



UNIVERSIDAD MIGUEL HERNANDEZ DE ELCHE

FACULTAD CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO

TRABAJO FIN DE GRADO

CURSO 2016/2017



**LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO Y LA
FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL**

AUTOR:

MANUEL SAMPER GUTIÉRREZ

TUTORES:

JOSE CARLOS ESPIGARES HUETE

MARIA DEL CARMEN ORTIZ DEL VALLE

INDICE

1. Introducción
2. Las instituciones preconcursales
3. Acuerdos extrajudiciales de pago
 - a. Concepto
 - b. Presupuestos
 - c. Solicitud
 - d. Formulario de solicitud
 - e. Efectos iniciación expediente después de la solicitud
 - f. Contenido acuerdo. Plan de pagos
 - g. Reunión acreedores y mayorías para aprobación acuerdo
 - h. Efectos aprobación acuerdo
 - i. incumplimiento
 - j. Impugnación
4. La mediación concursal
 - a. Concepto
 - b. Características
5. mediador concursal
 - a. requisitos
 - b. nombramiento, publicidad y comunicación
 - c. funciones
 - d. aceptación del cargo
 - e. formación
 - f. responsabilidad
 - g. remuneración
 - h. incompatibilidades y recusación

6. Ventajas e inconvenientes de estas figuras

7. El concurso consecutivo

8. Derecho comparado

a. Acuerdos extrajudiciales de pago

b. Mediación concursal

9. Conclusión

10. bibliografía



1. Introducción

En el año 2012 el legislador español incluye la mediación civil y mercantil; ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles que en su exposición de motivos explica como desde la década de los años 60 del pasado siglo se venía recurriendo a nuevos sistemas alternativos de resolución de conflictos entre los que destaca dicha mediación ya que esta tiene una capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes.

Además entre las funciones del estado nos encontramos con la de garantizar la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos y para ello es necesario implantar una justicia de calidad que resuelva los conflictos y la figura de la mediación y el mediador contribuye a ello.

La ley de mediación del derecho español incorpora la directiva 2008/52/CE del parlamento europeo y del consejo sobre ciertos aspectos de la mediación. Esta directiva solo se limita a establecer las normas mínimas para fomentar la mediación en los litigios transfronterizos.

Esta mediación como ya nos percataremos de una manera más extensa y precisa se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y la figura del mediador es pieza fundamental del modelo.

Esta mediación concursal y concretamente el mediador concursal están estrechamente relacionadas a los acuerdos extrajudiciales de pago, el cual es introducido en el año 2003 en la conocida como ley de emprendedores como un procedimiento pre-

concurzal y que también se incluye en la ley concurzal en su título X de los artículos 231 a 242.

Esta figura se empezó a poner en marcha a finales de marzo de 2014 sin embargo, hay que tener en cuenta que la mediación concurzal no ha empezado en la práctica, con los primeros nombramientos, hasta septiembre de 2014, por el retraso en la puesta en marcha del Registro de Mediadores.

Según el Registro de mediadores, a 28 de octubre de 2015, existen en dicho Registro 1.847 mediadores.

Estos acuerdos fueron en aquel momento una novedad legislativa muy positiva entre otras cuestiones porque ya no era necesario ir a los juzgados para llevar a cabo el convenio entre el deudor y los acreedores ya que dichos acuerdos que vamos a estudiar tienen muchas similitudes con respecto al convenio que se puede dar en el procedimiento concurzal.

Este proceso es complejo y por tanto los juzgados tienen demasiada demora y colapso sobre todo en momentos de crisis económica cuando más empresas pasan por malos momentos y muchas de ellas no llegan a pagar en el momento que deben hacerlo.

Como ya hemos comentado y seguiremos a lo largo del trabajo haciendo hincapié el acuerdo extrajudicial de pagos y el mediador concurzal están estrechamente relacionados ya que este tiene como principal finalidad elaborar un plan de pagos viable para que dicho acuerdo sea lo más viable posible y que finalmente la actividad empresarial de dicha empresa pueda seguir.

Aunque como no siempre estos acuerdos acaban llegando o aun llegando finalmente son de imposible cumplimiento nos encontramos con la figura del concurso consecutivo que ya directamente entra en la fase de liquidación de la empresa.

Por tanto este trabajo fin de grado consistirá en el estudio de estas novedosas figuras jurídicas.

Comenzaremos con un epígrafe introductorio donde explicaremos como se puede englobar estas figuras, preconcursales, ya que las encontramos antes del inicio de un concurso e intentan evitar precisamente llegar a él.

Después entraremos a estudiar el régimen jurídico de dichos acuerdos como por ejemplo los presupuestos, la solicitud del mismo o el formulario de solicitud entre otros.

Una vez finalizado el estudio de dichos acuerdos entraremos de fondo para explicar los aspectos más relevantes de la figura de la mediación concursal y de la persona encargada de llevarla a cabo como es el mediador concursal.

Finalmente veremos las ventajas e inconvenientes de estas figuras y el concurso consecutivo no sin antes entrar a valorar de manera breve la forma en la que los demás países del mundo regulan tanto los acuerdos extrajudiciales de pago como la mediación concursal que están estrechamente relacionados como iremos viendo a lo largo del trabajo.



2. Las instituciones preconcursales

No es hasta el año 2009 cuando se empieza a contar con un régimen legal que regule de una manera específica los acuerdos que se producen entre el deudor y los acreedores con la única finalidad y como mecanismo de solventar la insolvencia y poder superar la situación de crisis evitando así abrir un procedimiento concursal siguiendo con la actividad económica que ejercía dicho deudor hasta la fecha. Estos acuerdos consistirán en una reordenación de la deuda contraída por este y estos serán efectivos solo entre el deudor y los acreedores que se hubieran adherido a este quedando abonados a la propia autonomía de la voluntad y a las normas de nuestro derecho patrimonial privado en materia de obligaciones. Estas instituciones son alternativas al concurso según la ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que en el apartado cuarto del preámbulo hace alusión a que estas deben ser una solución a la insolvencia que no se retrase en el tiempo además en su apartado tercero comenta que estos ofrecen a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis.

Existen 2 tipos:

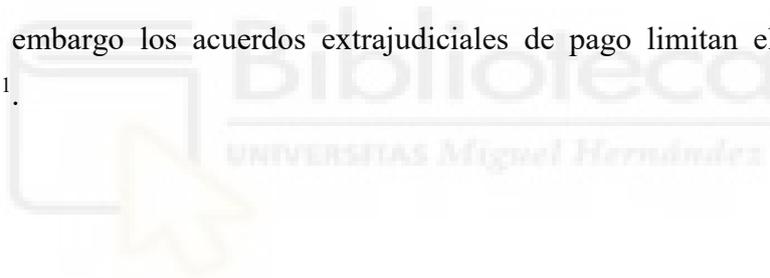
- a) Acuerdos de refinanciación ya sean ordinarios o homologados judicialmente.
- b) Acuerdos extrajudiciales de pago (mediación concursal), a los que nos dedicaremos a estudiar en este trabajo.

Entre estos 2 tipos de acuerdos existen diversas diferencias como:

En primer lugar mientras los acuerdos de refinanciación son accesibles a cualquier deudor y pueden afectar a todas las deudas mientras que para los acuerdos extrajudiciales de pago la regulación los condiciona por presupuestos tanto objetivos como subjetivos y solo podrá solicitarlo el deudor que cumpla ciertos requisitos y solo en relación a una serie de deudas ya que no todas se pueden incluir.

En segundo lugar los acuerdos de refinanciación intentan conseguir una reordenación del pasivo aumentando la eficacia de la gestión patrimonial y buscando la generación de un aumento de crédito disponible para el deudor y garantizar la viabilidad de la empresa mientras que los acuerdos extrajudiciales de pago constituyen siempre un intento de solución extrajudicial que persigue la reducción del pasivo mediante sobre todo las llamadas quitas (rebajar la cantidad que debe) y esperas (ampliar el plazo para el pago de las cantidades adeudadas) o incluso ambas.

En tercer lugar los acuerdos de refinanciación permanecen anclados en las bases jurídico-negociales clásicas encontrando su fundamento en la autonomía de la voluntad privada y sin embargo los acuerdos extrajudiciales de pago limitan el acceso a las negociaciones¹.



¹ Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord.), 2015, tecnos.

3. ACUERDOS EXTRAJUDICIALES DE PAGO

A) CONCEPTO

Consiste en una nueva institución preconcursal puesta en marcha por la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Se trata de articular como una especie de convenio dirigido por un mediador concursal que permita alcanzar un acuerdo con los acreedores para así poder superar la situación de insolvencia que atraviesa el deudor. Antes por tanto de abrir el concurso con la declaración ya sea por parte de los acreedores o del propio deudor y se establece una negociación para conseguir en cierta manera que los acreedores condonen parte del pasivo y den un mayor plazo al deudor para hacer frente a las múltiples deudas que posee y su finalidad es que se consiga un acuerdo entre ellos sin necesidad de llegar a los tribunales encargados de conocer dichos asuntos y que estos solo tengan que validar el acuerdo.

Estos acuerdos se regulan en la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal en su título decimo en los artículos 231 a 242 con alusiones a otras leyes y ordenes que estudiaremos a lo largo del trabajo.

B) PRESUPUESTOS

Podemos distinguir 2 tipos de presupuestos dentro de los acuerdos extrajudiciales de pago: los subjetivos y los objetivos que se encuentran regulados en el artículo 231 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

En cuanto a los primeros, los subjetivos, vienen a decir quien tiene la posibilidad de solicitar un acuerdo extrajudicial.

Estos serán el deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia siempre que el deudor no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles y sea común a todos los acreedores o incluso cuando prevea que no podrá cumplir regularmente con estas siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.

Otros deudores que podrán solicitar dichos acuerdos son cualesquiera personas jurídicas que cumplan los siguientes requisitos:

- 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. No obstante, debemos puntualizar que, conforme a los criterios sostenidos por los jueces de lo mercantil, para que opere el art.190 LC, no es necesaria la concurrencia cumulativa de todos los requisitos exigidos en dicho precepto, siendo suficiente la concurrencia de uno de éstos, lo que en teoría podría

conllevar la posibilidad de que se acojan a una tramitación abreviada del concurso y, por ende, a un acuerdo extrajudicial de pagos, empresas que, por ejemplo, cuenten con menos de cincuenta trabajadores pero que tengan más de cinco millones de pasivo. Por tanto se deberá de dar al menos uno de estos requisitos:

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.

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.

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

No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, ya sean personas físicas o jurídicas:

1. ° Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.
2. ° Las personas que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

El cómputo de dicho plazo comenzará a contar, respectivamente, desde la publicación en el Registro Público Concursal de la aceptación del acuerdo extrajudicial de pagos, de la resolución judicial que homologue

el acuerdo de refinanciación o del auto que declare la conclusión del concurso.

3. ° Quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

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

En cuanto a los segundos, los objetivos, hace referencia a aquellos tipos de créditos que tienen cabida en estos y los que no ya que por ejemplo los créditos de derecho público no podrán verse afectados por dicho acuerdo.

Los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial siempre que como dice el artículo 238 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal lo hubieran votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo o el 70 y por tanto los créditos que excedan del valor de la garantía real se verán afectados por las quitas y esperas correspondientes. En el caso de que estos acreedores con garantía real votaran a favor del convenio tal y como dice el artículo 238 bis de la misma ley quedarán vinculados por el total del crédito incluida la parte correspondiente de la garantía real²³.

C) SOLICITUD

La solicitud del acuerdo corresponderá al deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores dicho acuerdo solicitando un mediador concursal, al que le dedicaremos un punto más adelante. Si el deudor no fuera persona física sino jurídica en órgano competente para solicitar el acuerdo será o bien el órgano de administración o el liquidador.

² Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

³ El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 24. MANUEL PINO ABAD, 2016

La designación del mediador concursal no se llevará a cabo de oficio sino que corresponderá el deudor persona física, o bien el órgano de administración o el liquidador del deudor persona jurídica quien deba solicitar mediante instancia, que podrá ser cursada telemáticamente, el nombramiento de un mediador concursal.

Dependiendo de qué tipo de deudor sea se solicitara la designación o bien al registro mercantil cuando son persona jurídicas o bien al notario del domicilio del deudor cuando son personas físicas. Si la vivienda familiar va a resultar afectada deben realizar ambos cónyuges la solicitud.

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.

El receptor de la solicitud comprobará el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231 de la ley concursal el cual ya hemos tratado anteriormente en el apartado de los presupuestos objetivos y subjetivos y si los cumple se seguirán con los tramites. Si por el contrario se estima que la solicitud o la documentación adjunta adolecen de algún defecto o que esta 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. Esta solicitud se desestima cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para solicitar la iniciación del acuerdo pudiendo presentarse una nueva solicitud cuando concurran los requisitos necesarios para llevarla a cabo sin ningún vicio en esta⁴⁵.

⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

⁵ El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 24. MANUEL PINO ABAD, 2016

D) FORMULARIO DE LA SOLICITUD

Para poder llevar a cabo dicha solicitud el estado a través de la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

En este formulario que vamos a desgranar podríamos decir que antes de entrar en el grueso de dicho formulario deberemos hacer constar datos tan corrientes como el nombre, el DNI, el nombre de la entidad por la que se ha actuado y el CIF de esta, entre otras cuestiones.

En el apartado A de dicho formulario nos encontramos con la identificación y en dicho apartado haremos constar en primer lugar la persona física su domicilio debiendo especificar si ha existido modificación respecto a este en los últimos 6 meses, teléfono, correo electrónico, nacionalidad en caso de ser extranjero, lugar de nacimiento, su estado civil (soltero, casado, separado o divorciado (con convenio regulador o sin él)) y en su caso el régimen económico matrimonial que posee (gananciales, separación de bienes, participación) y la identificación de su cónyuge si el peticionario está casado en régimen distinto al de separación de bienes, indicar si los cónyuges son propietarios de vivienda familiar que pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos y en caso afirmativo se acompañara el consentimiento del otro cónyuge y la solicitud de firma por ambos cónyuges, indicar si tiene personas a su cargo o a quienes deba satisfacer alimentos y en caso afirmativo indicar sus nombres, apellidos y la relación de parentesco que le une con el que lleva a cabo dicha solicitud a través de este formulario y por último indicar si el deudor tiene pareja de hecho con la que haya formado un patrimonio común y los pactos o reglas económicas que le sean de aplicación y en caso afirmativo señalar la identidad de la pareja tal y como se deberá hacer como hemos comentado anteriormente con el régimen económico en su caso.

En segundo lugar hablaremos de persona jurídica en los que tendremos que dar datos como la forma jurídica, la razón social o denominación, la identificación del órgano de administración o liquidador que ha decidido la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos, los datos de identificación registral, la nacionalidad en caso de que fuesen

extranjeras, el domicilio, el número de identificación fiscal cuando se trate de entidades que deban disponer del mismo con arreglo a la normativa tributaria, teléfono, correo electrónico, manifestar que la entidad cumple los requisitos exigidos en el artículo 190 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal para poder llevar a cabo el procedimiento abreviado y que serán: 1. Que no existan más de 50 acreedores y 2. que no supere los 5.000.000 euros tanto el activo como el pasivo y manifestar que se disponen de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo así como de que la entidad no es aseguradora o reaseguradora.

En otro apartado, b, llamado "Concurrencia de las condiciones de acceso al procedimiento" nos dispondremos a destacar los siguientes datos a los que se deberán constar en el formulario: señalar el tipo de insolvencia en que se encuentra ya sea actual (si ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles) o inminente (si prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones en un momento cercano en el tiempo), indicar los hechos de los que se deriva dicha situación de insolvencia (desempleo, sobreendeudamiento, pérdidas empresariales o profesionales, disminución de las ventas, etc...), la estimación del importe global de las deudas y del importe global del valor de los bienes y derechos, indicar si ha sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la solicitud acompañándolo del certificado de antecedentes penales y en caso afirmativo especificar el delito por el que fue condenado y la fecha de la sentencia firme en virtud de la cual ha sido condenado, indicar si se ha alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, ha obtenido la homologación de un acuerdo extrajudicial de refinanciación o ha sido declarado en concurso de acreedores dentro de los últimos 5 años y en caso afirmativo indicar la fecha del acuerdo o auto y finalmente indicar si actualmente se encuentra negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o se ha llevado a cabo la admisión a trámite de una solicitud de concurso de acreedores.

En tercer lugar el apartado c titulado "Inventario de bienes y derechos" nos pide datos como: indicar la relación de ingresos regulares previstos, bienes, derechos y cualquier otro tipo de activo líquido de los que sea titular el deudor y si procede indicar también los bienes y derechos necesarios para la continuación de su actividad profesional o empresarial acompañándolo si procede de la siguiente documentación:

- a) Certificado de rentas, y en su caso, certificado relativo a la presentación del Impuesto de Patrimonio, expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, con relación a los últimos cuatro ejercicios tributarios.
- b) Últimas tres nóminas percibidas.
- c) Certificado expedido por la entidad gestora de las prestaciones, en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios por desempleo.
- d) Certificado acreditativo de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas y las entidades locales.
- e) En caso de trabajador por cuenta propia, si estuviera percibiendo la prestación por cese de actividad, el certificado expedido por el órgano gestor en el que figure la cuantía mensual percibida.
- f) Declaración responsable del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos para considerarse situados en el umbral de exclusión según el modelo aprobado por la comisión constituida para el seguimiento del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas, cuando la vivienda habitual del deudor se encuentra gravada con un derecho real de hipoteca.
- g) Certificado de pensión de jubilación.
- h) Si estuviera obligado a llevar contabilidad, las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios.

Otros datos relevantes en dicho apartado son: si es titular de cuentas bancarias y en caso afirmativo, indicar el importe total del dinero depositado y proporcionar la siguiente información sobre sus cuentas corrientes o depósitos bancarios, fondos de inversión o similares:

- a) Entidad
- b) Oficina
- c) Número de cuenta o depósito
- d) Saldo (en euros)

Acompañándolo de los certificados expedidos por la entidad financiera.

Indicar además si es titular de capital mobiliario (acciones, obligaciones, préstamos, cuentas corrientes, depósitos financieros, seguros, arrendamiento de bienes muebles) y proporcionar la misma documentación y datos anteriormente dicho, indicar si es titular de bienes inmuebles y en su caso la situación de estos, la inscripción en el registro de la propiedad y el valor catastral del mismo acompañándolo de certificados de dominio y cargas o gravámenes expedidos por el Registro de la Propiedad y escrituras de compraventa de la vivienda habitual y de constitución de la garantía hipotecaria y otros documentos justificativos, en su caso, del resto de las garantías reales o personales constituidas, si las hubiere y finalmente y para concluir este apartado indicar si es titular de bienes muebles (vehículos, joyas, obras de arte...) y en caso afirmativo adjuntar un anexo con la descripción de cada bien e identificar respecto de cada bien, su tipo (por ej. en el caso de vehículos indique marca y modelo), número de matrícula o registro y fecha de adquisición.

El último apartado al que tenemos que hacer referencia en cuanto al formulario de solicitud del acuerdo es el apartado d llamado "Lista de acreedores" en el cual tendremos que hacer referencia a cuestiones como: número de acreedores y los datos identificativos de estos (identidad del acreedor, domicilio, dirección electrónica, cuantía debida, fecha de vencimiento del crédito y amortizaciones previstas) al igual que especificar aquellos acreedores que dispongan de hipoteca o garantías reales en sus créditos y dar datos identificativos de estos como identidad del acreedor, domicilio, dirección electrónica, cuantía, tipo de garantía y fecha de constitución. También tendrá que llevar a cabo una relación de los contratos en vigor debiendo ir acompañándolo del contrato original o de una copia fehaciente del mismo y con otros datos como la fecha de contrato, la contraparte, tipo de contrato, las obligaciones del deudor pendientes y las obligaciones de la contraparte pendientes. Los dos últimos datos que deberán constar en dicha solicitud serán: la relación de gastos mensuales previstos con datos como la

naturaleza del mismo, su cuantía, la fecha de vencimiento o la periodicidad y finalmente indicar los trabajadores contratados a su cargo en número y algunos datos de estos⁶.

E) EFECTOS INICIACIÓN EXPEDIENTE DESPUES DE LA SOLICITUD

Dicha cuestión se encuentra regulada en el artículo 235 de la ley concursal. Uno de los efectos más importante que se señala en el propio artículo 235 en su apartado primero es que el deudor que lo solicita podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional siempre con el límite de no realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad.

Otro efecto que resulta de la apertura de dicho procedimiento tal y como dice el mismo artículo en su apartado dos 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 a excepción de los acreedores de créditos con garantía real, que no recaigan sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor ni sobre su vivienda habitual.

Además deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común así como facilitar al mediador concursal una dirección electrónica para que este les practique cuantas comunicaciones sean necesarias o convenientes.

Durante el plazo de negociación del acuerdo y como otro efecto respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos.

⁶ Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos

Un cuarto efecto 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.

Finalmente como último efecto que podrá darse 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 que será de tres meses desde la comunicación al juzgado y una vez transcurrido este 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 insolvencia⁷⁸.

Por tanto, los efectos tanto para el deudor como para los acreedores los podemos enumerar de manera esquemática en estos:



⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

⁸ Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RDL 1/2015 y la Ley 9/2015. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 23, 2016, RICARDO CABANAS TREJO

Respecto del deudor:

1. El deudor podrá continuar su actividad.
2. El deudor se abstendrá de solicitar la concesión de créditos o préstamos
3. Devolverá a la entidad las tarjetas de crédito de que sea titular
4. Se abstendrá de utilizar medio electrónico de pago alguno.
5. No podrá ser declarado en concurso

Respecto de los acreedores:

1. No podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de 3 meses. Se exceptúa los acreedores de crédito con garantía real.
2. El acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido.
3. No podrá ser declarado en concurso, en tanto no concurran las circunstancias previstas en el artículo 5 bis.



F) CONTENIDO DEL ACUERDO. PLAN DE PAGOS

El contenido del acuerdo es el llamado plan de pagos.

En un primer momento se llevara a cabo la propuesta de dicho plan que corresponderá su elaboración al mediador concursal y esta deberá contar con el consentimiento del deudor y deberá ser remitida a todos aquellos acreedores convocados a la reunión cuanto antes y con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión y esta se reducirá a quince días en caso de que el deudor sea persona natural no empresario.

En segundo lugar se deberá presentar ese plan de pagos que consistirá en una ordenación temporal de los pagos que deben hacerse por las obligaciones que tenga contraídas el deudor, que conduzca a la total satisfacción de los créditos que están

incluidos en el plan de pagos. El plan de pagos podrá contener las siguientes posibles 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 todos o parte de sus créditos siempre que los bienes incluidos en la cesión no sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial por parte del empresario debido a que una finalidad de este acuerdo es que el empresario pueda continuar con su actividad y recuperarse de la mala situación que atraviesa en esos momentos. Eso sí siempre que el valor razonable sea igual o inferior al crédito que se extingue; si fuera superior la diferencia se integrara en el patrimonio del deudor, lo que forzara al acreedor a ingresar la diferencia o a quedar deudor por tal cantidad.
- d) Conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.
- e) Conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años o 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 caso de que nos encontremos ante un deudor persona natural no empresario dicha propuesta de acuerdo solo podrá contener esperas, quitas y cesiones de bienes a los acreedores en pago o para pago de todos o parte de sus créditos.

Sobre los nuevos importes y sus créditos se realizara una planificación de pago que de sentido al plan de pagos al que han llegado tanto el deudor como los acreedores.

Además el plan deberá ir acompañado del detalle de los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de viabilidad y debe comprender una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones que se contraigan y por otro lado también habrá que tener en cuenta si se ha fijado una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia al igual que un plan para la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera desarrollando el deudor, ya que este como hemos comentado alguna que otra vez es el fin ultima de dichos acuerdos que la empresa continúe su actividad. Dentro del plan se deberá incorporar una copia del acuerdo así

como la solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o al menos una indicación de las fechas en la que se va a hacer frente al pago de dichos créditos siempre que estos no se satisfagan dentro de sus plazos de vencimiento.

La propuesta del plan de pagos no podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor principalmente porque nos estaríamos ante el fin último que tiene dicho acuerdo al igual que tampoco podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido.

En tercer lugar nos encontramos ante las propuestas de modificación del plan de pagos en la cual los acreedores en un plazo de diez días naturales desde la remisión de la propuesta del propio plan pueden presentar las propuestas alternativas que ellos consideren oportunas. En caso de deudor persona natural no empresario dice la ley que el plazo contara desde la recepción por todos los acreedores.

En cuarto y último lugar nos encontramos ante la aceptación del deudor y la propuesta definitiva en la cual el mediador concursal deberá adoptar una versión final del plan de pagos y viabilidad y este será sometido a la aceptación del deudor. Una vez aceptado por este se remitirán a los acreedores. Aun recibiendo la denominación de plan final este podrá todavía ser modificado en el transcurso de la reunión y aunque la ley no dice nada la aceptación del deudor es esencial para la validez de este. Este acuerdo deberá ser votado y alcanzar unas mayorías, que veremos en las próximas páginas, por los acreedores y no alcanzar dichas mayorías significaría que el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente la declaración de concurso del deudor.

En caso de deudor persona natural no empresario cuando el notario o mediador concursal considere el término de dos meses que no se pueda alcanzar un acuerdo solicitara la declaración de concurso del deudor en los diez siguientes días remitiendo al juez un informe razonado sobre dicha cuestión⁹.

⁹ Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord.), 2015, tecnos.

G) REUNION ACREEDORES Y MAYORIAS PARA EL ACUERDO

Una vez que el plan de pagos y de viabilidad son definitivos y están aceptados por el deudor se someterán a la consideración de los acreedores quienes deberán decidir en una reunión si aceptan o no el plan propuesto. Dicha reunión se celebrara en el lugar y momento indicado en la convocatoria de la misma.

Tienen el deber de asistir a dicha reunión todos los acreedores convocados excepto aquellos que hubieran manifestado en esos diez días su aprobación o su oposición al plan de pagos.

Los créditos de los acreedores convocados que no asistan ni se manifiesten con la antelación suficiente la posición por la que optaran en el acuerdo, siempre a excepción que esos créditos dispongan de una garantía real, serán calificados como subordinados en caso de que o fracasara la negociación o se incumpliera el acuerdo y nos encontrásemos ante el concurso consecutivo.

Aunque deberá ser convocado la ley no expresa nada al respecto sobre la asistencia del propio deudor ya que tampoco está prevista en la ley ninguna consecuencia si este no asiste. Tampoco establece nada sobre la organización y desarrollo que llevara la reunión. Por tanto entendemos que será presidida por el mediador concursal que elaborara entre otras cosas la lista de acreedores, etc...

Durante el transcurso de la sesión y como consecuencia del debate producido los acuerdos que se hayan podido alcanzar anteriormente pueden ser modificados con algunas limitaciones como la modificación del plan de pagos a los acreedores que manifestaron su aprobación por escrito durante esos diez días haciendo uso del derecho que poseían y no hayan asistido a la reunión siempre que la modificación altere sus condiciones de pago a este.

Finalmente se supondrá que si la propuesta ha sido modificada en la reunión por parte de los acreedores antes de formalizarse y adquirir eficacia deberá ser aceptada por el deudor y si esta no es aceptada por el deudor se considerara que se ha fracasado y el mediador solicitara la declaración de concurso.

Para que en la reunión se llegue a algún acuerdo para ello se deberán de llegar a un porcentaje de los acreedores que vote afirmativamente al acuerdo. Los porcentajes están calculados por el total del pasivo que pudiera quedar afectado por este acuerdo y no por la totalidad del pasivo. Estas mayorías son:

- a) El 60% del pasivo cuando se trate de esperas con un plazo no superior a cinco años, quitas no superiores al 25% o conversión de deuda en préstamos participativos por plazo no superior a cinco años.
- b) El 75% del pasivo si el plan prevé esperas de cinco o más años pero nunca superiores a diez ya que será el máximo, quitas superiores al 25%, cesión de bienes del deudor en o para pago, capitalización de deuda, etc..¹⁰

H) EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL ACUERDO

El más importante de todos los efectos no aparece en la ley pero es el más evidente de todos ya que el deudor quedara obligado a cumplir el acuerdo en todos los términos y por tanto satisfacer todos los créditos en el momento y cuantías establecidos en el plan de pagos para cada uno de ellos así como la continuación de la actividad del modo en que quedo previsto en el propio plan de viabilidad.

Una vez explicada la fundamental aunque no esté dicha en la ley, la propia ley en su artículo 240 viene a comentar tres efectos:

- a) 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.
- b) Los créditos quedarán aplazados o extinguidos conforme a lo pactado dependiendo si nos encontramos ante quitas, esperas, cesiones o conversiones acordadas.

¹⁰ Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord.), 2015, tecnos.

- c) Los acreedores no hubiesen aceptado el acuerdo extrajudicial de pagos conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor¹¹.

I) CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO

El mediador concursal debe supervisar la ejecución y observancia del acuerdo hasta su total cumplimiento.

Una vez se compruebe el cumplimiento del acuerdo íntegramente el mediador lo hace constar en el acta notarial que se publicara en el registro público concursal dando con esto finalizado definitivamente el acuerdo extrajudicial de pagos.

Si por el contrario el acuerdo fuera incumplido el mediador deberá instar el concurso y por tanto el juez competente deberá declarar porque el incumplimiento del acuerdo se considera causa legal de insolvencia y el juez la debe apreciar automáticamente y abrir el concurso consecutivo¹².

J) IMPUGNACION DEL ACUERDO

Se encuentra regulado en el artículo 239 de la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El acreedor que no hubiera sido convocado, no hubiera votado a favor del acuerdo o hubiera manifestado con anterioridad su oposición establecidos en el art.237.1 LC, podrá impugnarlo ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor en el plazo de los diez días siguientes a la publicación.

¹¹ Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord.), 2015, tecnos.

¹² Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord.), 2015, tecnos.

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 o bien, en la superación de los límites de la quita o espera legalmente previstos en la ley.

La sentencia de anulación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal y será susceptible de recurso de apelación, dando lugar a la sustanciación del concurso consecutivo¹³.



¹³ PINO ABAD, Manuel. El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 24. 2016

4. MEDIACION CONCURSAL.

A) CONCEPTO

La mediación es un método auto compositivo bilateral en el que participan de un lado, las partes afectadas por el conflicto y, de otro, el mediador en tanto que tercero imparcial que ayudará a las partes a dialogar y entenderse hasta la llegada del acuerdo y su posterior cumplimiento.

B) CARACTERISTICAS

Esta mediación concursal queda mejor explicada si también atendemos t vemos las características que posee.

— Voluntariedad: En tanto que es un método alternativo a la vía judicial y complementario a esta. Esta voluntariedad se podrá dar tanto en el acceso al acuerdo como en el mantenimiento del procedimiento. Como ha indicado un sector de la doctrina «La voluntad de las partes además de dar origen a la mediación, informa todo el procedimiento; la naturaleza estrictamente consensual de la mediación implica que el consentimiento de las partes no solo ha de verificarse en la puesta en marcha del procedimiento, sino que tanto la tramitación como la finalización de la mediación queden condicionadas a la conformidad de ambas partes». Ello es consecuencia del respeto máximo al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), es decir, el derecho que asiste a todo ciudadano a que sus conflictos sean resueltos por los jueces y tribunales.

— Confidencialidad y neutralidad: para que un procedimiento de mediación pueda llegar a buen término es preceptivo que se genere un clima de confianza de las partes respecto al propio procedimiento, con respecto al mediador.

— Igualdad de las partes: ya que estas deberán actuar en la mediación en condiciones de igualdad, puesto que el acuerdo habrá de ser convenido por ambas partes tanto por el acreedor o acreedores como por el deudor. Ahora bien, ello no implica la equidad del acuerdo.

— Proximidad, inmediación y no sustitución de las partes: Las partes en la mediación son los propios interesados y no sus representantes. De esta forma las partes tienen pleno conocimiento del procedimiento, son plenamente partícipes. En este sentido podemos decir que la mediación tiene carácter personalísimo. Por todo ello, el procedimiento de mediación recae en la responsabilidad de los participantes que deben adoptar la decisión, y la responsabilidad del mediador es la de conducir el proceso de manera neutral fomentando la comprensión y que se llegue ha dicho acuerdo.

— Oralidad, flexibilidad y autocomposición de la solución: la consecución de un óptimo acuerdo que satisfaga a ambas partes descansa sobre la idea del diálogo, presupone la apertura de un espacio de diálogo igualitario, constructivo y respetuoso. Esta apertura al diálogo y a la autocomposición del acuerdo que lleve a cabo la resolución del conflicto, conlleva la flexibilidad no solo del método, sino también de las posibilidades y contenido del acuerdo. En efecto, la libertad y flexibilidad proviene de la asunción de que las partes son suficientemente maduras para que con ayuda de un tercero solucionar sus propios problemas.

— Probidad: en conjunción con la flexibilidad del procedimiento de mediación, debe observarse la rectitud del mismo, de forma que sea gestionado con honradez, tanto de las partes, como del mediador¹⁴.

¹⁴ EL MEDIADOR CONCURSAL COMO ADMINISTRADOR EXTRACONCURSAL, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 20, 2014, ALICIA AGÜERO ORTIZ

5. MEDIADOR CONCURSAL

A) REQUISITOS

Para poder ser mediador concursal se deberá de cumplir una serie de requisitos legales que se fijan en el art. 11 de la LM como son:

- a) Ser persona natural en el pleno ejercicio de sus derechos civiles;
- b) Poseer titulación oficial universitaria o formación profesional superior;
- c) Contar con formación específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por «instituciones debidamente acreditadas»;
- d) Suscribir un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil.
- e) La profesionalización como lo argumenta el Código de Conducta Europeo.

Todos estos requisitos resultan evidentes a simple vista a excepción de la formación específica que la propia ley no prevé ni qué instituciones tendrán la consideración de «debidamente acreditadas». Lógicamente cuanta más formación haya obtenido el mediador más calidad y más preparación tendrá en la función que tendrá que desempeñar ya que deberá entre otras cosas manejar técnicas de gestión de conflictos, la posesión de cualidades imprescindibles de transmisor de confianza y facilitador de la comunicación, y el entrenamiento para de detectar intereses reales¹⁵.

¹⁵ EL MEDIADOR CONCURSAL COMO ADMINISTRADOR EXTRACONCURSAL, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 20, 2014, ALICIA AGÜERO ORTIZ

B) NOMBRAMIENTO, PUBLICIDAD Y COMUNICACIÓN

Si la solicitud del deudor reúne todos los requisitos necesarios y exigidos y por tanto este está legitimado para presentarla, el registrador o notario, según el caso, procede sin más trámites a nombrar al mediador que se va a encargar de la consecución del acuerdo.

Dicho nombramiento recaerá en la persona que corresponda según el orden secuencial cronológico de la lista oficial que elabora el registro de mediadores e instituciones de mediación del ministerio de justicia y que se publicará en el portal correspondiente del BOE.

Para este nombramiento se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de los expertos independientes.

Una vez que el mediador acepta el registrador o notario, según el caso, remitirán certificación o copia del nombramiento y aceptación a los registros públicos y se ordenara la publicación en el registro público concursal.

Por otro lado, el registrador o notario comunicaran la apertura de negociaciones dirigidas a la consecución de un acuerdo. Además de comunicar por medios electrónicos a la agencia estatal de la administración tributaria y a la tesorería general de la seguridad social.

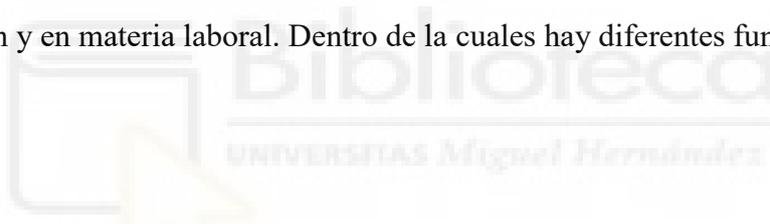
C) FUNCIONES

Las funciones de este son:

1. Se encarga de comprobar la documentación e información aportada junto con el formulario de solicitud.
2. Debe convocar al deudor y a sus acreedores a la reunión que se celebrará dentro de los 30 días siguientes a su convocatoria o dentro de los dos meses dependiendo si nos encontramos o con persona física no empresaria o empresaria respectivamente.

3. Remitirá a los acreedores la propuesta de acuerdo, con el consentimiento del deudor.
4. Preparará un plan de pagos y un plan de viabilidad y, en su caso, un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial, así como fijará una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia.
5. En caso de aceptar los acreedores la propuesta de acuerdo se encargara de elevarla a escritura pública.
6. En caso de no ser aceptada la propuesta, solicitará inmediatamente el concurso ante el Juzgado Mercantil.

En caso de que acuerdo no prospere y se deba llegar al propio concurso consecutivo el mediador concursal se convertirá en administrador concursal y deberá ejercer las funciones inherentes a dicho cargo, todas ellas detalladas en el artículo 33 de la Ley Concursal que podrán ser de carácter procesal, propias del deudor o de sus órganos de administración y en materia laboral. Dentro de la cuales hay diferentes funciones¹⁶.



D) ACEPTACION CARGO

El mediador será nombrado por el notario o por el registrador y este deberá aceptar el nombramiento y una vez aceptada se dará publicidad a este mediante 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.

El mediador facilitara una cuenta de correo electrónico, que se dará en la publicidad del nombramiento, en la que los acreedores puedan realizar las comunicaciones necesarias.

¹⁶ EL MEDIADOR CONCURSAL COMO ADMINISTRADOR EXTRACONCURSAL, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 20, 2014, ALICIA AGÜERO ORTIZ

Una vez nombrado tendrá 5 días de plazo, desde que se le notifique el nombramiento, mediante comparecencia ante el registrador y si en dicho plazo no se produce la aceptación cualquiera que sea la causa que lo haya impedido el nombramiento caducará y deberá efectuarse uno nuevo.

No se establece la necesidad de concurrencia de justa causa para denegar la aceptación del encargo del encargo, como se exige para los administradores concursales.

E) FORMACIÓN

Como hemos visto en el punto en el que tratábamos los requisitos para ser mediador nos encontrábamos con el apartado de la profesionalización como así lo argumenta el Código de Conducta Europeo debemos establecer en la ley como va ser esa formación para que el mediador obtenga esa característica y requisito necesario para poder llevar acabo la actividad de mediador la cual encontramos en 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 en su capítulo 2 donde en un primer lugar se nos habla de la necesidad de que los mediadores cuenten con formación específica para ejercer la actividad y que esta se podrá adquirir mediante uno o varios cursos que le permitan adquirir las técnicas de la mediación y el desarrollo del procedimiento de acuerdo con los principios y garantías que establece la ley. Si seguimos para adelante el real decreto regula el contenido de la formación que 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, la ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos y esta será de contenido teórico y al menos un 35% del tiempo practica y la duración mínima de la formación será de 100 horas de docencia efectiva y podrá ser recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus respectivos países. Además la formación será de forma continua ya que al menos cada cinco años se realizaran una o varias actividades de formación las cuales tendrán una duración total mínima de 20 horas.

Los centros en los que se impartirán dichas actividades serán los centros o entidades de formación, públicos o privados, que cuenten con habilitación legal para llevar a cabo tales actividades o con la debida autorización por la Administración pública con competencia en la materia que tendrán que contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en esta materia y reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial universitaria o de formación profesional de grado superior. Estos centros remitirán al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, sus programas de formación y podrán organizar actividades de formación continua, especialmente de carácter práctico, dirigidas a los mediadores que ya contaran con formación inicial¹⁷.

F) RESPONSABILIDAD

Los mediadores concursales deben llevar a cabo el ejercicio de su cargo de manera responsable y fiel y de no ser así incurrirán en responsabilidad por los daños y perjuicios que cause. Para garantizar la efectividad de las consecuencias económicas se exige que este suscriba un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. Este seguro es obligatorio para aceptar el cargo y por tanto no puede aceptar su nombramiento sin acreditar que goza de la cobertura de su eventual responsabilidad civil.

El mediador concursal podrá añadir a las coberturas obligatorias de su responsabilidad civil otras voluntarias que protejan su patrimonio de forma más amplia desde un punto de vista cualitativo, extendiendo la garantía del seguro a otras hipótesis distintas de las previstas legal y reglamentariamente; o cuantitativo, incrementado las sumas aseguradas y protegiendo con mayor intensidad su patrimonio ante reclamaciones que puedan exceder aquellas sumas aseguradas mínimas.

Los elementos fundamentales del seguro son el interés, el riesgo y el daño.

En cuanto al interés asegurado en este seguro obligatorio es la relación entre un sujeto, en este caso, el mediador concursal; y un bien que es su entero patrimonio, susceptible de ser gravado por una deuda que resulte de su responsabilidad civil como gestor del acuerdo extrajudicial de pagos.

¹⁷ 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.

El riesgo es el grado de probabilidad de que ocurra el siniestro cubierto. El grado de probabilidad de que ocurra el siniestro cubierto (la reclamación de responsabilidad civil contra el mediador) dependerá, en cada caso, de la complejidad de los intereses afectados por el acuerdo extrajudicial de pagos.

Y por último el daño que consiste en el nacimiento de una deuda de responsabilidad susceptible de reducir el patrimonio del mediador concursal asegurado. Como en todo seguro de responsabilidad civil, la realización efectiva de ese daño requerirá, en ocasiones, de su declaración judicial por sentencia.

Además nos encontramos con los elementos personales en el seguro como son el asegurador, el asegurado (mediador concursal) y el tercero perjudicado.

El asegurador deberá ser una entidad aseguradora autorizada para operar en el ramo de responsabilidad civil en general bajo pena de incurrir en nulidad de contrato.

El asegurado será el mediador concursal ya que sobre el recae el deber de aseguramiento.

El tercero perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, en este caso aquellos acreedores y deudores pertenecientes al concurso en el cual se ha llegado a ese acuerdo.

Y por último en cuanto a los elementos tenemos que hacer mención también a los reales como son la suma asegurada y su duración. La suma asegurada deberá tener en consideración para llevar a cabo su cálculo los presupuestos cuantitativos y cualitativos de la solicitud del acuerdo extrajudicial de pagos. La duración del contrato de seguro deberá ser del tiempo necesario y preciso para cubrir aquella responsabilidad la cual acepto.

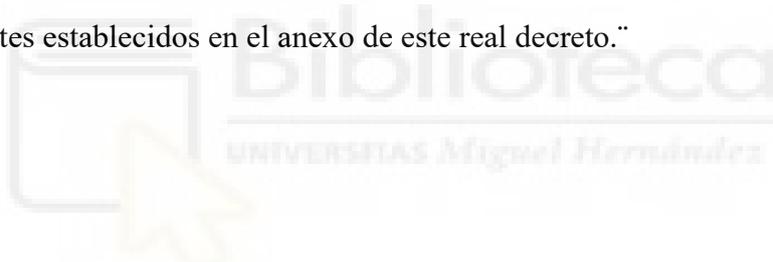
El seguro abarcará «todos los daños y perjuicios, distintos a los resultados esperados de la mediación, que causen por sus actos u omisiones; como los derivados de la infracción de los principios de imparcialidad y confidencialidad, error profesional o la pérdida o extravío de expedientes y documentos de las partes» y, específicamente, los daños que pueda causar su conducta a los patrimonios del deudor, de los acreedores, o de terceros afectados¹⁸.

¹⁸ TAPIA HERMIDA, Alberto. El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales. *Revista derecho concursal y paraconcursal*, n.º 21.2014

G) REMUNERACIÓN

La Ley 14/2013 introduce una nueva disposición adicional octava en la LC por la que se determina que la regulación de la remuneración de los mediadores concursales será la establecida en las normas que regulen la remuneración de los administradores concursales.

Por tanto para conocer la remuneración del mediador concursal debemos dirigirnos al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales que en su artículo 4.1 dice "la retribución de cada uno de los administradores concursales en la fase común será la suma que resulte de aplicar al valor de la masa activa y al valor de la masa pasiva los porcentajes correspondientes establecidos en el anexo de este real decreto."



Dichos porcentajes del anexo serán:

Porcentajes aplicables para la determinación de los derechos de los administradores profesionales en la fase común (artículo 4 del real decreto)

a) Porcentajes aplicables sobre el activo

Activo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de activo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de activo
0	0	500.000	0,600
500.000	3.000	500.000	0,500
1.000.000	5.500	9.000.000	0,400
10.000.000	41.500	40.000.000	0,300
50.000.000	161.500	50.000.000	0,200
100.000.000	261.500	400.000.000	0,100
500.000.000	661.500	500.000.000	0,050
1.000.000.000	911.500	En adelante	0,025

b) Porcentajes aplicables sobre el pasivo

Pasivo (hasta euros)	Importe retribución	Resto de pasivo (hasta euros)	Porcentaje aplicable al resto de pasivo
0	0	500.000	0,300
500.000	1.500	500.000	0,200
1.000.000	2.500	9.000.000	0,100
10.000.000	11.500	40.000.000	0,050
50.000.000	31.500	50.000.000	0,025
100.000.000	44.000	400.000.000	0,012
500.000.000	92.000	500.000.000	0,006
1.000.000.000	122.000	En adelante	0,003

Pongamos unos ejemplos para entenderlo mejor el cálculo llevado a cabo:

1. tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos en la que la cuantía de la masa activa es de 500.000 euros y la cuantía de la masa pasiva es de 500.000 euros. La tramitación se extiende durante tres meses.

Solución: el mediador concursal cobraría 4.500 euros; 1.500 euros al mes en caso durar tres meses.

Activo:	Hasta 500.000 euros:	3.000 euros
Pasivo	Hasta 500.000 euros:	1.500 euros

Total Remuneración 4.500 euros

Remuneración mensual 1.500 euros

2. Si fuera 600.000€ ambos (activo y pasivo). para el activo los primeros 500000€ serán los 3000€ del caso anterior y los 100000€ restantes por 0,5% que serán 500 euros más que harían un total de 3500 euros por parte de activo.

Para el pasivo estaríamos en los 1500€ para los primeros 500000€ y los restantes 100000€ por 0.2% que serán 200 euros y sumando serán un total de 1700 euros.

Se nos quedaría un total de 5200 euros. Si este acuerdo fuera también de una duración de tres meses como el del ejemplo primero la remuneración mensual sería de: 1733.33 €¹⁹

H) Incompatibilidades y recusación

No existe una norma específica que establezca un régimen de incompatibilidades los mediadores y se entiende que debería aplicarse el régimen previsto para los administradores concursales que está previsto en el artículo 28 de la concursal.

En definitiva podemos decir que cuando concurren las siguientes circunstancias abandonara la mediación en dicho caso:

1. Cuando no sea imparcial y esto pasara cuando:

- tenga relación directa (personal, contractual o empresarial) con una de las partes.
- interés directo o indirecto con el resultado de la mediación
- mediador sea miembro de la empresa o haya actuado en el pasado a favor de esta lo cual tendrá el deber de revelar el propio mediador.

¹⁹ EL MEDIADOR CONCURSAL COMO ADMINISTRADOR EXTRACONCURSAL, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal n.º 20, 2014, ALICIA AGÜERO ORTIZ

2. cuando no sea neutral que estará relacionado con la imparcialidad.
3. cuando incumpla el deber que tiene de confidencialidad.

La recusación del mediador se rige por lo dispuesto en el artículo 342 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y esta se podrá llevar a cabo en cualquier momento, antes de la elaboración del informe, los interesados podrán recusar al experto por concurrir causa legítima, comunicándolo al Registrador, quien a su vez lo notificará al experto, por cualquier medio que permita dejar constancia de la fecha en que se recibe la notificación.

Transcurridos cinco días desde la notificación sin que el experto se haya opuesto compareciendo ante el Registrador, se anulará el nombramiento procediéndose a otro nuevo.

Si el experto se opusiese a la recusación, el Registrador, dentro de los dos días siguientes, resolverá según proceda.

Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, a contar de la fecha de notificación de la resolución.

La recusación del mediador se dará cuando ocurra alguna circunstancia antes expuesta y una vez recusado se nombrará otro como se dispone en el artículo 233 de la ley concursal en el que nos cuenta el nombramiento del mediador concursal.

6. Ventajas e inconvenientes de estas figuras

A) Ventajas

Si se alcanza la aprobación del acuerdo, se evita iniciar el costoso trámite del concurso por la vía de la Ley concursal y por tanto se evita acudir al juzgado.

El Mediador no ocupa el lugar del administrador de la sociedad, sino que su cometido es gestionar el acuerdo con los acreedores.

Además otra de las ventajas para el deudor es que se impide que se lleve a cabo ejecución alguna contra el patrimonio de este desde el inicio del expediente. El deudor puede continuar con su actividad empresarial, aunque no podrá solicitar financiación, utilizar tarjetas de crédito o utilizar medios de pago electrónicos²⁰.

B) Inconvenientes

Son de difícil consecución ya que para aprobarlos es necesario el voto favorable de una parte importante de los acreedores, al menos un 60% el cual puede llegar al 75% en algunos casos cuando se dan una serie de requisitos. Además de que el margen de negociación es reducido (quita 25% y espera de 3 años) más aún si cabe al margen de negociación del convenio anticipado o no al que se puede llegar en el propio concurso.

La retribución del mediador concursal es la misma que la de un administrador concursal, dado que será de aplicación los mismos aranceles y por tanto habrá que pagar a este con créditos contra la masa.

No son acuerdos homologados judicialmente ya que no hay intervención judicial, por lo que el acuerdo extrajudicial no se somete al control de legalidad.

En cuanto a los efectos es un acuerdo con una serie de limitaciones como por ejemplo no poder solicitar ni renovar créditos o pólizas aunque sean necesarias para la actividad de la empresa o devolver las tarjetas de crédito entre otras cosas.

²⁰ <https://www.pymesyautonomos.com/legalidad/que-ventajas-ofrecen-los-acuerdos-estajudiciales-de-pagos>

En caso de imposibilidad de alcanzar el acuerdo o por incumplimiento del plan de pagos, el mediador deberá instar el concurso consecutivo, por lo que abrirá directamente la fase de liquidación del concurso. No existe la posibilidad de reconducir el proceso a la vía concursal para intentar alcanzar un convenio dentro del proceso concursal.

Por tanto podemos pensar vistas las ventajas e inconvenientes de estas figuras que este es más beneficio para la propia administración a la cual le quita bastante trabajo y por tanto no tiene que invertir tanto dinero en estos pero que para los propios deudores y acreedores es mejor quizá abrir el concurso de acreedores y buscar dentro de este el convenio que tendrá una homologación judicial.



7. CONCURSO CONSECUTIVO

El concurso consecutivo se abre cuando el acuerdo extrajudicial de pagos no tiene éxito ya sea por imposibilidad de lograrlo o por incumplimiento o la anulación del mismo. El concurso consecutivo se rige por las normas del procedimiento abreviado con particularidades. La Ley 14/2013 establecía que el concurso consecutivo debía resolverse con liquidación. Esta solución podía justificarse en que en el procedimiento extrajudicial ya se intenta llegar a un acuerdo y no procede una nueva posibilidad de negociar y por tanto se abrirá la fase de liquidación.

Están legitimados para solicitar su declaración: el mediador concursal, el deudor y los acreedores.

A la solicitud de concurso deben de acompañar una serie de documentos. Si se solicita por el deudor o el mediador concursal, la propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación. Si es el mediador, acompañará además el informe de la administración concursal. El plazo para la presentación del informe de la administración concursal se amplía cuando el administrador concursal no sea el mediador, o cuando el concurso se haya solicitado por el deudor o por uno de los acreedores.

Será administrador del concurso el mediador concursal, salvo justa causa. El nombramiento lo realiza el juez en el auto de declaración de concurso y su retribución es fijada en el expediente de arreglo extrajudicial.

7. Derecho comparado

a) Derecho comparado acuerdo extrajudicial de pagos

El antecedente más próximo de la regulación que se hace en nuestro país de esta figura está en Francia, donde existe una figura que se encarga de realizar un estudio tanto de la persona del deudor como de la situación económica en que se encuentra y así determinar si podrá llegar a un acuerdo o si deberá ir directamente a la fase de liquidación.

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

La Unión Europea ha tratado el tema de la insolvencia mediante Reglamentos y Recomendaciones. En este sentido nos encontramos una directiva del parlamento europeo y del consejo sobre los marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración y por la que se modifica la directiva 2012/30/UE debido a que busca el buen funcionamiento de un marco de insolvencia que abarque todas estas medidas que constituyen un elemento esencial para crear un marco favorable a las empresas, ya que sirve de apoyo al comercio y a la inversión, contribuye a la creación y el mantenimiento del empleo, y ayuda a las economías a hacer frente más fácilmente a las crisis económicas, que generan un alto nivel de préstamos no productivos y desempleo. Estas son las principales prioridades de la Comisión Europea ya que en este mercado único cada vez más interconectado con una dimensión digital cada vez mayor significa que muy pocas empresas son puramente nacionales cuando se tienen en cuenta aspectos como su base de clientes, su cadena de suministro, su ámbito de actividad, etc. Además, es necesaria una regulación mayor y unos procedimientos bien definidos para que la inversión de personas o empresas de otros países quieran invertir en la Unión Europea y así ofrecer una mayor seguridad jurídica.

b) Derecho comparado mediación concursal

En España no es hasta 2001 cuando se comienza a regular mientras que a ese nivel de la Unión Europea se venía reconociendo desde finales de los 80. Mientras que en países como EEUU se tiene una larga tradición puesto que desde los años 60 se lleva a cabo extendiéndose de este país a todo el resto de países americanos como son Canadá o Argentina, donde obtiene un mayor arraigo.

En cuanto a la propia actividad del mediador en España carece en la legislación de facultades para proponer acuerdos, como ocurre en Alemania, en los países anglosajones está más extendida la práctica de que el mediador adquiera un papel más activo al alcanzar el acuerdo. En otros países europeos como en el caso de Italia el mediador sí está facultado para proponer acuerdos en dos supuestos: cuando las partes se lo pidan o cuando estas no sean capaces de llegar a uno. En otros países como en Alemania el mediador es una profesión independiente y en lo que respecta nuestra legislación exige estar en posesión de un título universitario o de formación profesional y, además, tener formación complementaria como mediador, aunque en otros países se exige para ser mediador que se realice un programa de formación de entre 40 horas y 365 horas dependiendo de la legislación de cada país.

En cuanto a los principios informadores, destacar que en el ámbito de la voluntariedad, en Italia acudir a la mediación es obligatorio en ciertas materias que generan un gran volumen de trabajo en los juzgado por otro lado en el principio de confidencialidad, encontramos que nuestro país está a medio camino entre otros como Italia, donde la confidencialidad es muy estricta y no se permite la dispensa, y Suecia, donde para que el principio de confidencialidad opere es necesario el acuerdo de las partes. En nuestro país este principio opera en todo caso salvo que las partes lo dispensen o el juez en procedimiento penal lo solicite.

En España la mediación con la que nos encontramos es extrajudicial, aunque en otros países esta mediación se da dentro del proceso en lo que se conoce como una mediación intrajudicial.

8. CONCLUSION

Una vez finalizado el trabajo y habiendo estudiado los aspectos principales de estas figuras que se encuentran reguladas en diversas leyes podemos concluir, como autores como Carlos Gorriz López, que posee una serie de deficiencias que hacen que este tipo de acuerdo no se utilicen demasiado en la práctica.

Algunas de estas deficiencias son la exclusión de los créditos de derecho público y el hecho de que los que cuenten con garantía real solo resulten afectados si deciden voluntariamente ellos adherirse al acuerdo y no se puede obligarlos a adherirse a estos.

Aparte los acreedores suelen tener demasiada desconfianza debido a la judicialización de la institución ya que entre otras cosas no existen los mecanismos para comprobar que el deudor cumple con los requisitos para poder acceder a la propia figura del acuerdo, que la documentación prestada es correcta ni impugnar el nombramiento del mediador concursal encargado de dicho acuerdo.

Como ya hemos comentado el mediador concursal se puede convertir, en el caso de iniciar finalmente el concurso, en el administrador concursal del concurso.

Aunque por otro lado llevan a cabo una buena labor de descongestión para unos juzgados con mucha actividad y saturación por su falta de recursos, no solo en el ámbito concursal, sino en toda la Administración de Justicia en general. Y eso lleva a buscar necesariamente una forma de liberar la carga de trabajo de Juzgados y Tribunales y, para ello, se instaura la mediación.

En cuanto al derecho comparado podemos concluir que hasta el momento no se ha armonizado en el marco europeo el tratamiento de las dificultades económicas del deudor que, teniendo una pluralidad de acreedores, es incapaz de satisfacerles a todos total o parcialmente y esta ausencia de armonización determina que existían diferencias, en ocasiones sustanciales, entre los distintos derechos concursales europeos, en el modo de regular los mecanismos que permitan al deudor superar o al menos minimizar los efectos de su incapacidad de cumplimiento de las obligaciones.

9. Bibliografía

- PINO ABAD, Manuel. El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015, de 28 de julio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* n.º 24. 2016
- CABANAS TREJO. Ricardo. Efectos de la iniciación del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos tras el RDL 1/2015 y la Ley 9/2015. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 23. 2016
- AGÜERO ORTIZ, Alicia. El mediador concursal como administrador extraconcursal, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 20, 2014
- Díaz Echegaray, J.L. (2014). El acuerdo extrajudicial de pagos. Pamplona: Civitas.
- Trigo Sierra, E. & Moya Fernández, A.J. La mediación civil y mercantil en España y en el derecho comparado: a propósito del Real Decreto-Ley 5/2012
Extraído de:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3490/documento/foro08.pdf?id=4275>
- España. Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre, por la que se aprueba el formulario para la solicitud del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos
- España. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003

- Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno (coord...), Lecciones de derecho mercantil. Decimoctava edición. 2015, tecnos.
- <https://www.pymesyautonomos.com/legalidad/que-ventajas-ofrecen-los-acuerdos-extajudiciales-de-pagos>
- 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.
- TAPIA HERMIDA, Alberto. El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales. *Revista derecho concursal y paraconcursal*, n.º 21.2014
- Pulgar Ezquerro, Juana. El nuevo paradigma concursal europeo y su incorporación al derecho español. En: Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015
- UNION EUROPEA. Directiva del parlamento europeo y del consejo sobre los marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración y por la que se modifica la directiva 2012/30/UE, 2016