



## **GUIA PARA LA MEDIACION CONCURSAL**

### **1.- Introducción**

Desde la trasposición de la Directiva 52/2008 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles a través de la Ley 5/2012, la mediación como método de resolución de conflictos se ha generalizado en España.

Con la introducción en la ley Concursal del título X en septiembre de 2013 (Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización), se abrió la puerta a la mediación en el ámbito concursal, aunque en la figura del mediador concursal concurren no pocas contradicciones respecto de lo que sería un mediador conforme a la Ley 5/2012.

La última modificación de la Ley Concursal, en julio de 2015 con la Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, introduce un novedoso mecanismo para que los deudores puedan aspirar a la exoneración del pasivo no satisfecho, principal escollo, hasta ahora, en los concursos de personas físicas.

Las facilidades que brinda la norma a las personas naturales no empresarios para la exoneración del pasivo no satisfecho, hacen prever un uso muy elevado de esta figura.

El presente manual pretende orientar estableciendo unas pautas mínimas a seguir en el caso de ser nombrado mediador concursal, ya sea de un empresario o mercantil o de persona natural no empresario.

### **2.- Legislación básica aplicable**

- Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 22/2003 Concursal.
- Real Decreto 980/2013 por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Orden JUS/746/2014 por la que se desarrollan los artículos 14 y 21 del Real Decreto 980/2013 y se crea el fichero de mediadores e instituciones de mediación



### **3.- Nombramiento**

En el caso de que el solicitante sea empresario o entidad mercantil, el nombramiento lo realizará el registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

En el caso de persona natural no empresario, el nombramiento corresponde al notario del domicilio del deudor.

El nombramiento lo comunicará el registrador o notario al correo electrónico que se haya señalado al inscribirse como mediador concursal.

(Ley Concursal artículo 232.3)

### **4.- Aceptación.**

Desde la comunicación del nombramiento por parte del notario o del registrador, se dispone de cinco días (procesales) para la aceptación del cargo.

Antes de aceptar, se debe solicitar del notario o registrador el examen de la solicitud y documentos aportados por el deudor a fin de poder verificar lo siguiente:

- a) No existen motivos que afecten a nuestra independencia.
- b) El encargo no excede nuestra capacidad profesional.
- c) La documentación requerida por ley está completa, especialmente: lista de acreedores con datos de contacto (preferiblemente correo electrónico); balance si empresario o entidad mercantil; justificación de disponer de fondos para atender los gastos de la mediación; datos familiares en el caso de personas físicas, especialmente el régimen matrimonial.
- d) Constan los datos de contacto del deudor y, si lo tuviese, del letrado.

La aceptación se realiza mediante acta notarial o copia del registro público en caso de registrador mercantil.

Al momento de la aceptación, el mediador deberá aportar una dirección de correo electrónico.

Tras la aceptación, el notario o el registrador mercantil comunicarán a la A.E.A.T. y la T.G.S.S. la identidad del deudor, los del mediador, la fecha de aceptación y la dirección de correo electrónico.



Aunque esta es una obligación de notarios y registradores, el mediador deberá verificar por si mismo que estas comunicaciones se han llevado a cabo.

Igualmente, notarios y registradores, comunicarán la apertura de negociaciones y la aceptación del mediador al juzgado que resultaría competente, en caso de que se inste el concurso consecutivo. Por las circunstancias expuestas en el punto 8, es importante conocer la fecha de comunicación al juzgado.

En caso de empresarios y mercantiles, los juzgados competentes son los mercantiles. En caso de persona natural no empresario, la competencia corresponde, desde octubre de 2015, a los juzgados de primera instancia.

## **5.- Inicio.**

Una vez aceptado el cargo, se obtendrá copia del expediente aportado por el deudor. Examinados los documentos y, una vez el mediador se haya hecho una composición de la situación, debe contactar con el deudor a fin de mantener una primera reunión. Además de una presentación y de exponer brevemente el procedimiento de mediación, en esta reunión se debe solicitar, por escrito y obteniendo copia firmada por el deudor, que se aporte cualquier documento o información que no conste en el expediente y que, a juicio del mediador, sea relevante para el desarrollo de la mediación.

Esta primera reunión es la equivalente a la sesión informativa en la ley de Mediación. Las especiales características de la mediación concursal, hacen que en esta primera reunión solo esté presente una parte y que, salvo que tras el desarrollo de la misma el mediador decida no continuar con la mediación, tendrá asimismo carácter de sesión constitutiva.

Ver modelo de acta de sesión informativa de mediación concursal.

## **6.- Fechas e hitos.**

En el plazo de los diez días (procesales) siguientes a la aceptación, el mediador deberá convocar a los acreedores y al deudor a una reunión que debe de tener lugar en los dos meses (de fecha a fecha) siguientes a la aceptación. En el caso de deudor persona natural no empresario el plazo es de treinta días (procesales). (Ley Concursal artículo 234.1 y artículo 242 bis.1 5º)



La reunión debe tener lugar en la localidad del deudor.

Previamente a la reunión, el mediador deberá comprobar la existencia y la cuantía de los créditos y, aunque la ley no lo manifieste, de los activos si fuese el caso.

Si consta dirección de correo electrónico en la lista de acreedores, las comunicaciones se realizarán por este medio. En caso contrario, se debe dejar constancia fehaciente de las mismas, por lo que el burofax con certificación de texto y entrega será el medio más apropiado. En el caso de entidades de crédito, es conveniente acudir igualmente al burofax, dado que las direcciones aportadas pueden no ser fiables o corresponder a la red comercial, no a los servicios jurídicos.

Tan pronto como sea posible tras la aceptación, el mediador debe remitir una primera comunicación a los acreedores en la que se presentará como mediador en el procedimiento, exponiendo brevemente las circunstancias de la mediación, la legislación aplicable y señalaremos la fecha, hora y lugar de la reunión con el deudor y acreedores. Esta comunicación servirá de complemento al acta de la sesión constitutiva en la que sólo participó el deudor.

Es muy conveniente adjuntar en esta comunicación, un escrito por el que el acreedor pueda confirmar el importe y circunstancias del crédito, debiendo exhibir la documentación justificativa en caso de diferir respecto a los facilitados por el deudor.

Ver modelo carta de comunicación a acreedores.

Con una antelación mínima de veinte días (naturales) a la fecha prevista para la celebración de la reunión, el mediador debe remitir a los acreedores una propuesta de pago de los créditos. En el caso de deudor persona natural no empresario este plazo es de quince días (naturales).

Esta propuesta deberá contar con el consentimiento del deudor, por lo que es necesario someterle la propuesta elaborada y recabar su firma. En caso de persona física casada en régimen de gananciales, es muy aconsejable recabar igualmente la firma del cónyuge.

Si ambos cónyuges son propietarios de la vivienda familiar, sea en gananciales o en indiviso, se debe recabar la firma del cónyuge del deudor a la propuesta de pagos.

(Ley Concursal artículo 236.1 y 242 bis.1 6º)



Para elaborar esta propuesta, si es persona física, han de tenerse en cuenta las fuentes de ingreso del deudor, sus circunstancias personales, gastos familiares y personales que debe atender, así como los activos de que disponga.

En el caso de empresarios y entidades mercantiles, la propuesta será equivalente a un plan de viabilidad empresarial. En este caso y, especialmente si el deudor cuenta con personal de administración, es más recomendable trabajar conjuntamente con ellos en el plan de viabilidad.

Los acreedores podrán remitir propuestas alternativas modificaciones dentro de los diez días (naturales) posteriores a la recepción de la propuesta o del envío de la misma. La Ley concursal no es consistente en estos plazos señalando "recepción de la propuesta" en el caso de las personas físicas no empresarios y "desde el envío" para el caso de empresarios o entidades mercantiles.

Es de resaltar que los créditos de derecho público que se recauden bien por la Ley General Tributaria o bien por el Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, no se verán, en ningún caso, afectados por el acuerdo.

No obstante, si se aceptase la propuesta de pagos, el mediador puede solicitar a los organismos públicos un aplazamiento o fraccionamiento de dichos créditos.

Por ello, si en la información aportada por el deudor constan créditos de esta naturaleza, el mediador debe solicitar cuanto antes una confirmación de los créditos de naturaleza pública, y el plan de pagos propuesto deberá tener en consideración su cuantía, vencimiento y posibilidades de fraccionamiento o aplazamiento.

## **7.- Medidas que puede contener el plan de pago.**

El plan de pagos puede contener cualquiera de las siguientes medidas. No son excluyentes entre sí, por lo que pueden combinarse todas ellas.

- a) Esperas por un plazo no superior a diez años.
- b) Quitas. Sin límite.
- c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos.



d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta.

e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

Evidentemente, en el caso de personas físicas, los puntos d) y e) no son de aplicación.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas ni podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente.

(Ley Concursal artículo 236.1)

En caso de oposición de una mayoría de los acreedores, el mediador deberá instar el concurso del deudor.

(Ley Concursal artículo 236.4)

## **8.- Celebración de la reunión.**

A la reunión deben asistir los acreedores convocados salvo que, en el plazo de diez días (naturales) anteriores a la fecha, hayan expresado su oposición a la propuesta.

Los créditos de aquellos acreedores que no asistan a la reunión, salvo los que tengan constituida garantía real, hayan aceptado la propuesta o se hayan opuesto, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso.

En la reunión se puede modificar la propuesta de pagos, pero sin cambiar las condiciones de aquellos acreedores que sí hayan aceptado la propuesta.

Si la propuesta, con o sin modificaciones, es aceptada por lo acreedores, el acuerdo debe ser elevado a público. Este acuerdo no podrá ser objeto de rescisión en caso de que, incumplido el mismo, se inste el concurso consecutivo.



El notario autorizante debe ser el mismo ante quien el deudor solicitó la mediación. Dicha escritura cerrará expediente abierto por el notario.

En el caso de mediaciones solicitadas ante el registrador mercantil, se deberá presentar una copia de la escritura, para que el registrador pueda cerrar el expediente.

Notarios y registradores comunicarán a la A.E.A.T. y la T.G.S.S. el acuerdo alcanzado.

Si no se alcanza acuerdo alguno, el mediador deberá instar de manera inmediata el concurso del deudor ante el juzgado competente.

Como ya se ha indicado, en caso de empresarios y mercantiles, los juzgados competentes son los mercantiles. En caso de persona natural no empresario, la competencia corresponde, desde octubre de 2015, a los juzgados de primera instancia.

En caso de persona natural no empresario, los plazos para instar el concurso consecutivo difieren. El cómputo del plazo se inicia con la fecha de comunicación al juzgado de primera instancia. Si transcurridos dos meses desde dicha comunicación, el mediador considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes.

Plazo notablemente más corto que el regulado en el artículo 5 bis de la Ley Concursal que dispone: "transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal".

Entendemos que, en virtud del artículo 3.1 de la Ley Concursal, el deudor siempre puede instar el concurso de manera voluntaria. De hecho, esta es la solución más recomendable, habida cuenta la documentación necesaria para solicitar el concurso. Solo si el deudor no acreditara al mediador que ha instado el concurso, deberá instarlo el mediador.

En tal caso, es muy conveniente suscribir un documento con el deudor, en el que el mediador recabe su conformidad y en el que manifieste que se hace cargo de la totalidad de los gastos y costas que la solicitud y, en su caso, la inadmisión, puedan originar.

Es de resaltar que en este momento procesal, el mediador no es aún administrador concursal, por lo que deberá contar con la representación de



letrado y procurador, tal como dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil. Solo cuando, admitido el concurso sea nombrado administrador concursal, quedará dispensado de tal representación.

## **9.- Mayorías necesarias para aprobar el plan de pagos**

Para la aprobación del plan de pagos, son necesarias diversas mayorías calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo.

1.- Si vota a favor del mismo el 60% del pasivo, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, pueden someterse a esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25% del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

2.- Si vota a favor del mismo el 75% del pasivo, los acreedores sin garantía real pueden someterse a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero nunca superiores a diez y a quitas superiores al 25% del importe de los créditos.

(Ley Concursal artículo 238)

Adicionalmente, respecto de los acreedores con garantía real, ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

Por la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo.

Aquellos que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no excedan del valor de la garantía, quedarán vinculados a las medidas descritas anteriormente, siempre que las mismas hayan sido acordadas por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

- Del 65% cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 anterior.
- Del 80% cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 2 anterior.

El acuerdo puede ser impugnado por acreedores que no hayan sido convocados o hayan votado en contra. El plazo es de diez días (procesales) a contar desde la publicación del acuerdo en el Registro Público Concursal.





La impugnación se realizará ante el juzgado competente y se tramitará como incidente concursal.

La impugnación no suspende 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 que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la superación de los límites establecidos en el apartado 7 o en la desproporción de las medidas acordadas.

### **10.- Cumplimiento del plan de pagos**

La ley es extremadamente parca en este aspecto, limitándose a manifestar que "el mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo".

Para suplir esta carencia y ya que el incumplimiento supone automáticamente la necesidad de instar el concurso, se debe suscribir un protocolo de supervisión con el deudor, de manera que éste se obligue a informar, cada cierto tiempo, de la marcha del convenio. Dicho protocolo deberá prever el que el mediador pueda dirigirse a los acreedores, a fin de verificar la ejecución del plan de pagos.

Cuando el mediador tenga conocimiento del incumplimiento, el procedimiento se situará en el momento procesal descrito en los párrafos finales del apartado 8.

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

### **11.- Honorarios de la mediación**

El artículo 233.1 de la Ley Concursal dispone que "reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal, que deberá fijarse en su acta de nombramiento. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación. En todo lo no previsto en esta Ley en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes".

Desgraciadamente a la fecha de la presente guía, los aranceles del mediador no se han desarrollado reglamentariamente y no se espera que ocurra en breve.

Ha de resaltarse que, el que la retribución dependa "en todo caso" del éxito alcanzado, puede ser contrario al principio de independencia que preside la



mediación. Por muy profesional que sea el mediador, parece que si el éxito de la mediación tiene efectos en los honorarios a percibir, esta circunstancia puede significar una presión al mediador.

El artículo 242.1 de la Ley Concursal dispone que el mediador concursal designado administrador concursal "no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial".

Por su parte, la disposición adicional octava de la Ley Concursal dispone que "serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales". En tal caso, el cálculo se realizará de conformidad con el artículo 34 de la Ley Concursal y su desarrollo en el Real Decreto 1860/2004.

El artículo 15 de la Ley de Mediación, dispone que, salvo pacto en contra, el coste de la mediación se divida por igual entre las partes. Dadas las especiales características de la mediación concursal (en la mayoría de los casos los acreedores no habrán accedido a la misma voluntariamente, sino por la amenaza de subordinación de sus créditos), no sería realista pretender que los gastos de la mediación, incluyendo los honorarios del mediador, sean satisfechos por todas las partes.

Por ello, cuando el artículo 231.2 c) de la Ley Concursal exige al deudor como requisito para solicitar la mediación concursal "que dispongan de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo", debemos entender que será el deudor quien deba sufragar la totalidad de los gastos, no su parte proporcional.

En cualquier caso, esta es una cuestión que puede ser planteada a las partes en el acuerdo de pagos y en la reunión con los acreedores.

Igualmente, el mismo artículo 15 de la Ley de Mediación prevé que el mediador pueda solicitar de las partes una provisión de fondos.