



ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE MEDIACIÓN
www.asedmed.org

II SIMPOSIO-CONGRESO INTERNACIONAL DE MEDIACIÓN

MEDIACIÓN CONCURSAL. ESTADO ACTUAL

JOAQUIN MASTACHE DE LA PEÑA

www.asedmed-asturias.org

ASEMED-ASTURIAS



QUIÉNES SOMOS

MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

SERVICIOS

LEGISLACIÓN Y ENLACES

CONTACTO

A close-up photograph of two hands shaking in a firm grip, symbolizing agreement or mediation. The hands are wearing dark suit sleeves with white cuffs.

▶ **MEDIACIÓN CONCURSAL**

Salamanca 7 de mayo 2016

ANTECEDENTES

- **Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.**

Persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español

* Primera reforma.- R/D Ley 3/2009 de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

* Segunda reforma.- Ley 38/2011.

Profundiza en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.

Se introducen las modificaciones en el procedimiento del artículo 64 de la ley concursal para evitar conflictos con la jurisdicción social y la autoridad laboral.

Además se incrementa el peso de las valoraciones que se han de hacer en el concurso de su impacto sobre los trabajadores, introduciendo la necesaria coordinación con la reforma laboral efectuada por la ley 35/2010

La aplicación de esta segunda reforma supone:

- A.- Incremento significativo de los concursos ordinarios
- B.- Las personas físicas representan la gran mayoría de las declaraciones de concurso.
- C.- España es el país de nuestro entorno donde más aumentan los procedimientos de insolvencia.

- * Tercera reforma.- Desde el 2011 se han producido 17 reformas, siendo las más importantes
 - a. La ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introdujo el título X de la Ley Concursal relativo a los acuerdos extrajudiciales de pago.
 - b. La Ley 25/2015 de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo el artículo 178 bis relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho.

DEFECTOS DE NUESTRO SISTEMA CONCURSAL

El proceso concursal es y sobre todo era:

- **Largo**.- Duración media, 2 años, fundamentalmente por los escasos medios con que cuenta la Administración de Justicia y por el incremento de los concursos motivados por la crisis.
- **Costoso**.- En un proceso concursal, el número de actores intervinientes es elevado, procuradores, abogados, acreedores, administradores concursales etc

- **Insatisfactorio**.- En la mayoría de los casos, el acreedor ordinario se queda sin cobrar. Además casi el 90% de los concursos devienen en liquidación.

Hay que aclarar que estos defectos no son achacables únicamente a la ley concursal, existen múltiples motivos de orden sociológico y económico.

A causa de la rigidez laboral, los empresarios solicitan el concurso cuando su situación está muy deteriorada

Estos antecedentes nos plantean la hipótesis de la existencia de algún camino **más corto, menos costoso y más satisfactorio**.

También el legislador debe valorar la **mediación intra-judicial** (practicada en Francia y Bélgica), de modo que el juez se limite a la designación del mediador previa comunicación por el deudor de su situación de insolvencia según establece el artículo 5 bis de la Ley concursal.

La comunicación con solicitud de nombramiento de mediador dotaría de mayor solemnidad a lo que hoy es una simple declaración privada que, además no se puede constatar, de que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que, muchas veces

se está utilizando simplemente para retrasar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso.

La primera actuación que debe acometerse para hacer realidad el uso de la mediación concursal, es la modificación del artículo 5 bis de la Ley concursal para poder incluir en su ámbito de aplicación la negociación de convenios extrajudiciales en los que intervenga un mediador.

Con ello podrían beneficiarse de la posibilidad de poner fin a la insolvencia, no solo las personas naturales, sino también las pequeñas y medianas empresas.

- Ley 5/2012 de Mediación en asuntos civiles y mercantiles

Una de las funciones esenciales del estado de derecho es la garantía de la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos.

Esta función implica el reto de la implantación de una justicia de calidad capaz de resolver los diversos conflictos que surgen en una sociedad moderna y a la vez compleja.

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos.

Conviene leer esta ley.

Cito esta ley porque en ella además, se abre la puerta a las mediaciones concursales, aunque no se haga referencia expresamente a ella, tampoco las prohíbe.

La ley sienta las bases para una mediación concursal al reconocer que son susceptibles de mediación todos los conflictos que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, ya que en el procedimiento concursal se discuten derechos absolutamente disponibles debido a su carácter patrimonial.

ESTADO ACTUAL

- Ley 14/ 2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

España viene atravesando una grave y larga crisis económica. Entre 2008 y 2012 se destruyeron aproximadamente 1,9 millones de empresas, más del 99,5% con menos de 20 asalariados y se constituyen 1,7 millones de empresas.

Esta situación justifica por si misma la necesidad de emprender reformas favorables al crecimiento y la reactivación económica.

En su capítulo V, esta Ley reforma la Ley concursal y prevé un acuerdo extrajudicial de pagos, un mecanismo de

negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas.

En la situación económica actual, se necesitan cambios tanto en la cultura empresarial como en la normativa , al objeto de garantizar que el **fracaso** no cause un empobrecimiento y una frustración tales, que inhiban al empresario de comenzar nuevos proyectos y pase a ser un medio para **aprender y progresar**.

El procedimiento se limita a designar un **profesional** idóneo por su experiencia, cualificación e independencia y a asegurar que se cumplan los requisitos para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo.

Es responsabilidad del mediador impulsar los trámites.

La ley es poco generosa en el reconocimiento de las posibilidades de negociación de deudas pues pueden pactarse exclusivamente quitas de hasta el 25⁰% y esperas de hasta tres años.

El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el mediador constata el incumplimiento . En estos casos el procedimiento sirve de tránsito al **concurso sucesivo**.

La reforma incluye una regulación suficiente para la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación del patrimonio del deudor que, declarado en concurso directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho.

El artículo 21.7 de la Ley 14/2013 añade a la ley concursal el título X, “**El acuerdo extrajudicial de pagos**” integrado por los artículos 231 a 242, imprescindibles para la mediación concursal.

- Aspectos novedosos que la ley de emprendedores introduce en la ley concursal
 - * Se regula la denominada “segunda oportunidad, que supone la posibilidad de que el deudor pueda, en el marco de su concurso de acreedores, cancelar definitivamente deudas que no han podido ser satisfechas con sus bienes y activos presentes. No obstante, el alcance de esta segunda oportunidad es limitado, ya que sólo puede acceder a ella determinado tipo de deudores, no se extiende a los créditos de derecho público y exige

que el deudor satisfaga íntegramente cierta clase de créditos, como los garantizados con hipoteca o prenda.

- * Modificación de los acuerdos de refinanciación formal, que quedan regulados en la disposición adicional cuarta. En ella se establece una regla que flexibiliza el modo de computar la mayoría del pasivo que suscribe el acreedor, de cara a la extensión de la espera pactada por la mayoría de entidades que no lo suscriben.

- * Se regula de una forma más extensa el procedimiento para la designación de un experto independiente que tendrá por misión la de emitir el informe sobre la viabilidad del deudor y la proporcionalidad de las garantías.
- * Se facilita la consecución de acuerdos extrajudiciales entre los distintos tipos de deudores, mediante el acuerdo extrajudicial de pagos, introduciendo la figura del **mediador concursal**.

- Quién puede solicitar la mediación concursal

Cualquier empresario, persona física o jurídica que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir con sus obligaciones, con la limitación de que su pasivo no supere los **cinco millones de euros**.

En el caso de las personas jurídicas, la valoración de los bienes y derechos no puede superar los cinco millones, siendo los acreedores menos de 50.

- Existen exclusiones como:

- 1.- Entidades aseguradoras
- 2.- Condenados por sentencia firme por delitos contra el patrimonio, la Hacienda Pública, la Seguridad Social, los derechos de los trabajadores y de orden socio-económico.
- 3.- Quienes estando obligados a estar inscritos en el Registro Mercantil, no lo estuvieran con antelación.
- 4.- Quienes estando obligados a llevar contabilidad, no lo hubiesen hecho en los tres ejercicios anteriores o no hubieran depositado las cuentas anuales.

- 5.- Quien en los últimos tres años hubiera alcanzado un acuerdo extrajudicial con los acreedores u obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o haya sido declarado en concurso de acreedores.
- 6.- Quien se encuentre negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitido a trámite.
- 7.- Cuando cualquier acreedor que necesariamente debiera verse vinculado por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.

- Efectos para los acreedores:
 - * No podrá iniciarse ni continuarse ejecución alguna mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses. Los créditos con garantía real tienen libertad de decisión.
 - * Practicada la correspondiente anotación en los registros públicos de bienes, no podrán anotarse embargos o secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del mediador concursal, salvo por los acreedores de derecho público o con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial.

LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL

El mediador concursal participa activamente en conseguir la aprobación de un acuerdo de pagos que permita al deudor continuar con su actividad y evitar largos y dilatados procesos concursales.

El **mediador concursal** deberá ser abogado, economista o auditor de cuentas con al menos cinco años de ejercicio profesional y con formación acreditable en materia concursal y mediación.

Será designado por el Notario o por el Registrador Mercantil, según se trate de un deudor persona física o jurídica y recaerá entre los que figuren en la lista de Mediadores del Ministerio de Justicia de forma secuencial.

Hay que recordar que el mediador concursal se convertirá en administrador concursal si la mediación no llega a buen término y deviene en concurso sucesivo.

El mediador concursal debe estar inscrito en el Registro de mediadores e instituciones de mediación del Ministerio de Justicia, además deberá recibir formación específica por instituciones debidamente acreditadas

También deberá suscribir un seguro que cubra la responsabilidad derivada de su actuación.

En todo lo no previsto en la Ley Concursal respecto del **mediador concursal** se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes.

Entre las **funciones** del mediador concursal están:

- Verificar la existencia y cuantía de los créditos
- Enviar el plan de pagos y de viabilidad
- Presentar alternativas o propuestas al plan de pagos.
- Decidir no continuar con las negociaciones

Si los acreedores mayoritariamente, excluidos los de créditos con garantía real o de derecho público, **no continúan** con las negociaciones, el mediador está obligado a solicitar inmediatamente la declaración de concurso de acreedores.

Si los acreedores **aceptan** el plan de pagos, el mediador se ocupará de elevar el acuerdo a escritura pública.

Por lo tanto, las **actuaciones y plazos** del mediador concursal serán:

- A. Aceptar el nombramiento
- B. En 10 días desde la aceptación, comprobar la existencia y cuantía de los créditos.
- C. Convocar al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor a la reunión de los acreedores en el plazo de 10 días desde la aceptación.
- D. Remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el plazo de 20 días naturales previos a la fecha prevista para la celebración de la reunión

- E. Enviar a los acreedores el plan de pagos y viabilidad aprobado por el deudor (una vez pasado los 10 días para presentar alternativas o notificar la decisión de no continuar por los acreedores)
- F. Mantener la reunión con los acreedores, que deberá celebrarse en el plazo de 2 meses a partir de la aceptación del cargo de mediador.
- G. Si el acuerdo es aceptado por los acreedores, se ocupará de elevarlo a público y en su caso enviar copia al Registro Mercantil.
- H. Si el acuerdo no es aceptado por los acreedores, solicitará inmediatamente la declaración de concurso de acreedores al Juez.

- I. Supervisará el cumplimiento del acuerdo:
 - Si se cumple íntegramente, lo hará constar en acta notarial que se publicará en el BOE y en el Registro Público Concursal.
 - Si no se cumple, el mediador deberá instar el concurso, considerando que el deudor se halla en situación de insolvencia.

- J. En cualquier caso, ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos entre deudor y acreedores, el mediador concursal deberá solicitar inmediatamente la declaración del concurso de acreedores.

¿Como se desarrolla el procedimiento de un acuerdo extrajudicial de pago?



• EL PLAN DE PAGOS

Es el documento central de la propuesta que efectúa el mediador para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos.

Deberá incluir:

- Esperas por un plazo no superior a 10 años.
- Quitas.
- Cesión de bienes o derechos a los acreedores.
- La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora.

- La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo máximo de 10 años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero distinto de la deuda original.

•FINALIZACIÓN Y EFECTOS SOBRE ACREEDORES

- El mediador eleva a escritura pública el acuerdo
- Dicha escritura servirá para cerrar el expediente ante el notario o el Registro Mercantil.
- El notario o el Registrador Mercantil dará cuenta del cierre del expediente.

DEL EXPEDIENTE A LOS REGISTROS PÚBLICOS DE BIENES

- Se publicará la existencia del acuerdo en el BOE y en el Registro público Concursal
- En caso de no ser aceptado el acuerdo, si el deudor continúa en situación de insolvencia, el mediador concursal solicitará ante el juez de lo mercantil el concurso sucesivo.

El acuerdo extrajudicial de pagos es susceptible de ser impugnado en los 10 días siguientes a su publicación, las causas pueden ser:

- 1.- Que no se haya comunicado a la reunión de acreedores.
- 2.- Que no se haya votado a favor del acuerdo.
- 3.- Que se haya manifestado oposición dentro de los 10 días siguientes a la reunión.

Las impugnaciones se tramitarán ante el juzgado de lo mercantil mediante el procedimiento de incidente concursal.

La impugnación no suspende la ejecución del acuerdo extrajudicial de pagos.

Para que se acepte el plan de pagos se precisa que voten a favor el 60% del pasivo, siendo el 75% si en el plan de pagos existe cesión de bienes del deudor en pago de deudas, siendo necesaria además la aprobación de los acreedores que tengan garantía real sobre dichos bienes.

- Es importante hablar de las personas naturales no empresarios , ya que inicialmente la persona natural que instaba un procedimiento concursal se encontraba con que sufría todos los perjuicios y ningún beneficio.
- Para las personas naturales, conseguir un convenio con acreedores con la correspondiente quita y espera era prácticamente imposible, lo que la llevaba a la liquidación con la enajenación de bienes y pérdida de la vivienda correspondiente, ya que la vivienda no era necesaria para continuar con su actividad profesional.

- Además, al no ser posible la disolución o liquidación de la persona natural, ésta se encontraba con que una vez finalizado el concurso, los acreedores continuaban reclamando judicial y extrajudicialmente las deudas que no habían sido satisfechas en sede concursal.
- Para corregir estas situaciones, la Ley 25/2015 de mecanismos de segunda oportunidad introduce sistemas de manera que el deudor persona natural podrá obtener la **exoneración del pasivo insatisfecho**, eso sí, una vez que concluya el concurso por liquidación y siempre que cumpla ciertos requisitos, entre ellos:

- Haber celebrado, o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos conforme al título X de la Ley concursal (a menos que su pasivo supere los 5 millones de euros).
- Haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, o, caso de no haber podido cubrir esos pagos, haber presentado un plan de pagos a cinco años. Si excepcionalmente no logra cumplir ese plan pero justifica que ha dedicado al menos la mitad de sus ingresos no embargables al pago de las deudas, podrá el juez del concurso dictar auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso

- En relación a esto último, la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio de modificación de la Ley Orgánica del poder judicial, añade un apartado 6 al artículo 85 y establece que los concursos de persona natural no empresario, ya no son competencia de los Juzgados de lo Mercantil, sino que lo son de los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del deudor.
- Gracias a esta última modificación de la Ley Concursal, es previsible que aumente la actuación de los mediadores concursales, al exigirse para la exoneración del pasivo insatisfecho al menos un intento de acuerdo extrajudicial de pagos.

