

La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley Concursal.

BIB 2014\3141

Rafael, Rojo Álvarez-Manzaneda. Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Granada

Publicación:

Revista de Derecho Bancario y Bursátil num.135/2014

Centro de Documentación Bancaria y Bursátil

1. La regulación del acuerdo extrajudicial de pagos en un contexto de crisis

La actual coyuntura económica ha tenido su inevitable reflejo en el ámbito jurídico. Un alarmante número de deudores se ha visto y se ve imposibilitado a afrontar sus obligaciones de forma sobrevenida y ajena a su voluntad, a causa de diversos factores tales como una creciente tasa de paro y la dificultad de acceso al crédito, entre otros. Y ello ha llevado a la búsqueda de soluciones que permitan hallar un equilibrio entre los intereses de los acreedores, de los deudores (buena parte de los cuales ven comprometido no sólo su patrimonio y futuro profesional o empresarial, sino incluso el personal, enfrentándose a un manifiesto riesgo de exclusión social) y del sistema económico en su conjunto (para el que resulta esencial salvar e impulsar el tejido empresarial, seriamente menoscabado en estos últimos años).

De un lado, ello ha supuesto un impulso y revisión de fórmulas negociales preexistentes (a título ilustrativo, pensemos en el resurgir de la dación en pago o en la reciente y controvertida aplicación jurisprudencial de la doctrina *rebus sic standibus*). Por otro lado, ha dado lugar a la introducción en nuestro ordenamiento de nuevas fórmulas, ensayadas en el derecho comparado y orientadas a la salvaguarda del deudor, a brindarle una segunda oportunidad (es el caso, destacadamente, de la remisión de deudas consagrada en la LC a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹ y, más recientemente, del Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial²).

¹ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

² BOE núm. 58, de 8 de marzo de 2014.

Junto a todo ello, la actual coyuntura económica ha supuesto un impulso para la búsqueda entre deudores y acreedores de soluciones negociadas y extrajudiciales, sin los costes económicos, temporales y personales propios de una solución judicial. Buena prueba de ello la encontramos no sólo en la regulación de la mediación civil y mercantil contenida en la Ley 5/2012, de 6 de julio³, sino sobre todo en la reciente introducción, en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁴, de un nuevo procedimiento extrajudicial llamado a que el deudor alcance un acuerdo de pago con sus acreedores, en el que podrá lograr la quita y espera de sus deudas dentro de los límites legalmente establecidos, a fin de evitar su inminente insolvencia y la consiguiente declaración de concurso, y en el que se centrará nuestra atención.

³ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁴ BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

Se trata de una de las medidas introducidas por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta Ley tiene como objetivo acometer una serie de reformas que sirvan de contrapunto a la grave y larga situación de crisis económica que atraviesa España y a sus consecuencias sociales. Como destaca en su Preámbulo, entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas en España, más del 99,5 por ciento de ellas con menos de 20 asalariados; habiendo provocado una caída de más del 30 por ciento del número de empresarios de 15 a 39 años. Frente a lo cual, se hace preciso acometer reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica, que busquen soluciones no meramente coyunturales, sino llamadas a fortalecer el tejido empresarial en España de forma duradera⁵.

⁵ Aunque esta Ley supone un destacable avance en este sentido, la doctrina se ha mostrado muy crítica con respecto a la misma, tanto por la tardanza con la que se ha intervenido legislativamente en la materia, tras más de seis años de crisis, como por el carácter restrictivo de las medidas adoptadas (en este sentido, vid. Fernández Seijo, J.M., «Legislar a *contra coeur*. La incidencia de la Ley de apoyo a los emprendedores en el procedimiento concursal», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2013).

Con este propósito, la Ley 14/2013 parte de un análisis de las características de nuestro tejido empresarial, del que infiere sus principales problemas. Entre ellos, y en lo que ahora nos interesa, destaca la importancia de disponer de un entorno normativo e institucional que incentive y facilite el desarrollo de actividades empresariales; así como la necesidad de impulsar canales de financiación, tanto bancarios como no bancarios, que contribuyan a suavizar los efectos negativos sobre las empresas que se derivan de la restricción en el crédito y la consiguiente dificultad para acceder a la financiación a la que se enfrentan las empresas.

Precisamente, con este objetivo, el Capítulo V de la Ley, bajo la denominación de «Acuerdo extrajudicial de pagos», consagra un mecanismo de negociación extrajudicial de las deudas de los que la Ley califica como emprendedores⁶, cuyo impulso se confía a una figura también de nueva introducción en nuestro ordenamiento jurídico, a la que la Ley denomina como mediador concursal.

⁶ El concepto de emprendedor es más amplio que el de comerciante o empresario, abarcando tanto al profesional, como al denominado fiscalmente como trabajador autónomo (vid. *infra*).

2. El acuerdo extrajudicial de pagos

Bajo esta denominación, la Ley 14/2013 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la reforma de la Ley Concursal, un nuevo mecanismo de negociación extrajudicial de deudas, del que podrán valerse aquellos deudores que reúnan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos en la Ley, orientado a evitar la declaración de concurso y desjudicializar la situación de insolvencia⁷.

⁷ Es un hecho estadísticamente constatado que en nuestro país, la gran mayoría de concursos termina en liquidación (vid. CGPJ, «Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales-Datos desde 2007 hasta tercer Trimestre de 2013», disponible en). A ello contribuyen diversos factores, tales como la criticable práctica de acudir al concurso cuando ya es demasiado tarde; la estigmatización del deudor que a menudo resulta de la mera declaración del concurso, provocando la huida de proveedores y clientes; la lentitud de los procesos, agravada por el colapso de los tribunales en los últimos años, etc.

Destaca el legislador en el Preámbulo de la Ley 14/2013 que el análisis del Derecho comparado aconseja articular esta fórmula a través de un procedimiento muy flexible, temporalmente ágil y de carácter extrajudicial. A tal fin, la Ley prevé su tramitación en unos brevísimos plazos, bajo la supervisión del Registrador Mercantil o el Notario, quienes, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente (el denominado como mediador concursal) que impulse el acuerdo y supervise su cumplimiento, y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicidad, del procedimiento primero y, en su caso, del acuerdo alcanzado, después a fin de procurar que lleguen a buen término los fines perseguidos por el mismo.

La responsabilidad del impulso de los trámites del procedimiento regulado en la Ley se encomienda a una figura también de nueva creación, denominada como «negociador» en el Preámbulo de la Ley y como «mediador concursal» en su articulado. En particular, convocará a los acreedores del deudor a una reunión, previo avance de una propuesta de plan de pagos; velará por el cumplimiento del acuerdo, una vez alcanzado; y se incluye entre los legitimados para promover la declaración de concurso, en caso de frustración del proceso extrajudicial o de incumplimiento del acuerdo.

El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata su incumplimiento. En estos casos, salvo que el deudor no se encuentre en situación de insolvencia, se verá abocado al concurso que trataba de evitar a través del procedimiento extrajudicial. Concurso al que la Ley califica de consecutivo, que se abrirá necesaria y simultáneamente en fase de liquidación, con las especialidades establecidas en la Ley (art. 242 LC).

Veamos, pues, los presupuestos, fases y consecuencias de este procedimiento.

2.1. Presupuestos de la solicitud por el deudor de un acuerdo extrajudicial de

pagos

El nuevo procedimiento extrajudicial deberá ser incoado por el propio deudor ante el Notario o Registrador Mercantil competente⁸. Pero, no todo deudor podrá valerse de este procedimiento. La Ley delimita, tanto en sentido positivo como negativo, qué deudores, y con qué presupuestos, podrán valerse de este procedimiento, siendo preciso que concurren en ellos los presupuestos objetivos y subjetivos que establece el art. 231 LC.

⁸ Vid. *infra*.

Por lo que se refiere a la delimitación en sentido positivo de aquellos deudores que podrán valerse de este acuerdo, la Ley se refiere, en primer lugar, a las personas físicas que tengan la condición de empresario⁹, pero adoptando un concepto amplio en el que tienen cabida no sólo quienes reúnen tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino también a quien ejerza actividades profesionales o tenga aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos¹⁰. Junto a este requisito subjetivo, habrán de concurrir ciertos presupuestos objetivos: que el deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Concursal¹¹ o prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones y, además, aporte balance que justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros.

⁹ Critica la confusión terminológica que provoca la Ley entre «empresario» y «emprendedor», Pulgar Ezquerro, «Refinanciaciones de deuda, emprendedores y segunda oportunidad», *La Ley*, nº 8141, sept. 2013.

¹⁰ Se abre así una brecha entre el tratamiento del deudor que tenga la condición de emprendedor y el resto de deudores (jubilados, desempleados, consumidores en general), frente a lo cual no faltan autores que aboguen por la oportunidad de admitir esta fórmula con carácter general (vid. Prats Albentosa, L., «La mediación (pre)-concursal», *Diario La Ley*, 5 marzo 2014; Pulgar Ezquerro, J., *ob. cit.*; Rodríguez Achútegui, E., «Propuestas de mejora a la ley de emprendedores», *Act. Jurídica Aranzadi*, núm. 869/2013).

¹¹ Conforme al art. 2.2 «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». Además, puntualiza su apdo. 3 que el endeudamiento y el estado de insolvencia pueden ser actual o inminente, teniendo este carácter la situación de aquel deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. A su vez, el apdo. 4 señala que si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor. 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

También podrán instar este acuerdo cualesquiera personas jurídicas, sean o no

sociedades de capital (por tanto, también sociedades personalistas, sociedades civiles, asociaciones y fundaciones), siempre que cumplan las siguientes condiciones:

Que se encuentren en estado de insolvencia (por tanto, y a diferencia de las personas físicas, actual y no meramente inminente).

Que acrediten que en caso de ser declaradas en concurso, dicho concurso no habría de revestir especial complejidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 190 LC¹².

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

Que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitan lograr con posibilidades de éxito un acuerdo de pago en los términos que se recogen en el apartado 1 del artículo 236 LC.

¹² Es decir, cuando concurren las circunstancias que establece este precepto para aplicar el procedimiento concursal abreviado: 1º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; y 3º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

No obstante, la Ley establece una serie de supuestos en los que el deudor no podrá formular solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, y de créditos o acreedores que no podrán verse afectados por dicho acuerdo. Concretamente, los siguientes:

a) Los deudores que 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 (art. 231.3.1º LC)¹³.

¹³ A pesar de esta cautela, cabe advertir la conveniencia de establecer un «test de discharge» más riguroso, de forma análoga a otros modelos de derecho comparado, para asegurar la reserva de este procedimiento a deudores de buena fe, que no hayan provocado de mala fe su situación económica ni hayan realizado actos perjudiciales para los acreedores, para lograr una adecuada composición de los intereses en juego de acreedores y deudores (en este sentido, vid. Pulgar Ezquerro, J., *ob. cit.*; y Senent Martínez, S., « *Discharge* y sobreendeudamiento de particulares en el ámbito del derecho norteamericano y español», *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil, Universidad Complutense*, marzo 2012).

b) Los sujetos a inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación (art. 231.3.2º LC).

c) Las personas que en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud, estando obligadas legalmente a ello, no hubieran llevado contabilidad o hubieran incumplido en alguno de dichos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales (art. 231.3.3º LC).

d) Las personas que, dentro de los tres últimos años, hubieran alcanzado un

acuerdo extrajudicial con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores (art. 231.3.4º LC).

e) Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite (art. 231.4 LC).

f) No será posible iniciar el acuerdo extrajudicial si cualquiera de los acreedores del deudor, que necesariamente deban verse vinculados por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.

Junto a los supuestos anteriores, con criticable sistemática, el reciente RDL 4/2014 ha introducido otro en el nuevo apartado 6 del art. 5 bis LC, en el que se señala que formulada la comunicación prevista en este artículo de la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o del nombramiento del mediador concursal en el marco de un procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo de pagos, «no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año».

Por otro lado, no podrán verse afectados por el acuerdo extrajudicial créditos de derecho público. Aunque respecto a estos últimos la Ley 14/2013 ha introducido en la LC una Disposición adicional séptima («Tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos»), conforme a la cual, en caso de que se admita la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos, el deudor que tuviera deudas de derecho público 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; el cual se tramitará con las especialidades previstas en dicha Disposición cuando se trate de deudas con la Hacienda Pública o la Seguridad Social.

Los créditos con garantía real únicamente podrán incorporarse al acuerdo extrajudicial y verse afectados por el mismo si así lo decidiesen voluntariamente los acreedores que ostentan su titularidad, mediante la comunicación expresa al mediador realizada en el plazo de un mes desde la recepción de la convocatoria, conforme a lo previsto en el apartado 4 del artículo 234 LC.

No podrán acudir al procedimiento previsto en este Título las entidades aseguradoras y reaseguradoras (art. 231.5 LC). En relación a estas entidades, la rotundidad de la exclusión legislativa lleva a afirmar que no podrán participar en este procedimiento ni en calidad de deudoras, ni de acreedoras.

2.2. Incoación del procedimiento

La Ley prevé que el procedimiento sea incoado por el propio deudor, sin

necesidad de la asistencia de abogado ni procurador, mediante escrito dirigido al Registrado Mercantil correspondiente a su domicilio, en caso de ser empresario o entidad inscribible; y al Notario de su domicilio, en el resto de casos. En el primer supuesto, la solicitud se podrá cursar de forma telemática.

En el caso de que el deudor sea persona jurídica, la Ley precisa que será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o el liquidador (art. 232.1 LC), lo que contrasta con la supresión de su mención entre los legitimados para promover, en su caso, el ulterior procedimiento concursal¹⁴.

¹⁴ En la reforma del art. 3 se ha suprimido la mención entre los legitimados para instar el concurso del órgano de administración o liquidación en caso de que el deudor sea persona jurídica. De ella se ha señalado que se trata, a todas luces, de una omisión involuntaria, que debería rectificarse y que entre tanto reabrirá el debate doctrinal relativo a la legitimación para solicitar el concurso de las personas jurídicas (vid. Fernández Larrea, I., «Quiebra de la legitimación concursal», *Act. Jurídica Aranzadi*, núm. 874/2013).

El contenido mínimo de dicha instancia se infiere del art. 232 LC, conforme al cual, deberá contener, en primer lugar, la solicitud del nombramiento de un mediador concursal (art. 232.1 LC). Además, el deudor deberá hacer constar una serie de extremos legalmente requeridos, fundamentalmente orientados –en coherencia con la finalidad de este procedimiento– a la determinación de su activo y pasivo, de los que dependerá el alcance y viabilidad del acuerdo de pagos pretendido. Concretamente, el deudor deberá acreditar los siguientes extremos (art. 232.2 LC)¹⁵:

¹⁵ Cabe observar que la información a facilitar en este supuesto es más amplia que la que el deudor habría de aportar en caso de instar el concurso (cfr. art. 6 LC).

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. Esta lista de acreedores también comprenderá a los titulares de préstamos o créditos con garantía real o de derecho público sin perjuicio de que puedan no verse afectados por el acuerdo.

Una relación de los contratos vigentes y una relación de gastos mensuales previstos.

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

La solicitud se inadmitirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para alcanzar un acuerdo extrajudicial, así como

cuando el deudor se encuentre en una de las situaciones previstas en los apartados 3 o 4 del artículo 231 LC o cuando falte o sea incompleto alguno de los documentos requeridos (art. 232.3 LC)¹⁶.

¹⁶ Llama la atención que la Ley haya dispuesto la inadmisión de la solicitud en caso de que la información o la documentación aportada sea incompleta, no previendo su subsanación.

2.3. Efectos de la iniciación del expediente

La apertura del procedimiento tiene una serie de efectos legales, establecidos en el art. 235 LC. No obstante, a este respecto hubiera sido deseable una mayor precisión por parte de la Ley del momento a partir del cual tendrán lugar tales efectos, ya que a pesar de que dicho precepto se rubrica «efectos de la iniciación del expediente», a partir de su tenor literal cabe distinguir diferentes momentos del procedimiento a los que se anudan diversos efectos:

a) En primer lugar, y conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del art. 235 LC, «desde la presentación de la solicitud» de apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos se producirán una serie de efectos con respecto al deudor: «podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional», pero «se abstendrá de solicitar la concesión de préstamos o créditos, devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular y se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno»¹⁷.

¹⁷ Esta previsión se ha criticado por excesivamente restrictiva, suponiendo un claro desincentivo al recurso a esta fórmula. De «efecto exorbitante» las califica Pulgar Ezquerro, J., *ob. cit.*, y de «limitaciones absurdas» Fernández Seijo, J.M., *ob. cit.*, no sólo porque lo habitual es que el profesional o pequeño empresario realice sus gestiones por medios telemáticos y precise renovar líneas de crédito o realizar pagos con tarjeta, sino sobre todo, y entre otras razones, habida cuenta que esos pagos son mucho más controlables que los que pueda realizar con dinero efectivo.

Una vez admitida a trámite la solicitud a trámite el Registrador o Notario deberán designar a un mediador concursal, de conformidad con lo establecido en la Ley¹⁸.

¹⁸ Vid. *infra*.

b) En segundo lugar, los efectos del procedimiento con respecto a los acreedores se producirán a partir de la publicación de la apertura del expediente.

Aunque sin sujeción legal a plazo, una vez aceptado su nombramiento por el mediador concursal, el art. 233 LC establece la obligación del Notario o Registrador ante el que se haya incoado el procedimiento de comunicar, de oficio, a los registros públicos de bienes competentes, al Registro Civil y demás registros públicos que corresponda y al Registro Público Concursal, la apertura de negociaciones. También comunicarán por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su condición de acreedoras, la identificación del deudor (con su nombre y Número de Identificación Fiscal) y la del mediador (con su nombre, Número de Identificación Fiscal y dirección electrónica), así como la fecha de aceptación del

cargo por éste. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento.

A partir de ese momento, se contempla la posibilidad de que los acreedores que así lo estimen oportuno, faciliten 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 (art. 235.4 LC).

Además, los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos (es decir, todos salvo los acreedores de derecho público, las entidades aseguradoras y reaseguradoras y los acreedores titulares de créditos con garantía real que decidan no participar en el procedimiento) deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común (art. 235.3 LC) y no podrán iniciar ni continuar ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses (art. 235.2 LC).

A mayor abundamiento, el reciente RDL 4/2014, de 7 de marzo, ha dado nueva redacción al apartado 4 del art. 5 bis LC, señalando que desde la presentación de la comunicación realizada por el Notario o Registrador Mercantil al juzgado competente para la declaración del concurso, de la aceptación del cargo por el mediador concursal, y hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales de bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Las ejecuciones de dichos bienes que estén en tramitación quedarán suspendidas con la presentación de la resolución del secretario judicial dando constancia de la comunicación. Estas limitaciones quedarán levantadas una vez transcurridos tres meses desde la comunicación al Juzgado.

En coherencia con ello, una vez que se haya practicado la correspondiente anotación de la apertura del procedimiento en los registros públicos de bienes¹⁹, 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.

¹⁹ De lo dispuesto en este precepto surge la consagración legal de un nuevo supuesto de anotación preventiva, que se practicará de oficio por el Registrador o Notario ante el que se tramite el procedimiento, siempre que en la solicitud presentada por el deudor figuren bienes inscritos en un Registro público de bienes, ya sea el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles.

La solicitud del deudor no afectará, sin embargo, a las garantías personales que pudieran ostentar los acreedores. De modo que el acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción de su crédito podrá ejercitarla, siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido, sin que los garantes puedan oponer la

solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante (art. 235.5 LC).

En relación a los acreedores de créditos con garantía real, recordemos que el art. 231.5 LC dispone que estos acreedores sólo se verán afectados por el acuerdo extrajudicial si así lo decidiesen voluntariamente, decisión que deberán comunicar de forma expresa al mediador en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la convocatoria. En coherencia con lo cual, el art. 235.2 LC puntualiza que si decidieran iniciar o continuar el procedimiento de ejecución no podrán participar en el acuerdo extrajudicial. Junto a lo anterior, el reciente RDL 4/2014 ha añadido en el apartado 4 del art. 5 bis LC un inciso conforme al cual, aunque los acreedores con garantía real podrán ejercitar acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, ello será “sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurridos los plazos previstos en el primer párrafo de este apartado”, es decir, hasta que se adopte el acuerdo extrajudicial o, en todo caso, hasta transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, se haya alcanzado o no el acuerdo extrajudicial de pagos.

c) Por otro lado, aunque el art. 5 de la LC establece el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o hubiera debido conocer su estado de insolvencia²⁰; este deber quedará en suspenso cuando se haya comunicado al juzgado competente para la declaración del concurso la apertura de las negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago (art. 235.6, en relación con el art. 5 bis LC). En este supuesto, el plazo para que bien el deudor, bien el mediador concursal soliciten el concurso será de tres meses a partir de la comunicación al juzgado de la aceptación del cargo por el mediador concursal realizada por el Notario o Registrador ante el que se haya incoado el procedimiento extrajudicial, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia²¹.

²⁰ A estos efectos, y 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. Esto es, en caso 1º) de sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; 2º) de existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; 3º) de alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor; y 4º) de incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades (art. 2.4 LC).

²¹ Art. 5 bis.5 LC.

A diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación o la propuesta anticipada de convenio, el párrafo 1º del art. 5 bis.1 LC no contempla la posibilidad de que esta comunicación la realice el propio deudor que ha instado un procedimiento extrajudicial para alcanzar un acuerdo de pagos. Según su párrafo 2º, será el Registrador Mercantil o Notario ante el que se haya incoado este

procedimiento quien deba de comunicar a ese Juzgado, de oficio, la apertura de las negociaciones. Esta comunicación se practicará una vez que el mediador concursal propuesto haya aceptado el cargo, y en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo de dos meses establecido en el art. 5 (art. 5 bis.2 LC)²², dejando constancia de ella, sin más trámite el secretario judicial (art. 5 bis.3 LC)²³. De modo que a partir de esa comunicación, no será exigible al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

²² A diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, la Ley no contempla la posibilidad de que haga esta comunicación el propio deudor (cfr. los apartados 1 y 3 del art. 5 bis LC).

²³ El reciente RDL 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, ha modificado este precepto añadiendo que, con carácter general, el secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Pero, previendo que «caso de solicitar expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento». Con ello, se pretenden evitar las consecuencias negativas para el deudor que pueden derivar del temor a su insolvencia provocado por la publicidad de la apertura de negociaciones, dando lugar a una indeseable huída de proveedores y clientes, tal y como la experiencia ha demostrado que a menudo ocurre en el marco de los procesos concursales, con el consiguiente perjuicio económico para el deudor.

No obstante, transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado el acuerdo extrajudicial de pagos, 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 (art. 5 bis.5 LC).

2.4. Nombramiento de mediador concursal

Una vez admitida la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos presentada por el deudor, el Notario o el Registrador competente procederá a nombrar un mediador concursal (art. 233 LC).

Se trata, como hemos destacado antes, de una figura de nueva creación, a quien se le atribuye un papel crucial en el procedimiento extrajudicial. Le compete la función de proponer un plan de pagos a los acreedores, convocarles a una reunión para la adopción del acuerdo, velar por su cumplimiento y, en su caso, si el procedimiento extrajudicial no llegara a buen fin o el acuerdo alcanzado se incumpliera o fuera de imposible cumplimiento, instar la declaración de concurso del deudor.

Sin perjuicio de referirnos con más detenimiento a los requisitos de esta figura a continuación²⁴, baste señalar en este momento que su designación corresponderá, de forma secuencial, al Notario o Registrador competente para la tramitación del expediente, de entre los inscritos en la lista oficial que se publicará en el portal

correspondiente del Boletín Oficial del Estado, y que será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia²⁵. En todo lo no previsto, la LC dispone que se aplicará a su nombramiento lo dispuesto con respecto al de expertos independientes.

²⁴ Vid. *infra*, apdo. 3.1.

²⁵ El reglamento de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha precisado que los Registradores Mercantiles y los Notarios accederán al Portal mediante certificado reconocido de firma electrónica, requiriendo el suministro de los datos del mediador concursal que de forma secuencial corresponda, de entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante, a los efectos de que pueda ser nombrado en los acuerdos extrajudiciales de pagos que aquéllos tramiten. En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma. En último lugar, señalará el Portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado (art. 19.3 RD 980/2013).

En caso de aceptar el cargo para el que ha sido propuesto, el mediador concursal deberá facilitar al Registrador Mercantil o Notario una dirección electrónica que cumpla con las condiciones establecidas en el artículo 29.6 de esta Ley, en la que los acreedores podrán realizar cualquier comunicación o notificación (art. 233.2 LC)²⁶.

²⁶ En caso de no aceptar el nombramiento, se situará al final del listado de mediadores, sin poder volver a ser designado hasta que finalice la secuencia. Por su parte, el Registrador Mercantil o Notario deberán realizar una nueva petición expresando esta circunstancia (art. 19.3 *in fine* RD 980/2013).

Por su parte, como se ha señalado, el Registrador Mercantil o el Notario deberá dar cuenta de su nombramiento 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. Asimismo, comunicará de oficio la apertura de negociaciones al juez competente para la declaración de concurso y ordenará su publicación en el «Registro Público Concursal» (art. 233.3 LC). Y dirigirá una comunicación por medios electrónicos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras, en la que deberá hacer constar la identificación del deudor y del mediador, en los términos previstos en la Ley. Igualmente se remitirá comunicación a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento (art. 233.4 LC).

2.5. Convocatoria a los acreedores

En los diez días siguientes a la aceptación del cargo, 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 (art. 234.1 LC).

Esta convocatoria se realizará por conducto notarial, por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. Si constara la dirección electrónica de los acreedores por haberla facilitado éstos al mediador concursal en los términos que se indican en el apartado 4 del artículo 235, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica (art. 234.2 LC).

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 (art. 234.3 LC).

Una vez recibida la convocatoria, los acreedores titulares de créditos con garantía real que voluntariamente quisieran intervenir en el acuerdo extrajudicial deberán comunicárselo expresamente al mediador en el plazo de un mes (art. 234.4 LC).

2.6. El plan de pagos

La Ley encomienda al mediador concursal remitir a los acreedores, con consentimiento del deudor, tan pronto como sea posible y en todo caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, de un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. En él, la espera o moratoria no podrá superar los tres años y la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos²⁷.

²⁷ Estos límites son sensiblemente más restrictivos que los establecidos en el concurso, donde la quita puede alcanzar a la mitad del importe de los créditos ordinarios y la espera alcanzar los cinco años, pudiéndose superar estos límites, excepcionalmente y previa autorización judicial, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía (art. 100 LC). De modo que esta clase de acuerdos supondrá un coste difícilmente asumible por el deudor, poniendo en tela de juicio el éxito de esta medida legislativa (en este sentido, vid. Fernández Seijo, J.M., *ob. cit.*).

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, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara.

También incluirá, necesariamente, una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos, así como 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 (art. 236.1 LC). La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas (art. 236.2 LC).

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, así como manifestar su oposición al mismo²⁸. Transcurrido el plazo citado, el mediador concursal remitirá a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aceptado por el deudor (art. 236.3 LC).

²⁸ Aunque esta última posibilidad no se recoge en el art. 236.2 LC, a ella se refiere expresamente el art. 237.1 y, por remisión a éste, el art. 239.1 LC

Si dentro de ese plazo, los acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado por el acuerdo, excluidos los créditos con garantía real cuyos titulares no hubiesen comunicado su voluntad de intervenir en el mismo y los acreedores²⁹, la Ley impone al mediador concursal el deber de solicitar de inmediato la declaración de concurso (art. 236.4 LC); siempre y cuando, lógicamente, el deudor continuara incurso en insolvencia (art. 238.3 LC). De esta forma, el mediador concursal viene a sumarse a los legitimados para solicitar la declaración de concurso (art. 3.1 LC)³⁰.

²⁹ Más atinado habría sido hacer referencia a los créditos de derecho público, en lugar de a los acreedores.

³⁰ Como antes se señaló, en la reforma de este precepto se ha suprimido la mención entre los legitimados para instar el concurso del órgano de administración o liquidación en caso de que el deudor sea persona jurídica, en contraste con la exigencia de su acuerdo para incoar el procedimiento extrajudicial de acuerdo de pagos (art. 232.1 LC) y sin que exista razón para esta supresión, lo que induce a pensar que se trata de una omisión involuntaria, que reabrirá el debate doctrinal relativo a la legitimación para solicitar el concurso de las personas jurídicas. En este sentido, y proponiendo la inmediata rectificación de este precepto, vid. Fernández Larrea, I., «Quiebra de la legitimación concursal», *cit.*

2.7. La reunión de los acreedores y la aprobación del acuerdo extrajudicial de pagos

Salvo que el procedimiento se vea frustrado a causa de la decisión de no continuar con las negociaciones de acreedores que representen al menos la mayoría del pasivo que necesariamente pudiera verse afectado, manifestada dentro de los diez días naturales siguientes al envío de la propuesta de acuerdo por el mediador concursal³¹, se celebrará la reunión de los acreedores en el lugar y fecha fijados en la convocatoria remitida por aquél.

³¹ En este supuesto, el mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso de acreedores (art. 236.4).

A ella deberán asistir los acreedores convocados, a excepción de los que ya hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales previos a la reunión. La Ley les compele a asistir, sancionando la inasistencia de aquellos acreedores que, habiendo recibido la convocatoria y no teniendo a su favor garantía real, no hayan manifestado su aprobación u oposición al plan de pagos propuesto por el mediador concursal dentro de los diez días naturales anteriores, con la calificación de sus créditos como subordinados en el caso de que, fracasada

la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común (art. 237.1 LC).

En la reunión se podrán modificar el plan de pagos y el plan de viabilidad propuestos, con el límite de no alterar las condiciones de pago de los acreedores que no hayan asistido a la reunión, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores (art. 237.2 LC).

La aprobación del plan de pagos se sujeta a un principio mayoritario, considerándose aceptado cuando voten a su favor acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. En caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, la mayoría necesaria para su aprobación se elevará al 75 por ciento del pasivo, siendo precisa además la aprobación del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre esos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo (art. 238 LC).

Si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el Notario hubiera abierto. En el caso de los expedientes abiertos ante Registrador Mercantil, se le remitirá copia de dicha escritura a los mismos efectos. Además, el Notario o Registrador comunicarán el cierre del expediente al Juzgado competente para tramitar el concurso. Igualmente se dará cuenta de este hecho a los registros públicos de bienes competentes, por medio de certificación o copia, para la cancelación de las anotaciones practicadas. Asimismo, se publicará la existencia del acuerdo en el Boletín Oficial del Estado y 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, 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 (art. 238.2 LC).

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. 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 (art. 238.3 LC).

2.8. Impugnación del acuerdo

Dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo, el acreedor que no hubiera sido convocado a la reunión, no hubiera votado a favor del acuerdo en la reunión de acreedores o hubiera manifestado con anterioridad a la misma su oposición en los términos establecidos en el artículo 237.1 LC, podrá impugnarlo ante el Juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor (art.

239.1 LC).

La impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo y solo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del acuerdo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, en la superación de los límites establecidos por el artículo 236.1 LC a la quita o espera, o en la desproporción de la quita o moratoria exigidas (art. 239.2 LC).

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (art. 239.3 LC)³² y la sentencia que las resuelva será susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente (art. 239.5 LC).

³² Esto es, conforme a las normas procesales de los arts. 194 y ss. LC.

La anulación del acuerdo dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo regulado en el artículo 242 y la sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal (art. 239.4 y 6 LC).

2.9. Efectos y cumplimiento del acuerdo sobre los acreedores

Por lo que se refiere a los efectos del acuerdo de pagos adoptado a través del nuevo procedimiento extrajudicial regulado en la LC, aparte de su efecto principal de que los créditos queden aplazados o redimidos de conformidad con lo pactado, el art. 240.1 LC dispone que ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente; pudiendo el deudor, en su caso, solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado³³.

³³ Esta previsión contrasta con lo dispuesto en el art. 55 LC en el procedimiento concursal, donde se establece como regla general la suspensión de los embargos, pero no su cancelación, para evitar pérdidas de rango. No obstante, el juez podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y a excepción de los embargos administrativos.

No obstante, los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor (art. 240.3 LC).

La Ley atribuye la función de supervisar el cumplimiento del acuerdo al mediador concursal (art. 241 LC). De modo que si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Registro Público Concursal. Por el contrario, si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia.

2.10. Especialidades del concurso consecutivo

Aunque el procedimiento extrajudicial de acuerdo de pagos introducido en la LC

trata de evitar la declaración de concurso del deudor, este objetivo se verá frustrado y procederá la declaración del concurso en caso de que resulte imposible alcanzar el acuerdo, de incumplimiento del plan de pagos acordado o de anulación judicial del mismo.

En todos estos supuestos, la Ley califica a dicho concurso de consecutivo, previendo ciertas especialidades del mismo (art. 242 LC). En particular, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación³⁴, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley, con las siguientes especialidades (art. 242.2 LC):

³⁴ Aquí se ha visto otro de los puntos débiles del nuevo procedimiento, dada la severidad que supone abocar al deudor que vea fracasados sus intentos de llegar a un acuerdo extrajudicial de pagos a un concurso que desde el inicio es liquidativo. En este sentido, advierte Fernández Seijo, J.M., *ob. cit.*, que la reforma no menciona la posibilidad de que el deudor solicite el concurso voluntario no consecutivo durante la tramitación del acuerdo extrajudicial, a fin de acogerse a las fórmulas generales de la LC.

1.ª) Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa.

2.ª) Tendrán también la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme al artículo 84 de esta Ley, tengan la consideración de créditos contra la masa, que se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos.

3.ª) El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al Registrador mercantil o Notario.

4.ª) No necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial.

5.ª) En el caso de deudor empresario persona natural, si el concurso se calificara como fortuito, el juez declarará la remisión de todas las deudas que no sean satisfechas en la liquidación, con excepción de las de Derecho público siempre que sean satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados.

3. ¿Mediación concursal?

Como se ha destacado, de la mano del procedimiento extrajudicial analizado, la Ley 14/2013 ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico la figura del mediador concursal. Se trata de una figura peculiar, con un ámbito de actuación muy concreto, ya que su nombramiento y principal ámbito de actuación tendrán lugar en el marco del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pago y, en su caso, en el ulterior procedimiento concursal al que se vea sometido el deudor.

No obstante, a pesar de su denominación, es cuestionable la naturaleza tanto mediadora como concursal de esta figura. La concursal porque su labor se desarrolla con carácter pre-concursal y precisamente con el objetivo de evitar la eventual declaración de concurso del deudor, que sólo procederá en caso de frustración del procedimiento extrajudicial o del acuerdo alcanzado³⁵. La segunda porque la Ley le confiere unas funciones, previas y posteriores al procedimiento extrajudicial, que parecen exceder o apartarse de las propias de un mediador, así como atendidas las peculiaridades de dicho procedimiento frente a un procedimiento de mediación.

³⁵ En el mismo sentido, critica la inexactitud de la denominación de esta figura y la innecesaria confusión a que induce Prats Albertosa, L., «La mediación (pre)-concursal», *cit.*

La Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, destaca en su preámbulo 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”. De forma que sean las propias partes las que, en vía extrajudicial, alcancen una solución a sus conflictos adecuada a sus particulares necesidades e intereses³⁶.

³⁶ Conforme al 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».

A diferencia de otras formas de solución de conflictos alternativas a la vía judicial como el arbitraje, la función del mediador será la de orientar a las partes para que solventen por sí mismas la controversia en cuestión, siendo el respeto a la autonomía de la voluntad de éstas el pilar básico de la mediación.

En este contexto, es evidente que los acuerdos de refinanciación o modificación de los créditos pendientes constituyen un campo idóneo para la búsqueda de soluciones convencionales entre deudor y acreedores, eficaces y con menos costes temporales y económicos que la vía judicial, a través de la autocomposición de los intereses de las partes en conflicto. De modo que éste es un campo idóneo para el fomento de la mediación en los asuntos civiles y mercantiles³⁷.

³⁷ En este sentido, a título ilustrativo cabe citar el trabajo de Llorente Sánchez-Arjona, M., «La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal», *La Ley*, nº 8225, enero 2014.

Sin embargo, la regulación del procedimiento a través del cual se articula el acuerdo extrajudicial de pagos y del papel que en él desempeña el denominado legalmente como “mediador concursal” llevan a cuestionarse si realmente estamos ante un supuesto de mediación³⁸.

³⁸ Con rotundidad, Carrasco Perera, A., «Los nuevos Mediadores Concursales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872/2013, afirma que no está en contra del nuevo procedimiento de arreglo extrajudicial de la insolvencia, ni de la configuración que se hace del profesional encargado de gestionar el procedimiento, pero sí reprueba «que se le califique como *mediador* sujeto a la Ley 5/2012», «porque efectivamente el procedimiento de gestión del acuerdo de pagos no tiene nada de mediación». Aunque

discrepando de esa opinión, Prats Albertosa, L., en «La mediación (pre)concursal...», *cit.*, apdo. 18, reconoce que la detallada regulación de este procedimiento, dadas sus estrechas relaciones con el concurso de acreedores y la tutela de los intereses superiores que en él se atienden, ha ensombrecido la actividad propia del mediador, dando pie a la crítica de la calificación de esta figura como tal, afirmándose que «es un *sucedáneo* de administrador del concurso, cuando no un *intruso* en su esfera de influencia». Pese a lo cual, este autor defiende el papel mediador a desempeñar en este procedimiento por el mediador concursal, afirmando que la inserción de la mediación entre los medios para evitación del concurso ha de ser celebrada y respaldada, a fin de impulsar la solución pactada de la situación patrimonial del deudor, frente al rigor del proceso concursal. Por su parte, con respecto al proyecto de Ley de apoyo a los emprendedores, Pulgar Ezquerro, J., («Refinanciaciones de deuda...», *cit.*) y Ortiz Hernández, A., («La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias», *La Ley*, nº 8111, junio 2013) estiman que, atendida la configuración proyectada del proceso extrajudicial, las funciones del mediador concursal, su posible designación como administrador concursal en el eventual concurso sucesivo, así como las consecuencias del proceso extrajudicial en dicho concurso, en realidad nos encontramos ante un «preconcurso», o si se prefiere, ante la «desjudicialización de la fase común del concurso» para aquellas empresas que teniendo esperanzas de viabilidad las verían frustradas si se declararan en concurso, fundamentalmente debido a la lentitud en su tramitación que resulta del actual colapso de muchos de los juzgados mercantiles. De suerte que el denominado mediador concursal encajaría más con una suerte de «administrador preconcurso» o «preadministrador concursal». Tras la aprobación de la Ley de emprendedores reitera estas reflexiones Ortiz Hernández, A., «Concurso de acreedores de persona física, *freshstart* y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», *La Ley*, nº 8172, octubre 2013.

Una primera dificultad para calificar como mediación este procedimiento radica en el relativo protagonismo en la elaboración y adopción del acuerdo extrajudicial de pago de las partes del mismo, ya que ello pone en tela de juicio principios básicos de la mediación como su voluntariedad y el respeto a la autonomía de la voluntad de los interesados³⁹. Frente a ello, y por lo que al deudor se refiere, como se ha expuesto, su función se ciñe básicamente a la incoación del procedimiento, momento a partir del cual no dispone del procedimiento, ni tiene un papel activo en la propuesta o adopción del acuerdo⁴⁰. Por su parte, los acreedores se ven envueltos en este procedimiento «mediador», al margen de su voluntad, bajo la severa amenaza de calificación de los créditos de quienes no asistan a la reunión de acreedores convocada por el mediador como créditos subordinados si finalmente, fracasada la negociación, se declara el concurso del deudor común; a excepción de aquellos créditos que tengan a su favor garantía real o cuyo titular hubiera manifestado la aprobación u oposición de la propuesta de acuerdo dentro de los diez días naturales anteriores a la celebración de la reunión (art. 237.1 LC)⁴¹. En segundo lugar, ni el deudor ni los acreedores proponen al mediador, correspondiendo su designación al Registrador Mercantil o Notario ante el que se incoe el procedimiento. En tercer lugar, la propuesta de acuerdo se elabora por el propio mediador, cierto que con el consentimiento del deudor, pero con carácter previo a la celebración de la reunión a la que ha de convocar a los acreedores (art. 236.1 LC) y, por tanto, a cualquier contacto entre las partes. Finalmente, el acuerdo se adopta en virtud de un principio mayoritario, determinando la sujeción al mismo de los acreedores disidentes.

³⁹ Conforme al art. 7 de la Ley 5/2012 «en el procedimiento de mediación se garantizará que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas».

40 De hecho, al depender de la voluntad de los acreedores, la efectividad de este procedimiento en la práctica queda en tela de juicio; echándose en falta la previsión de mecanismos que permitieran imponer acuerdos de aplazamiento y pago en función de las posibilidades reales del deudor. Como señala Fernández Seijo, J.M., («Legislar a *Contra Coeur...* », *cit.*) desde esta perspectiva este procedimiento es «un brindis al sol si no se habilitan instrumentos que permitan imponer de modo efectivo sacrificios a los acreedores y reglas claras de cancelación o exoneración definitiva de las deudas».

41 En el mismo sentido, vid. Pulgar Ezquerro, J., *ob. cit.*

Por otro lado, resulta extraño a la labor propia de un mediador el asumir la función de supervisar el cumplimiento del acuerdo (art. 241 LC) y, más aún, la de asumir un papel activo en el ulterior procedimiento concursal que se abrirá en caso de frustración o incumplimiento del acuerdo extrajudicial, en el que será designado por el Juez, salvo justa causa, administrador concursal (art. 242.2.1ª LC)⁴². Esta previsión contrasta no sólo con el papel propio del mediador, sino también con la incompatibilidad para ser administrador concursal que establece el art. 28.6 LC para quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe al que se refiere el número 2.º del artículo 71.6 de esta ley en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso⁴³. Ello llama la atención, en particular, habida cuenta que el art. 233 LC dispone que «en todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes»⁴⁴, en lugar de remitir con carácter supletorio a la legislación reguladora de la mediación, como habría sido oportuno en caso de ser ésta su verdadera naturaleza jurídica. Pero, sobretodo, viene a suponer una excepción legal a los principios básicos que han de regir la mediación, en particular la neutralidad y la confidencialidad⁴⁵.

42 Como afirma Pulgar Ezquerro, J., *ibidem*, «ello determina un cuestionable cambio en el sistema de designación y retribución de la administración concursal, frente al sistema general de designación por el juez de entre los integrantes de las listas de administradores concursales confeccionadas pro los distintos colegios profesionales».

43 Precepto también modificado por la Ley 14/2013.

44 Esta remisión se debe entender hecha al art. 71 bis LC, confía al Registrador mercantil del domicilio del deudor, a solicitud de éste, el nombramiento del experto independiente al que la Ley encomienda verificar los acuerdos de refinanciación a los que el deudor haya llegado con sus acreedores. Este precepto tan sólo establece que 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. Además, señala que serán causas de incompatibilidad para ser nombrado experto las establecidas para los auditores en la legislación de auditoría de cuentas. En particular, no podrá 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. Su 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. Finalmente, el apartado 6 del art. 71 bis LC dispone que 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.

⁴⁵ La posible designación del mediador concursal como administrador en el eventual concurso sucesivo pone en cuestión su neutralidad, ya que podría tener en interés en que no se alcance ningún acuerdo y se declare el concurso, con la consiguiente doble retribución; comprometiendo también su confidencialidad, ya que como advierten Ortiz Hernández, A., («La mediación en el concurso...», *cit.*) y Pulgar Ezquerro, J., («Refinanciaciones de deuda...», *cit.*) es difícil pensar que el deudor se atreverá a «contar» al mediador circunstancias de su actividad que podrían ser objeto de rescisión o acciones de reintegración en el eventual concurso del que aquel será administrador concursal. Frente a ello, de exoneración legal implícita del deber de confidencialidad en estos casos, habla Sanjuan y Muñoz, E., «La naturaleza jurídica del mediador concursal: sistema alternativo de gestión de los supuestos de insolvencia», *La Ley* nº 8230, 2014. Concluyendo que estamos ante «una nueva categoría en la mediación que hasta ahora era desconocida en nuestro derecho (y también en el derecho comparado)».

Tampoco su remuneración será satisfecha por las partes, por mitad, conforme a lo establecido en el art. 15 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, con carácter general. Por el contrario, la Disposición adicional octava de la LC establece que su remuneración se regirá por «las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales». Ello es lógico toda vez que, no habiendo sido elegida la mediación ni el mediador por los acreedores, no están sujetos frente al mediador por ninguna obligación jurídica, ni han de sufragar su retribución⁴⁶.

⁴⁶ Como advierte Carrasco Perera, A., *ob. y loc. cit.*

Por todo ello, atendida la configuración legal del proceso extrajudicial, las funciones encomendadas al mediador concursal, su posible designación como administrador concursal en el eventual concurso sucesivo y, sobre todo, las consecuencias de este proceso en dicho concurso, no faltan pareceres que sostengan que en realidad nos encontramos ante un «preconcurso» o, si se prefiere, ante la «desjudicialización de la fase común del concurso» para aquellas empresas que teniendo esperanzas de viabilidad, las verían frustradas si se declararan en concurso, fundamentalmente debido a la lentitud en su tramitación que resulta del actual colapso de muchos de los juzgados mercantiles. De suerte que el denominado mediador concursal encajaría más con una suerte de «administrador preconcursal» o «preadministrador concursal»⁴⁷.

⁴⁷ En este sentido, vid. Pulgar Ezquerro, J., «Refinanciaciones de deuda...», *ob. cit.* y Ortiz Hernández, A., «La mediación en el concurso de acreedores. Reflexiones y estrategias», *La Ley*, nº 8111, junio 2013 y en «Concurso de acreedores de persona física, *freshstart* y mediación concursal. La rehabilitación del deudor», *La Ley*, nº 8172, octubre 2013.

Sin embargo, a pesar de todas estas incertidumbres, el legislador ha consolidado la configuración legal como «mediadores» de los profesionales llamados a intervenir en el procedimiento extrajudicial orientado a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos a través del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁸. Esta norma ha creado el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, estructurándolo en tres secciones, correspondiendo la segunda a la inscripción de los mediadores concursales. Además, aunque la inscripción en este Registro, dependiente del Ministerio de Justicia, se configura como voluntaria con carácter general para mediadores e instituciones de mediación,

en el caso de los mediadores concursales será preceptiva y previa a su posible designación por los Registradores Mercantiles o Notarios ante los que se incoe el nuevo procedimiento extrajudicial regulado por la LC (art. 233.1 LC y art. 11.1 RD 980/2013).

48 BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013.

3.1. Requisitos del mediador concursal

El mediador concursal no sólo deberá reunir los requisitos legalmente exigidos a los mediadores por la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles; sino también los necesarios para desempeñar la función de administrador concursal (art. 233.1 LC).

Por lo que se refiere a los requisitos generales para ser mediador en asuntos civiles y mercantiles, el art. 11 de la Ley 5/2012 requiere que las personas naturales que desempeñen esta labor se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y no incurran en incompatibilidad o prohibición de conformidad con la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Cuando la condición de mediador sea asumida por una persona jurídica, podrá adoptar la forma de sociedad profesional o cualquier otra prevista por el ordenamiento jurídico, debiendo designar para el desempeño de esta labor a una persona natural que reúna los requisitos previstos en esta Ley. Además, el mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación. Esta formación se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, que tendrán validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. Además, el mediador deberá suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil que pueda derivar de su actuación en los conflictos en que intervenga.

Junto a esos requisitos, al estar legalmente llamado a desempeñar la función de administrador concursal en caso de que se proceda a la declaración de concurso del deudor tras la frustración o incumplimiento del acuerdo de pagos, el mediador concursal deberá reunir alguna de las condiciones necesarias para asumir tal función establecidas en el art. 27.1 LC. Es decir, deberá ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, y acreditar formación especializada en Derecho concursal, o bien economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con el mismo periodo de experiencia profesional y especialización demostrable en el ámbito concursal. En el caso de las personas jurídicas, será preciso que formen parte de ellas, 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.

Una vez cumplidos todos estos requisitos, y a diferencia del resto de mediadores, la inscripción del mediador concursal en la sección 2ª del Registro de Mediadores e

Instituciones de Mediación es obligatoria, siendo presupuesto necesario para su posible designación por el Notario o Registrador Mercantil ante quien se incoe el procedimiento extrajudicial de acuerdo de pagos.

Los requisitos para la inscripción del mediador concursal se establecen en el art. 18 del RD 980/2013. Conforme a él, podrán solicitar la inscripción las personas naturales o jurídicas que acrediten el cumplimiento de los requisitos derivados de su doble configuración de mediador⁴⁹ y administrador concursal⁵⁰. Para ello, presentarán el formulario contenido en la sede electrónica del Ministerio de Justicia, aportando los siguientes datos, junto a la declaración responsable sobre su veracidad, suscrita con certificado reconocido de firma electrónica⁵¹:

⁴⁹ Cfr. art. 14.1 RD 980/2013. También podrán inscribirse mediadores reconocidos en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, que acompañarán por medios electrónicos a su solicitud una certificación oficial del registro de su país o certificación de su condición de mediador expedida por la autoridad competente del Estado de que se trate y una traducción jurada de la misma (art. 14.3 RD 980/2013).

⁵⁰ La colegiación por el tiempo legalmente requerido se podrá acreditar mediante certificado en formato electrónico del respectivo Colegio profesional (art. 18.1 RD 980/2013).

⁵¹ El Reglamento prevé que por Orden del Ministro de Justicia se especifiquen los documentos electrónicos que habrán de acompañarse al formulario de solicitud (art. 14.2).

Su nombre, apellidos y número de identificación fiscal.

Dirección profesional e información de contacto, incluidos su correo electrónico y sitio web si lo tuvieran.

Especialidad profesional.

Titulación, formación específica de mediación y experiencia profesional. A este respecto hay que destacar que, de conformidad con lo establecido en la Directiva 2008/52/CE, la Ley 5/2012 y, en particular, el Reglamento que la desarrolla, han hecho hincapié en la necesidad de que quien desempeñe la función de mediación tenga una formación adecuada, continua y relacionada con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios⁵².

Área geográfica principal o preferente de actuación profesional, incluido cuando sea todo el territorio nacional o comprenda también otros Estados.

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

Su integración, en su caso, en alguna institución de mediación.

Su inscripción, en su caso, en algún otro registro de mediadores dependiente de otra Administración pública.

⁵² El RD 980/2013 precisa los requisitos de la formación de los mediadores en su Capítulo II (arts. 3 a 7). En síntesis, el mediador deberá recibir formación específica, en uno o varios cursos, que le permita el dominio de las técnicas de 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. 3.2). La duración mínima de esta formación será de 100 horas (art. 5.1), debiendo desarrollarse tanto a nivel teórico como práctico, debiendo corresponder a este último al menos el 35 por ciento de la duración mínima prevista por el reglamento para la formación del mediador (art. 4.2). Además, 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 (art. 6).

Asimismo, deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 27 LC para ser administrador concursal (art. 18 RD 980/2013).

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

Una vez justificados estos requisitos, el Registro comunicará inmediatamente y por medios electrónicos al Boletín Oficial del Estado los datos del mediador concursal, a los efectos de incluirlos en el Portal a que se refiere el apartado 1 del artículo 233 de la Ley Concursal (art. 19.1 RD 980/2013). El ingreso de los mediadores concursales en el Portal tendrá lugar por orden cronológico de recepción. La Ley precisa que en caso de reincorporación de un mediador o institución que hubiera ingresado con anterioridad en el Portal y hubiera causado baja, no recuperará su posición anterior en la secuencia, incorporándose en la que le corresponda (art. 19.2 RD 980/2013).

Se observa, pues, que el ejercicio de la profesión de mediador concursal no es libre, sino estrictamente regulado, no pudiendo ser designado mientras no se inscriba en el Registro de Mediadores y se de publicidad a dicha inscripción a través del correspondiente Portal del Boletín Oficial del Estado.

3.2. Período transitorio

Sin perjuicio de lo anterior, y en tanto no entre en funcionamiento el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación⁵³, la Disposición transitoria 2ª del Reglamento de la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles ha dispuesto que se elaboren «listas provisionales de mediadores concursales», a partir de las listas de administradores concursales que cumplan con los requisitos legalmente establecidos para ser mediador concursal⁵⁴. Estas listas se comunicarán a la

Agencia del Boletín Oficial del Estado.

53 La DF del RD 980/2013 establece que esta norma entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE (esto es, el 27 de marzo de 2014), disponiendo además los siguientes plazos para la puesta en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación: a) La fecha para el envío por parte de los centros de formación de la información que se indica en el apartado 3 del artículo 7 comienza el 1 de marzo de 2014. b) La fecha de apertura del Registro para la realización de solicitudes de inscripción por parte de los mediadores, los mediadores concursales y las instituciones de mediación será el 1 de abril de 2014. c) La fecha de inicio de la publicidad del Registro será el 1 de junio de 2014.

54 Así resulta de la remisión indirecta que realiza la DT 2ª al art. 233.1 LC, a través de la remisión al art. 18 del RD 980/2013.

Aunque el Reglamento no lo precisa, cabe entender que la solicitud de incorporación a esas listas deberá ser realizada por los propios administradores concursales, mientras dure este periodo transitorio, al Director General de los Registros y el Notariado, en su calidad de encargado del Registro de Mediadores.

4. Consideraciones finales

La regulación del acuerdo extrajudicial de pagos, junto a la de la remisión de deudas, introducidas en la LC por la Ley 14/2013 ha supuesto un avance destacable, pese a que tardío y cauteloso, en la búsqueda de una mayor protección de los deudores que realizan una actividad económica, entrando dentro del concepto legal de emprendedores.

A través de éstas y otras medidas se pretende crear una red de protección para este colectivo, en tanto pieza básica para nuestro sistema productivo y económico⁵⁵, y se amplía y perfecciona el catálogo de recursos y remedios pre-concursales.

55 Con ello, el legislador español ha optado por reservar los mecanismos de exoneración del pasivo insatisfecho a quienes desarrollen una actividad económica (modelo italiano), frente a otros países donde se han extendido a todo deudor persona física (modelo alemán) o consumidor (modelo francés). Frente a lo cual, Pulgar Ezquerro, J., sugiere la conveniencia de que nuestro legislador defina con más claridad y coherencia el modelo de exoneración por el que se quiere optar (vid. *ob. cit.* y en «Concurso y consumidores en el marco del estado social del bienestar», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 9/2008).

Se pretende también evitar la judicialización de la insolvencia, con el doble objetivo de descargar a los juzgados y tribunales, y de evitar los costes patrimoniales y temporales ligados al concurso, impulsando la viabilidad económica del deudor. Con ello, se comienzan a atender tímidamente las recomendaciones que aconsejan introducir en España fórmulas, ya arraigadas en otros países, en orden a posibilitar a los deudores la denominada segunda oportunidad o *fresh start*⁵⁶.

56 En este sentido, diversos estudios realizados por el Fondo Monetario Internacional aconsejan una reforma de la legislación concursal a fin de que nuestras empresas «se deshagan de la pesada losa de su deuda» (así lo advierte Prats Albentosa, L., «La mediación [pre]concursal...», *cit.*). Se trataría de fomentar fórmulas flexibles y preferiblemente extrajudiciales para la recuperación económica de las compañías endeudadas pero viables, entre las que se sugieren quitas generalizadas o, al menos, mayor

flexibilidad en el calendario de pagos, y una rápida liquidación de las empresas inviables.

En este sentido, el procedimiento extrajudicial introducido en la LC reúne las notas de agilidad, sin menoscabo de una serie de garantías de publicidad y control confiados a Notarios y Registradores Mercantiles.

Más discutible resulta la elección de una forzada figura de mediador concursal que, como hemos expuesto, ni es mediador en sentido propio, ni concursal, ya que a través del acuerdo extrajudicial de pagos se pretende precisamente evitar el concurso del deudor⁵⁷. En esta línea, induce a pensar que el propio legislador titubeó al configurar esta figura, el hecho de que en el Preámbulo se refiera a ella como «negociador», en el articulado remita para lo no regulado a la figura del «experto independiente» y, transitoriamente, disponga que desempeñarán esta función y se inscribirán en listas provisionales de mediadores concursales los «administradores concursales».

⁵⁷ La decisión del legislador se ha llegado a calificar de «arbitrariedad, creadora de nichos monopolistas», tanto desde el punto de vista de los llamados a formar a estos profesionales como desde el punto de vista corporativo (Carrasco Perera, A., «Los nuevos Mediadores Concursales», *cit.*). En la misma línea, Fernández Seijo, J.M., («Legislar a *Contra Coeur...*», *cit.*) afirma que «lo lógico hubiera sido establecer unos requisitos para ser administrador concursal de emprendedores distintos de los exigidos para ser administrador concursal del común de los procedimientos de insolvencia».

Al respecto, vid. AAVV, *Jobs and Growth...*, *cit.*, en particular su capítulo II; Bornhorst y Ruiz Arranz, «Growth and the importance of Sequencing Debt Reductions across Sectors», y P.Giulianoy M.Ruiz Arranz, «Remittances, Financial Development, and Growth», *cit.*

Atendidas estas incertidumbres y partiendo de la indudable conveniencia de dar cabida a la mediación en el ámbito preconcursal, sería conveniente aprovechar el silencio que guarda la Ley en cuanto al desarrollo de la reunión con los acreedores convocada por el mediador concursal y el papel que éste ha de desempeñar en ella, aplicando con carácter supletorio lo dispuesto en la Ley 5/2012. En este sentido, ya se ha puesto de relieve el consenso existente en cuanto a la oportunidad y necesidad para impulsar el crecimiento económico y salir de la crisis de introducir y seguir impulsando en nuestro ordenamiento fórmulas que coadyuven a la búsqueda de soluciones negociadas entre deudores y acreedores para hacer frente a la situación de insolvencia de los primeros, alternativas a las formas tradicionales de financiación y consiguiente incremento de su endeudamiento. Fórmulas que contribuyan a mantener «patrimonialmente vivo» al deudor y permitan, en la medida de lo posible, la continuación de la actividad económica de aquellos deudores que a pesar de su actual situación de iliquidez aún sean viables⁵⁸.

⁵⁸ En este sentido, vid. Bornhorst, F., y Ruiz Arranz, M., «Growth and the importance of Sequencing Debt Reductions across Sectors», en AAVV, *Jobs and Growth: Supporting the European Recovery*, International Monetary Fund, January, 2014 (disponible en) y en P.Giulianoy M.Ruiz Arranz, «Remittances, Financial Development, and Growth», IMF *Working Paper*, WP 05/234, 2005 (disponible en).

En todo caso, atendida la configuración vigente de este procedimiento extrajudicial y sus efectos, el futuro nos dirá si el hecho de que la quita y espera que

se puede llegar a conseguir en un acuerdo extrajudicial sea inferior al que se puede alcanzar en el concurso, el coste para la masa que supondrá este procedimiento, los estrictos efectos para el deudor que tendrá su incoación y los rigores que el legislador ha previsto para el eventual concurso sucesivo, junto a las incertidumbres que rodean a la configuración del mediador concursal⁵⁹, supondrán un lastre demasiado pesado para el despegue de este procedimiento.

⁵⁹ Entre ellas, resulta de interés la cuestión que plantea Prats Albentosa, L. («La mediación [pre]concurzal...», *cit.*) en cuanto a la compatibilidad de los estrictos requisitos impuestos por nuestro legislador para el acceso al ejercicio de la profesión de mediador concursal (inscripción en el registro, incorporación a la lista oficial publicada en la Agencia del BOE y designación por notario o registrador competente) con lo dispuesto en los arts. 9 y 10.2 Directiva 2006/123CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. En concreto, se plantea si este régimen está justificado por una «razón imperiosa de interés general» y si el objetivo perseguido no puede conseguirse «mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».
