría en entredicho.

La norma afirma (art. 241.3 LC), que 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. Es por lo tanto presupuesto de esa presunción, que se haya incumplido el acuerdo y derivado de ello, la necesidad de poder discutir el cumplimiento conforme a las reglas establecidas más arriba. De igual forma, el 242.1 señala que, 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 su incumplimiento. Nuevamente, entre otros, el incumplimiento se convierte en razón esencial de esa declaración de concurso y por tanto, la necesidad de arbitrar un sistema de oposición o de declaración de incumplimiento en tal sentido.

Las consecuencias del incumplimiento, no están detalladamente reguladas en la norma concursal. Tal y como hemos visto, solo existe una presunción de insolvencia, en el supuesto en que sea el mediador el que solicite el concurso. No se trata de una facultad del mediador, sino de una carga que le impone la norma y por lo tanto, no conlleva una declaración (o simple declaración) subjetiva de incumplimiento, sino la necesidad de que el mismo esté realmente acreditado.

En relación a ello, y como hemos señalado, distinguiríamos como efecto de ese incumplimiento esencial, la necesidad de acudir al concurso de acreedores. En tal caso hemos de diferenciar:

1º. 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 (art. 241.3 LC). Como hemos dicho, no existe esta presunción en el resto de los supuestos.

2º. 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 su incumplimiento. (Art. 242.1 LC).

3º. En el supuesto de persona natural no empresario,, sujeta a un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pago por ante notario, si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones. El

concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación (art. 242 bis 1 9º y 10º LC).

4º. Un cuarto supuesto se deduce del anterior, partiendo de que solo está prevista la especialidad para el caso, en que no haya posibilidad de acuerdo en supuestos de persona natural no empresario y no en otros. En caso de incumplimiento, se deberá estar a las reglas generales.

5. Especialidades del Concurso Consecutivo.

5.1. Supuestos.

En primer lugar, hemos de señalar, que el concurso consecutivo es consecuencia de un acuerdo extrajudicial de pagos que, o bien (i) ha sido imposible, (ii) ha sido anulado o (iii) ha sido incumplido. El primer apartado del artículo 242 de la LC señala que, 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 su incumplimiento. Igualmente tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado.

Temporalmente la solicitud parte de varios supuestos:

- 1) En primer lugar, la previsión establecida en el último apartado del artículo 236, tras la convocatoria a la reunión de acreedores y la remisión del plan de pagos. En este caso se señala, que el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrido el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con las negociaciones los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente. Se exige por tanto, la solicitud, el trascurso del plazo y una mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo junto a la situación de insolvencia. La ley olvida, las posibilidades de mediación que se están desarrollando y por tanto, la debida y obligatoria labor del mediador

para reconducir la cuestión exigiéndole, un comportamiento y una carga excesivas en ese momento.

- 2) En segundo lugar, los supuestos de incumplimiento que se han tratado.
- 3) En tercer lugar, la posibilidad de que prospere una impugnación del acuerdo, que conlleve la anulación del mismo y por tanto también, esa solicitud.
- 4) Asimismo (art. 238.3 LC) si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que 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.

Las especialidades de su tramitación, parten del procedimiento abreviado previsto en los artículos 190 y 191 LC. Desde ahí, que los artículos 242 y 242 bis de la LC, introduzcan ciertas peculiaridades, en los concursos de empresarios (personas físicas o jurídicas) y no empresarios (personas naturales) respectivamente. En el primer caso se habla de “solicitud”; en el segundo se habla de informe razonado. De igual forma, podemos distinguir dos supuestos concretos:

- a) Especialidades derivadas de la tramitación de un concurso consecutivo, que es consecuencia de imposibilidad de acuerdo, anulación o incumplimiento del mismo en el caso de empresarios. Esto será aplicable también a personas naturales no empresarios salvo en el supuesto de imposibilidad de acuerdo que se sujetan específicamente a las reglas del art. 242 LC.
- b) Especialidades a aplicar, conforme al último precepto citado, a personas naturales no empresarios, cuando en su tramitación notarial resulte la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

No creemos que la norma haya querido hacer la distinción anterior, sino que más bien pretendía una regulación completa especial aplicable al supuesto del concurso de personas naturales no empresarios. De ahí el título del artículo 242 bis LC: “*Especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios*” ; y así lo recoge la Exposición de Motivos de la Ley

25/2015²⁴⁴ que la reforma: “*Por lo que se refiere a los acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el Título X de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, las modificaciones contenidas en esta Ley tienen por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal. Como elementos principales del nuevo régimen están la ampliación de su ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarios, regulándose además un procedimiento simplificado para éstas; la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes, lo que supone un avance frente al régimen de sometimiento voluntario vigente con anterioridad; y la potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, si el deudor es empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarios.*” Sin embargo el contenido de las normas nos lleva a otro resultado diferente, que es el que hemos distinguido.

5.2. Especialidades en el concurso consecutivo en general.

5.2.1. Legitimación.

La primera cuestión a tratar, es la “solicitud”, que necesariamente debe venir tras cualquiera de los supuestos que temporalmente hemos delimitado más arriba. Una solicitud de concurso exige, conforme al artículo 6 LC, que el deudor exprese su situación de insolvencia y presente determinados documentos. Si es acreedor o cualquier otro legitimado distinto del deudor, el artículo 7 nos dice, que deberá expresar en la solicitud, el título o hecho en el que de acuerdo con el artículo 2.4 (presunciones de insolvencia) funda su solicitud, así como el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo. Los demás legitimados, deberán expresar en la solicitud, el

²⁴⁴ Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social. «BOE» núm. 180, de 29/07/2015

carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

La norma, no exime al deudor de presentar todo lo relativo al artículo 6, si bien, parte de la existencia de un proceso extrajudicial de pagos para que el posterior concurso se considere consecutivo. Esta es toda la razón que la norma determina, habiendo añadido la última reforma del artículo 242, que se anexe una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación. De conformidad al artículo 231.1 LC, el deudor ya parte de una situación de insolvencia actual o inminente. Esto debe relacionarse con el artículo 5 bis LC, en tanto surge de una comunicación, que podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 y , formulada antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario. Asimismo la solicitud de un acuerdo extrajudicial y su admisión conlleva como efecto, que no se pueda solicitar el concurso necesario durante el plazo que dura el proceso (art. 235.5 LC). El deudor, deberá actuar bajo las premisas del artículo 6 y 184.2 LC, salvo que se trate de persona natural no empresario; en este último caso, la disposición adicional tercera de la Ley 25/2015 recoge que por excepción a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 184 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la representación por procurador no será preceptiva para el deudor persona natural en el concurso consecutivo.

Diferente a ello, es la exigencia que la norma impone al mediador. En este caso, el mediador tendrá la obligación de instar el concurso en tres momentos: 1. Cuando acreedores por mayoría, le comuniquen que no están dispuestos, en un determinado plazo, al acuerdo. 2. Cuando el acuerdo no sea posible. 3. Cuando se produzca el incumplimiento del acuerdo.

En estos supuestos, la norma lo recoge con dos verbos diferentes: *Solicitar e Instar*. El artículo 242 de la LC exige ahora, que si la solicitud de concurso la formulare el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación, que se registrarán, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V (de forma similar a la solicitud del deudor). A la solicitud formulada por el mediador concursal se acompañarán, además, los siguientes documentos:

a) El informe a que se refiere el artículo 75, al que se dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias.

b) En caso de concurso de persona natural, deberá, asimismo, pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación.

Cuando la solicitud la formule el acreedor tampoco se exime del cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 LC si bien el hecho mismo determinado en el incumplimiento del acuerdo exigirá que sea este el que lo fundamente. El apartado quinto del segundo del artículo 242 LC señala que, no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.

5.2.2. Administrador concursal.

Una de las peculiaridades más discutidas del proceso consecuente a la mediación es, el mantenimiento del mediador como administrador concursal. La regla segunda del artículo 242.2 LC señala que salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial.

En el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal. De esta forma, el mediador primero actúa como tal (o en la confusión mediación-negociación que recoge la norma) y posteriormente, en caso de acuerdo, en seguimiento del mismo con las funciones que hemos determinado. Finalmente y “salvo justa causa” el mediador se convierte en administrador advirtiendo la norma que a partir de ese momento dejará de regir

la confidencialidad que hace propia y genuina la función y responsabilidad del mediador.

Justa causa será entonces, no estar incluido en alguno de los supuestos del artículo 27 LC para ser administrador concursal o haber perdido tal condición, si bien partiendo de que dichos requisitos debió cumplirlos cuando fue nombrado mediador, como requisito previo para su inscripción en las listas. También lo será cualquier supuesto en donde pudiera existir conflicto de intereses a partir de dichas funciones o serios problemas de conciliar la mediación anterior y la confidencialidad anexa con la nueva función del administrador concursal.

No recoge la norma un procedimiento específico para su discusión, por lo que tendremos dos momentos: (i) por un lado la propia indicación que realice el mediador; (ii) por otra el trámite previsto en los artículos 32 y 37 de la Ley Concursal.

Al efecto de la retribución, el análisis de la norma parte no solo de las limitaciones que ahí se recogen, sino también de lo previsto en el reglamento de desarrollo del Estatuto de la Administración Concursal. En realidad el conjunto de la retribución, tal y como se construye, parte de que por la mediación y la administración concursal no podrá cobrar más cuantía que la que derive de aplicar el arancel del propio administrador concursal; lo que en definitiva supone, el cálculo de la retribución conforme a este y a partir de ahí, se descontarán las cantidades que hubiere cobrado como mediador, incluyendo tanto el mismo proceso de mediación, como el de seguimiento del acuerdo que finalmente resulte incumplido o anulado.

El nombramiento de administrador, sea o no designado el mediador concursal, se efectuará por el juez en el auto de declaración de concurso.

5.2.3. Efectos particulares derivados del proceso consecutivo.

Como efecto particular conviene citar, que el plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará- como dies a quo- desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de la petición del acuerdo extrajudicial de pagos. Fija la norma en este caso, un mayor plazo que el previsto en el artículo 72 LC, en tanto, desde la solicitud del expediente hasta

el concurso consecutivo podrán haber transcurrido cuanto menos cuatro meses y, en caso de incumplimiento, podríamos estar hablando incluso de diez años. Tengamos en cuenta, que se han extendido los supuestos temporales para el acuerdo y que en este caso (o en el supuesto de impugnación y posterior anulación) resultará que podrán haber transcurrido varios años y por ello una rescindibilidad que parece, cuanto menos, onerosa. La norma se preveía inicialmente para otros supuestos no superiores a tres años, si bien las últimas reformas han venido ampliando los contenidos del acuerdo y la extensión temporal sin tomar en consideración la citada norma. No obstante y en una incongruencia más del legislador, el dies a quo pasa a tener una extensión temporal anterior a la solicitud, dejando al margen las decisiones tomadas desde esa solicitud y hasta la efectiva declaración de concurso. No nos encontramos entonces con supuestos de rescisión y tampoco con supuestos postconcursoales del artículo 40.7 LC, por lo que la única posibilidad abierta es una interpretación del instituto conforme al derecho común, que también nos lleva a una contradicción con el último de los supuestos del artículo 71 LC.

En definitiva, permite planteamientos estratégicos importantes, que el legislador debe corregir y no ha tomado en consideración.

5.2.4. El informe.

La norma persigue rapidez y celeridad. Para ello recoge que, si el concurso es presentado por el mediador, éste debe cumplir con las funciones concursales con anterioridad al propio concurso, presentando con la solicitud el informe del artículo 75 LC -base esencial de la fase común-. El informe a que se refiere el artículo 75, se le dará la publicidad prevista en el artículo 95, una vez transcurrido el plazo de comunicación de créditos y previa incorporación de las correcciones que fueran necesarias. Si, por otro lado, el concurso es solicitado por el deudor o por los acreedores o cuando el administrador sea una persona distinta al mediador, el informe del artículo 75 deberá presentarse, en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos. En cualquier caso, los acreedores, podrán impugnar en el plazo establecido en el artículo 96 de la LC, el informe de la administración concursal, tramitándose la impugnación con arreglo a lo establecido en el artículo 191.4 LC.

Recordemos, que en supuestos de acuerdo previo derivado de la mediación, los acreedores firmantes deberán estar incluidos necesariamente en dicho informe. Y por otro lado, que en la calificación de créditos, el artículo 237 LC afirma que, los acreedores convocados por el mediador deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común.

Fracasada la negociación, limita el supuesto a que no haya acuerdo puesto que de haberlo, e incluso aunque no hubieran asistido, no quedan sometidos al imperio sancionador de la norma.

De igual forma, tendrán también la consideración de créditos contra la masa, los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84, tengan tal consideración y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos. A este respecto debemos ver la evolución de la norma, que partía de una redacción anterior más amplia y que ahora se reduce con referencia al artículo 84 LC.

Por otro lado, se refiere exclusivamente a los que *surjan en la tramitación del expediente*, lo que nos lleva a plantearnos si lo es, desde que se solicita o, desde que se admite, y en cualquier caso, dies a quem, hasta su conclusión. A la vista del artículo 235 LC, una vez solicitada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional pero será desde la presentación de la solicitud, cuando el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad. Por ello, parece referido a ese momento, y no a la admisión a trámite.

En cuanto al dies a quem, será de aplicación lo previsto en el artículo 238.2 LC, y por tanto en el momento en que se cierre el expediente, al margen de la impugnación y del transcurso del periodo que exista entre esa conclusión y la resolución final.

5.2.5. Propuesta de Convenio y/o liquidación.

El artículo 242 de la LC, persigue, que este procedimiento se tramite por el trámite abreviado. Sin embargo y a nuestro entender, mezcla conceptos en los supuestos de convenio o liquidación. Distinguimos por tanto:

- a) Si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación que se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los capítulos I y II del título V. La cuestión aquí es determinar, si el mediador concursal, tiene capacidad de presentar un convenio como tal entendiendo que este va a ser, salvo justa causa, también el administrador concursal y que la naturaleza del convenio supone un acuerdo entre el deudor y sus acreedores. Las opciones serían las siguientes:
 - a. Considerar que dicha propuesta de convenio, parte del deudor y por tanto y como consecuencia, que sea necesaria la interacción entre uno y otro para solicitar el concurso. Tiene poca razón de ser esta posición, en tanto la distinción realizada por la norma.
 - b. La segunda, es considerar que la ley ha querido darle también esta legitimación al mediador, lo que evidentemente amplía la prevista en la normativa a la que se remite y se concilia mal con las funciones e informes que finalmente debe realizar el mediador como administrador concursal. Pero parece ser esta, la previsión y distinción prevista en la norma. Pensemos por ejemplo, en el supuesto de solicitud del mediador con propuesta de convenio de un patrimonio y que finalmente no se produce el nombramiento como tal de administrador concursal que recae en una tercera persona. En este caso resultará entonces que se ha vinculado el concurso por un mediador que ha dejado de tener funciones en ese patrimonio.
 - c. De los dos anteriores se deriva la práctica imposibilidad por extrema dificultad de plantear una propuesta de convenio por el propio mediador cuando sea este el que solicite el concurso.

Ejemplo de ello puede ser también, la acomodación a las normas previstas para el mismo, en tanto el artículo 99 LC señala que toda propuesta de convenio, que podrá contener distintas alternativas, se formulará por escrito y firmada por el deudor o, en su caso, por todos los acreedores proponentes, o por sus respectivos representantes con poder suficiente.

- b) Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso. En estos casos ya no se otorga esa legitimación al mediador, que directamente se habrá convertido, salvo justa causa, en administrador concursal.

La norma señala además, que si se hubiere admitido a trámite la propuesta anticipada de convenio, se seguirá la tramitación prevista en el artículo 191 bis. En este caso, el supuesto es para la presentación de convenio por el deudor y su evaluación por la administración concursal, una razón más limitativa de la legitimación que antes hemos señalado.

En el supuesto de liquidación la norma señala que si el deudor o el mediador hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que se regirá por lo dispuesto en el Título V. Si no lo hubiera hecho el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación. El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación.

6. Especialidades del concurso consecutivo de personas naturales no empresarios derivado de la imposibilidad de acuerdo.

Las normas especiales del concurso consecutivo de personas naturales no empresarios se recogen en los artículo 242 y 242 bis de la LC, si bien este último fue expresamente añadido por las reformas del RD-Ley 1/2015 y la Ley 25/2015.

Mediante la introducción del art. 242 bis LC, se pretende una específica y especial intervención del notario en estos procedimientos, asumiendo una función de impulso que algunos quieren asemejar a la mediación.

La solicitud – en estos supuestos- del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos se realizará por ante notario, justificando quizás por ello, la derivación hacia estos, solo de esta clase de acuerdos, aun a pesar de lo ya señalado sobre la competencia en tal sentido.

Señala el precepto, que el notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, pudiendo designar, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor, un mediador concursal. El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días.

Aunque el precepto recoge especialidades, tanto para el procedimiento extrajudicial como para el concurso consecutivo, en relación a estas últimas es evidente que el mediador nunca será el notario por su propia incompatibilidad a la hora de estar incluido como administrador concursal.

Los dos últimos apartados del artículo 242 bis 1 LC recogen dos normas a considerar:

1º. Si al término del plazo de dos meses (desde la solicitud) el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones.

Lo anterior nos plantea nuevamente, si ese informe constituye una solicitud y si es necesario acompañar los documentos a que se refiere, y que hemos tratado, en el artículo anterior. En principio la norma solo exige un informe, lo que indudablemente nos lleva a considerar que será necesario tratar el mismo desde un punto de vista de solicitud de concurso necesario y que

esas conclusiones constituyen el elemento requerido del artículo 7 de la LC. No existe automaticidad en la declaración, sino en la apertura de la liquidación conforme recoge el siguiente apartado.

El citado informe tiene una naturaleza peculiar, en tanto a solicitud, pero también en cuanto a justificación de la situación de insolvencia y de los requisitos de exoneración y calificación (como vamos a ver) para el supuesto en que estos se den.

2º. El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación.

La apertura de la liquidación de forma automática nos lleva nuevamente a lo previsto en el artículo anterior, impidiendo con ello, que se presente propuesta de convenio por parte del concursado persona natural no empresario. No obstante será necesario previamente realizar el informe del artículo 75 LC y las impugnaciones que de ello se deriven.

Junto a lo anterior debemos considerar que la norma anterior exige del mediador que en caso de concurso de persona natural, deberá, asimismo, pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en los términos previstos en el artículo 178 bis o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación. El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación. En el caso de deudor persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez en el auto de conclusión de concurso declarará la exoneración del pasivo insatisfecho en la liquidación, siempre que se cumplan los requisitos y con los efectos del artículo 178 bis.

CONCLUSIONES:

I. Las continuas reformas que se vienen produciendo desde la Ley 14/2013 en la evolución de los supuestos de Acuerdos Extrajudiciales de Pago, suponen una necesaria adaptación a la realidad existente tras la crisis económico-financiera que comienza en 2008. Su adecuación al marco de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014 y el régimen denominado “segunda oportunidad” no debe verse sino como la necesidad de atender a las situaciones particulares de los pequeños empresarios y personas naturales desde la práctica y desde esa realidad. De todos ellos el régimen de exoneración de deudas aparece limitado, no obstante, en mayor medida que la que sería necesaria de cara a afrontar las peculiaridades propias de aquellos a los que se destina la norma. En nuestra opinión sería necesario dejar una mayor discrecionalidad a los tribunales para decidir en cada caso.

II. La regulación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos como instrumento de mediación en supuestos de insolvencia conlleva una firme voluntad del legislador, de dar a esta institución la naturaleza propia de la figura, si bien con matices híbridos derivados tanto de las funciones del mediador concursal como de la necesidad de un mínimo control jurisdiccional.

III. Defendemos la aplicación supletoria relativa y subsidiaria de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles en los supuestos de Acuerdos Extrajudiciales de pago. Y lo hacemos desde la inicial remisión que realiza el artículo 233 de la LC a la citada norma en materia de condición de mediador concursal y por tanto a los principios que deben regir su actuación. Pero también lo hacemos desde la necesaria vinculación que en ello establece el RDL 980/2013 a los efectos de registro y formación de mediadores con carácter general. De igual forma entendemos, que esos principios y bases propias de la mediación general conllevan (aún a pesar del carácter híbrido de la mediación en supuestos de insolvencia), que sea posible introducir en el proceso de mediación concursal y en el régimen particular de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago, elementos propios definidos en la citada norma (de

aplicación a asuntos civiles y mercantiles); pues en aquella, parten esencialmente de la voluntariedad y de la autocomposición y nada impide que los mismos puedan ser igualmente introducidos en el régimen imperativo secuencial previsto en la norma concursal para los acuerdos extrajudiciales de pago; y todo ello con respeto a un expediente que el legislador ha querido dibujar imperativamente, pero flexible a la incorporación de fases o instrumentos que respeten aquella. La posición contraria, dejaría huérfanos de regulación, importantes episodios, figuras y trámites que contradicen el espíritu de ambas normas y de la propia naturaleza de la mediación.

IV. El proceso de mediación en supuestos de insolvencia para alcanzar un Acuerdo Extrajudicial de Pagos, es un todo en conjunto que implica, para el mediador, necesariamente tomar en consideración tanto los hitos previstos legalmente (convocatoria, reunión, acuerdo, seguimiento y control, solicitud de concurso), como la utilización de las técnicas y herramientas previstas y desarrolladas doctrinalmente para ello. La compatibilidad de los modelos de mediación con el propio proceso extrajudicial, constituyen entonces, un conjunto que el mediador deberá considerar y adecuar en el trámite previsto legalmente. El proceso de mediación concursal, es por tanto un conjunto de normas, métodos y modelos que el propio legislador ha previsto tanto por la denominación de la figura, como por su configuración de carácter híbrido (dándole también naturaleza de negociador o de control) y la necesaria capacitación que al respecto el mediador concursal ha de tener. Su razón de ser extrajudicial consiste por tanto, en la conciliación entre lo procesalmente previsto y lo consustancialmente propio de la figura.

V. Entendemos que la regulación del ámbito (subjetivo y objetivo) que prevé el artículo 231 de la Ley Concursal no viene limitado necesariamente por una situación de insolvencia (actual o inminente), sino por una situación de *distress* y por tanto, incluyendo cualquier supuesto de previsión de insolvencia o de pretensión de reestructuración o refinanciación, al objeto de impedir una situación concursal.

De igual forma creemos, que la limitación existente, respecto de las personas jurídicas con remisión al artículo 190 de la LC y a los concursos que no revistan

especial complejidad, no supone tampoco una limitación a los mismos, sino la aceptación de cualquiera de los supuestos que se desarrollan en el citado precepto.

Por último consideramos, que aún a pesar de la última reforma de los preceptos que regulan los Acuerdos Extrajudiciales de Pago y la necesidad de contar con todos los acreedores (salvo públicos) en el mismo, no impide que finalmente el acuerdo pueda afectar selectivamente a un grupo o a grupos de acreedores, como modelo de Acuerdo Selectivo Extrajudicial de Pagos.

VI. Consideramos, que establecer un sistema en donde rija un régimen basado en formularios, puede ser interesante no solo para conseguir celeridad en la tramitación de estos asuntos, sino para dar seguridad a los operadores jurídicos y a los ciudadanos y ciudadanas.

VII. Entendemos, que el régimen preconcursal previsto, tramitado ante Notarios, Registradores y Cámaras de Comercio, adolece de una regulación propia, que permita al solicitante acudir a las vías de impugnación o de recurso (necesariamente jurisdiccional) ante supuestos casuísticos abundantes como la inadmisión del mismo, la disconformidad, la no aceptación del mediador, la calificación que pudieran hacer dichos órganos, etc. Es necesario a tal efecto, que se complete la normativa con un régimen de control jurisdiccional de todas esas fases, que concilie la celeridad con la seguridad necesaria y unificación de criterios.

VIII. Defendemos la posibilidad, más allá de la solicitud de declaración de concurso, de ejecución del Acuerdo alcanzado y la necesidad de completar la normativa, a los efectos de que pueda ser el mismo juez al que se ha notificado el proceso el que pudiera, desde una visión global, solventar funcionalmente todas las cuestiones que al respecto pudieran plantearse para el cumplimiento o incumplimiento del acuerdo.

IX. A nuestro entender las especialidades del concurso consecutivo aportan poco a la celeridad que pretende el legislador en la tramitación de estos procesos, cuando irremediablemente se declara el mismo. Como supuesto de

incumplimiento entendemos necesaria una regulación más específica y propia, que distinga una verdadera clase de concurso (al margen del ordinario y del abreviado), con normativa procesal propia que realmente se adecúe a las exigencias previas de la tramitación preconcursal y las particularidades propias del deudor, en función de que se trate de persona jurídica, persona natural empresario o no empresario.

X. Entendemos que el Acuerdo Extrajudicial de Pagos incumplido y así declarado, no deja de surtir efectos por ese mismo hecho o por la declaración de concurso del deudor. Al contrario, consideramos que el mismo mantiene su vigencia, y el impacto que concursalmente tenga, deberá determinarse conforme a las reglas generales de los contratos, que la normativa concursal establezca y las particularidades propias que le sean aplicables.

BIBLIOGRAFIA.

AGÜERO ORTIZ, A., «El mediador concursal como administrador extraconcursal», en *Diario La Ley* 94/2014, p. 19.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, Textos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, p. 78.

ALCOVER GARAU G, «Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos» *Diario La Ley*, Nº 8327, 2014.

ÁLVAREZ SACRISTÁN, I., «Aproximación a la mediación prejudicial que viene», *Diario La Ley*, núm. 7088, 8 de enero de 2009, p. 3.

BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER, J. P. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Barcelona: Granica, 1996.

BELLOSO MARTÍN, N. «Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Revista electrónica de Direito Processual*, vol. II., 2013.

BĚLOHLÁVEK, ALEXANDER J., *Arbitration, ordre public and criminal law*, Vol. I, Taxon, Ukraine, 2009, p. 437.

BERNAL SAMPER, T., «Conferencia marco: la mediación como alternativa extrajudicial», AA. VV., *Mediación: una alternativa extrajudicial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 1995, p. 13.

BERGER. *Private dispute resolution in international business*, vol. II Handbook, 2ª ed., Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2009, pp. 38-40.

BLANCO, L., *110 puntos de reflexión en torno al acuerdo extrajudicial de pagos*, en Guías de Actuación Profesional, Refor, nº1, 2004.

BLANCO CARRASCO, M., *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Madrid, 2009, pp. 12-13

CABANAS TREJO, R., «Algunas cuestiones notariales y registrales del acuerdo extrajudicial de pagos» en Diario La Ley, Nº 8285, 3 de abril, 2014

CABANAS TREJO, R., y BALLESTER AZPITARTE, I., «El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Segunda Parte)». <https://boletinjuridico.wordpress.com/2015/03/04/nuevo-regimen-legal-de-la-exoneracion-del-pasivo-concursal-y-del-acuerdo-extrajudicial-de-pagos-segunda-parte/> 2015

CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto. *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. 536 p.

CALAMANDREI. P., *Instituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo código*, Podova, 1943, pp. 209 y 214.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C. y MATUD JURISTO, M., «La mediación en asuntos civiles», en J. Rodríguez-Arana Muñoz, M. De Prada Rodríguez (dirs.), *La mediación: Presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, La Coruña, 2010, p. 117.

CAMPUZANO, A.B., «El derecho de insolvencia. El acuerdo extrajudicial de pagos», en *El derecho de la insolvencia. El concurso de Acreedores* (CAMPUZANO, A.B y SANJUÁN Y MUÑOZ E, dirs). Tirant 2015. p. 53.

CARAZO GONZÁLEZ, I. y DOMÍNGUEZ RUIZ, G. «Modificaciones en la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, introducidas por la Ley 14/2013, de 27 de

septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», en *Revista Ceflegal*. CEF, núm 155, diciembre 2013, p. 42.

CARNELUTTI, F., *Sistema di Diritto processuale civile*, tomo I, núm. 14, 1936. p. 55.

CARRASCO PERERA, A.

- «Los nuevos Mediadores Concursales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872/2013, pág. 3
- «Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento europeo de insolvencia: el caso español» en *Análisis GA&P* | Septiembre 2015
- «El mecanismo de “segunda oportunidad” para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: Realidad y mito», Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha. 2 de marzo de 2015

CASO SEÑAL, M., «Mediación. Signo distintivo de Europa» en *Diario La Ley*, núm. 7046, 2008.

CASTAÑO GIRALDO, J. I., «Por qué son mal llamadas las justicias alternativas: La mediación un mecanismo adecuado de tratamiento de conflicto» en *¿Qué tan alternativas son las justicias alternativas?*, Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal, Universidad de Medellín, 2007, p. 72.

CASTILLEJO MANZANARES, R., «La figura del mediador concursal en el Acuerdo Extrajudicial de Pagos», en *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, Santiago de Compostela, 2013. www.ceej.es

CONFORTI, F., «La mediación en España. Edición 2009» en [http://www.mediate.com/articles/la mediacion en espana 2009.cfm](http://www.mediate.com/articles/la%20mediacion%20en%20espana%202009.cfm)

DE LA VEGA-JUSTRIBÓ, B. «Mediación civil y mercantil: la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y la Jurisprudencia del Tribunal

Supremo sobre mediación. Cuestiones de la mediación concursal». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 733, 2972-2999, 2012.

CONSTANTINO, Cathy y SICKLES, Christina. *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos*. Traducción de la primera edición por Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Granica, 1997, p. 380.

DE VIVERO DE PORRAS, C., y LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M. «La Mediación civil y mercantil: ¿una alternativa a la jurisdicción?». En: *Cronus jurídico*. Editorial Jurídica Sepin. Artículo Monográfico. Junio 2012 SP/DOCT/16716.

DIAZ MARTÍNEZ, M.,

- *El proceso concursal*. Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014.
- Pre-Insolvency Proceedings of the Extra-Judicial Payment Agreement

DIEZ, F. y TAPIA, G.,

- *Herramientas para trabajar en mediación*, Ed. PAIDOS IBERICA, 1999.
- «Mediación familiar en rupturas conflictivas». Madrid: Editorial Reus, 1999.

DUPUIS, J. C., *Mediación y conciliación*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pP. 33 a 35.

ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M., «La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro», 15 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, p. 196

ESTUPIÑÁN CÁCERES, R., «Exoneración de deudas y "fresh star". Ley concursal y Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de

2014», en Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, ISSN 1698-4188, Nº. 22, 2015, pp. 393-405.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia», en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 19, 2005, pp. 56-58.

FISHER, R Y URY. W., *Getting to yes, negotiating agreement without giving in*. Houghton Mifflin Company. Estados Unidos, 1981.

- FISHER, Roger; URY, William y PATTON, Bruce. *Obtenga el sí, el arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 1996. 214 p.

FISS, O.M., «The Social and Political Foundations of Adjudication», *6 LAW & HuM. BEHAV*, 1982, pp. 121 y ss.

GALLEGO, E., «La mediación concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, 2014, 2846 ss.

GARCÍA VILLALUENGA, L.,

- *Situación de la mediación familiar en España: detección de necesidades, desafíos pendientes*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Información Administración y Publicaciones, D.L. Madrid, 2007.
- «La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles», <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediaci%C3%B3n.pdf>

GIMENEZ ROMERO, G., «Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural», en *Migraciones*, núm. 10, diciembre de 2001.

HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ Gladys. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 435.

GÓRRIZ LÓPEZ, C., «Acuerdo extrajudicial de pago», en Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 136-161. <http://hdl.handle.net/10016/21077>

HAYNES, J. M., *Fundamentos de la Mediación Familiar*, GAIA Ed., Madrid, 1993, pp. 48 a 54, 12 y 13.

HERRERO PEREZAGUA J, «Procedimiento abreviado», *Enciclopedia de derecho concursal*. Aranzadi, 2012. p. 2436

HIGHTON, E. y ALVAREZ, G., *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires, Ad hoc, 1995. (Procedimiento y encuadre general), pp. 231 y ss.

HOYOS ALARTE, F. y VIANA ORTA, I., «La mediación como herramienta de trabajo», http://www.stes.es/salud/La_violencia_en_el_trabajo/mediacion.pdf

JARES, X. R., *Educación y conflicto*, Ed. Popular, Madrid. 2001

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», en *Diario La Ley*, Nº 8225, de 9 de enero de 2014.

MAGRO SERVET, V., «La mediación civil y mercantil: Ante la última oportunidad en la resolución extrajudicial de los conflictos» en *Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Nº. 158, 2014, pp. 5-44.

MARTÍ MINGARRO, L., «La mediación civil y mercantil en la nueva ley 5/2012, de 6 de julio», en *Revista jurídica de Castilla y León*. N.º 29, 2013.

MEJÍAS GÓMEZ, J.F., *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, El Derecho Editores, 2010, p. 27.

MERINO ESPINAR, B., «Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el registro de la propiedad» en www.notariosyregistradores.com, 2014.

MERINO MERCHÁN, J. F. y CHILLÓN MEDINA, J.M., *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 213.

MILIA, Fernando. *El conflicto extrajudicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. 260 p.

MUNDUATE JAVA, L., «La aproximación psicosocial al estudio del conflicto y la negociación laboral en España: una revisión». *Revista Anual de Psicología*. Volumen5.Suplemento.

<http://www.unioviedo.es/reunido/index.php/PST/article/view/7193>.

MUNUERA GÓMEZ, P., «El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas» *PORTULARIA VOL. VII, Nº 1-2*. 2007, pp. 85-106.

MUÑOZ, P., «El proyecto de Directiva europea sobre mediación», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Nº 5, 2005.

NADER, L., «The ADR Explosion-The Implications of Rhetoric in Legal Reform», 8 *WINDSOR Y.B. ACCESS TO JUST*, 1988, pp. 269 y ss.

NIERENBERG, Gerard. *El negociador completo*. Pamplona: Espasa-Calpe, 1991. 339 p.

NUÑEZ RODRIGUEZ, E., «Acuerdo extrajudicial de pagos», en <http://www.ngrabogados.com/acuerdo-extrajudicial-de-pagos/2015>

O'CALLAGHAN X. *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Parte General, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, pág. 101.

ORTIZ HERNANDEZ, A. «Concurso de acreedores de persona física, freshstart y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», en Diario *La Ley*, N° 8172, pág. 13.

ORTUÑO, P.

- «La mediación: una respuesta de los profesionales del derecho a la crisis de la justicia» <http://www.pascualortuno.com>
- «Apuntes sobre la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación civil y mercantil» *Anuario de la Mediación*, nº 1. Editorial REUS. Madrid, p. 10.
- «Artículo 1. Concepto», *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (Dir. CASTILLEJO MANZANARES, R). Valencia, 2013 p. 21-29.

OVALLE FAVELA, J., *Teoría general de proceso*, 4ª ed, México, Oxford University Press, 1998, p. 26.

PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, 2005

PASTOR SEMPERE, M.C., «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 21, 2014

PIMENTEL, M., *Resolución de Conflictos. Técnicas de Mediación y Negociación*, Plataforma Ed., 2013, pp. 65 a 70.

PONS ALBENTOSA, L., «El mediador concursal. Una figura introducida con la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización», <http://www.elderecho.com/mercantil/mediador_concursal-ley_14-2013-apoyo_a_los_emprendedoresinternacionalizacion_emprendedores_11_609055002.html>.

PRATS ALBENTOSA, L., «Ley de emprendedores: del emprendedor de responsabilidad limitada a los apoderamientos electrónicos», *Diario La Ley*, 7 al 13 de octubre de 2014, p. 4.

PULGAR EZQUERRA, J.,

- *Implicaciones concursales de la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Especial emprendedores, las leyes que los apoyan*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, apartado III-3 (www.laley.es).
- «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad», en *Diario la Ley*, núm. 8141, 4.9.2013, 13/18;
- «Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos y ley de emprendedores», en *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 20, 2014.

REDORTA, Josep. *Cómo analizar los conflictos. La tipología de los conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós, 2004. 345.

RIDAO RODRIGO, S.,

- «Análisis pragmalingüístico de resoluciones de conflictos: las mediaciones laborales», *Propuestas de investigación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería. 2008.
- « ¿Es necesaria la mediación intercultural? Una aproximación desde el contexto comunicativo » en *Revista Migraciones*, Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, de la Universidad Pontificia Comillas, núm. 26, 2009, pp. 147 a 170.

ROBBINS, S., *Comportamiento Organizacional. Conceptos, controversias y aplicaciones*. Ed. Prentice Hall, 1993, p. 474

RODRÍGUEZ-CONDE, C.,

- «El Acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal aprobados por la Ley de emprendedores de 2013» en *Revista jurídica de Catalunya*, 112, 919-953, 2013.
- *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*. Ed. Bosch, 2014, pp. 886.

ROGERS, CATHERINE A., *The vocation of the international arbitrator*, 20 *Am.U.Int'l. Rev.*, 2005, pp. 957 y ss.

RUBIN, Jeffrey. "Conflict from a psychological perspective". En HALL, Lavinia (ed.). *Negotiation: Strategies for mutual gain*. California: SAGE publications, 1993. p. 123-137.

SANER, Raymond. *El experto negociador*. Barcelona: Gestión 2000, 2003, p. 281.

SAN CRISTÓBAL REALES, S., «Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil», en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, pp. 39 a 62.

SÁNCHEZ CALERO, J., "El acuerdo extrajudicial de pagos", *ADC*, núm. 32, pp. 17 y 18

SANER, R. *El Experto Negociador*. Gestión 2000. Barcelona, 2003.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.,

- «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia» en *Diario La Ley*, nº 8230, 2014.

- «Acuerdos selectivos extrajudiciales de pagos (ASEP)» en *Diario La Ley*, nº 8713/2013.
- «El consorcio de compensación de seguros en la administración del concurso de entidades aseguradoras» RDCP, Nº. 2, 2005, pp. 147-167.
- «La mediación concursal en supuestos de entidades aseguradoras y reaseguradoras. Una nueva posibilidad abierta tras la Ley 20/2015», en *Diario La Ley*, Nº 8629, 2015.

SANZ-ACOSTA, L., «El acuerdo extrajudicial de pagos de la Ley de Emprendedores», En *Actualidad civil*, 12, 2013.

SENES MONTILLA C., «El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores?», en *Revista de Derecho Civil* vol. I, núm. 1 Estudios, 2014, pp. 49-68

SENES MONTILLA, C. y CONDE FUENTES, J. (2014) «Implicaciones procesales de la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Ley 14/2013, de 27 de septiembre». *Revista General de Derecho Procesal*, 32, p. 12.

SINGER, LR., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresariales, familiares y legales*, Paidós, Buenos Aires. p. 33.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M., *Mediación y Solución de conflictos* Ed. Tecnos, Valencia, 2007.

SOUTO GALVÁN, E., *La mediación: un instrumento de conciliación*. Dykinson.2010.

SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós, 1996.

THOMAS, K. W., «Conflict and negotiation processes in organizations», M. D. Dunnette & L. M. Houg (eds.), *Handbook of Industrial and Organizational*

psychology, vol. 3, 2.ª ed., Palo Alto, CA, Consulting Psychologist Press, 1992, pp. 651 a 717.

TORRES ESCÁMEZ S. «Pasado, presente y futuro de la mediación como sistema de solución de conflictos», en El notario del siglo XXI, *Revista on-line del Colegio Notarial de Madrid*, nº 32, 2010

VARGAS PAVEZ, M. «Mediación obligatoria: algunas razones para justificar su incorporación», *Rev. Derecho* (Valdivia), dic. 2008, vol.21, no.2, p.183-202.

WARE, STEPHEN J., *Alternative Dispute Resolution (Hornbook Series and Other Textbooks)*, West, New York, 2001, pp. 22 y ss.