

GRADO: DERECHO Y ADE

CURSO 2020-2021

**LA MEDIACIÓN CONCURSAL COMO
INSTRUMENTO DE SEGUNDA
OPORTUNIDAD: EL ESFUERZO VÁLIDO
PARA UN NUEVO INICIO**

AUTOR: Pablo Gurruchaga Revuelta

DIRECTOR: Ixusko Ordeñana Gezuraga

1	Introducción	4
2	El surgimiento de una nueva oportunidad mediante la mediación en la evolución de la Ley Concursal	4
3	La mediación concursal como especie de mediación	9
3.1	La mediación como instrumento jurídico para solventar conflictos	9
3.1.1	Concepto y origen de la mediación en el Derecho español	9
3.1.2	Ámbito de aplicación	11
3.1.3	Análisis de la figura del mediador	12
3.1.4	El procedimiento de mediación	14
3.2	La mediación concursal	16
3.2.1	La mediación concursal: peculiaridades frente a la mediación general	16
3.2.2	Estatuto del mediador concursal	18
3.2.2.1	¿Quién puede ser mediador concursal?	18
3.2.2.2	Funciones para el ejercicio de la mediación	19
4	Ley de Segunda Oportunidad	20
4.1	El refortalecimiento de la mediación mediante la Ley 25/2015	20
4.2	El procedimiento judicial concursal y la mediación	21
4.3	Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho	23
4.3.1	El acuerdo extrajudicial de pagos: un paso previo	24
4.3.1.1	Origen y evolución	24
4.3.1.2	Procedimiento	26
4.3.1.3	El concurso consecutivo	30
4.3.2	Requisitos del mecanismo de segunda oportunidad	31
4.3.2.1	El deudor de buena fe	32
4.3.2.2	Presunciones de culpabilidad	32
4.3.3	Solicitud de exoneración y concesión del beneficio	33
4.3.3.1	Extensión y revocación	33
4.3.3.2	Régimen especial de exoneración	34
4.4	Efectos: un nuevo inicio a través de la mediación	35
5	Conclusiones	36
6	Bibliografía	40

ABREVIATURAS:

AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
Art./Arts.	Artículo/Artículos
BEPI	Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho
CC	Código Civil
LC	Ley Concursal
LM	Ley de Mediación
p./pp.	página/páginas
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
ss.	siguientes

1. Introducción

En los últimos tiempos, sobre todo durante la famosa crisis del 2008 y en este más que difícil momento que estamos sobrepasando actualmente, la situación económica del país ha obligado a infinidad de empresas –y, por supuesto, a las personas que hay detrás de las mismas- a tener que poner fin a su actividad y sufrir por completo los efectos de dichas crisis.

En muchos casos, además, la imposibilidad para hacer frente al pago de las deudas generadas y la inevitable condena a ello, impide al individuo el poder reiniciar su vida empresarial con una nueva actividad, abocándole a un eterno ciclo de compromisos pendientes incluso en aquellos casos en los que su patrimonio haya dejado de existir. Se compara esta situación con la del rey Sísifo en la Odisea, quien estaba obligado a empujar una enorme piedra cuesta arriba por una ladera empinada, sometido a la frustrante expectativa de que, al alcanzarse la cima de la colina, la piedra siempre rodaba hacia abajo, teniendo que empezar de nuevo desde el principio.

De este modo, nace la pregunta de si estos particulares de buena fe no merecen la existencia de un mecanismo que permita alcanzar una segunda oportunidad y les libere, en cierto modo, de esa situación de exclusión social en lo que al ámbito empresarial y económico se refiere. Vivir de cerca estas situaciones, hace plantearse cómo la aplicación del sistema judicial actual causa numerosos episodios generadores de sufrimiento y si no existen ciertas alternativas a este mecanismo que pudieran alcanzar soluciones más adecuadas a las partes. En la actualidad, el aparato judicial y legal no se ajusta a las necesidades de resolución que tienen los conflictos interpersonales de los individuos, produciendo que nos planteemos la búsqueda de alternativas a la judicialización de los mismos, métodos diferentes que permitan complementar el sistema actual otorgando un mayor ajuste a cada circunstancia según sus características.

El presente Trabajo de Fin de Grado versa sobre la mediación concursal de la mano de la Ley de Segunda Oportunidad, figura jurídica que trata de conceder a los sujetos esa herramienta de la que servirse, siempre que se cumplan los debidos requisitos, para superar la situación de insolvencia mediante un procedimiento más flexible y adaptable a las características de cada caso, además de dispensar esa nueva posibilidad de afrontar nuevos retos en su vida económica y empresarial sin tener que vivir condenado a actuar al margen del ciclo legal de la economía.

2. El surgimiento de una nueva oportunidad mediante la mediación en la Ley Concursal

La Ley 22/2003, de 9 de julio, conocida como Ley Concursal –en adelante LC- se introdujo en España como la norma que suponía la renovación y la coordinación a la necesaria modernidad en nuestro país sobre la insolvencia en lo que al Derecho se refiere. Echando la vista atrás y atendiendo a lo sucedido allá por el 2008, esta Ley –diseñada en período de prosperidad económica- se mostró totalmente incapaz de procesar la ingente

cantidad de concursos que, de un año para otro, supuso la fatal crisis sufrida por nuestro país. Es decir, esta norma se promulgó en un contexto económico muy diferente al que se podía prever en un primer momento y tuvo que llegar la crisis económica para evidenciar la inadecuación de muchas de sus disposiciones.

Lo expuesto supuso que, a partir de 2009, la referida ley entrara en un constante proceso de evolución y reforma. La mayoría de estas reformas estaban impulsadas por el apremio del momento histórico sufrido por la economía del país y concretadas en legislaciones de urgencia, decretos-leyes acompañados de la correspondiente reforma en la ley pertinente e inmediatamente completada por nuevos decretos-leyes que reiniciaban el proceso¹.

La primera de las referidas reformas la introdujo el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, el cual trató de acelerar la tramitación de los concursos extendiendo la aplicación del denominado procedimiento abreviado, en un principio previsto para empresas de escasa entidad, a otras de mayor tamaño. Este decreto introdujo, también, un primer instrumento alternativo al concurso de acreedores llamado «acuerdo de refinanciación», dirigido a la ampliación del crédito disponible del deudor o a la modificación de sus obligaciones, ya fuera por medio de la prórroga de su plazo de vencimiento o por medio del establecimiento de unas nuevas en sustitución de aquellas. Además, abrió la posibilidad de anticipar la liquidación a la fase común en aquellos casos en los que esta se trataba de la mejor alternativa.

En contra de lo propuesto por estas medidas, las estadísticas correspondientes al año 2011 desvelaban conclusiones deprimentes, entre ellas la excesiva prolongación en el tiempo de los concursos de acreedores, sumado a que la gran mayoría de los mismos terminaba en liquidación. Por otro lado, la mayor parte de los concursos de acreedores se tramitaban mediante el procedimiento abreviado, convirtiendo la excepción en regla general. También supusieron un problema los concursos sin masa y aquellos en los que los créditos contra la masa acababan con el poco activo existente, probando que la regulación resultaba muy complicada para tratar empresas insolventes.

Todo ello derivó en la reforma derivada de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que intentó remediar tales carencias para lograr un proceso más rápido y eficiente. Se trató de una reforma de mayor entidad que la anteriormente descrita y se puede resumir en los siguientes aspectos claves:

En primer lugar, se trató de priorizar los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso de acreedores y se impulsó un verdadero procedimiento abreviado mediante la anticipación de la liquidación, provocando que esta fase pudiera abrirse en cualquier momento y aprobarse casi de inmediato un plan de liquidación para procederse mucho antes a la enajenación de los bienes, gozando, además, de una regulación específica. Otros aspectos a destacar de esta reforma son la manera en la que se favorece el convenio o la búsqueda de una mayor profesionalización de la administración concursal. Por último, se

¹ Así lo explica FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, pp.18-22

produce una notable mejora sobre la situación de los trabajadores afectados por el concurso y se refuerza el régimen de los concursos conexos.

Además de todos los mencionados cambios, esta ley trajo un gran número de pequeñas modificaciones de fondo y forma, pero se continuó dejando de lado la regulación de aspectos importantes y que requerían de atención. Uno de estos era el mecanismo de la segunda oportunidad, ya reconocido en otros ordenamientos como el norteamericano, en este caso, bajo el nombre de *fresh start*², y no se trataba de otra cosa distinta a que los particulares quedaran exonerados tras la terminación de su concurso de las deudas pendientes de pago.

A pesar de la ausencia de regulación sobre la cuestión en la referida norma, algunas resoluciones judiciales comenzaban a reflejar este problema. Como ejemplo de ello, allá por el 2010, en Barcelona, se produjo la declaración de concurso voluntario de un matrimonio que, una vez finalizadas las correspondientes operaciones de liquidación, incluida la venta de la vivienda habitual, satisfizo la totalidad de los créditos contra la masa, así como los créditos concursales privilegiados y casi la mitad de los ordinarios.

El Juzgado que tramitó dicho procedimiento estableció que, en tales circunstancias, los acreedores aquí tratados no son los titulares de los créditos concursales –que se extinguirían-, sino de los extraconcursoales, siendo estos los únicos supervivientes tras la finalización del proceso concursal. El objetivo de ello sería «dar una salida razonable a las situaciones de sobreendeudamiento de particulares de buena fe, habilitando mecanismos que permitan conceder a estos deudores una segunda oportunidad que no les aboque a una situación de exclusión social»³ en contra de lo que establecía el artículo 178.2 LC⁴.

La problemática que suponía esta interpretación giraba en torno a su evidente choque con el artículo 1911 del Código Civil⁵ -en adelante CC-, del que se derivaba este artículo 178.2 LC, puesto que de su literalidad no cabe suponer restricción alguna a la posibilidad de iniciar procesos singulares por parte de los acreedores sobre los créditos pendientes de cobro. En el fondo, se estaba utilizando el proceso judicial como instrumento de creación de políticas sociales, hecho que suponía una grave intromisión en las funciones del Poder Legislativo.

Al tiempo que en nuestro país se comenzaba a meditar acerca de esta cuestión, cogían fuerza procedimientos alternativos a la jurisdicción para la resolución de conflictos. Ante la evidente enorme tasa de litigiosidad existente, había que buscar una alternativa que tratase, entre otras cosas, de aligerar la ingente cantidad de trabajo en los juzgados al

² Habla sobre ello JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, “El fresh start introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745/2014.

³ Juzgado de lo Mercantil nº3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, 671/2007-C4, Fundamento de Derecho 29

⁴ El art. 178.2 LC establecía: «[...] en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme».

⁵ El art. 1911 CC establece: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros».

tiempo que buscarse una solución satisfactoria para las partes en sus controversias. Fue en el año 2012 cuando surgió la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, introduciendo en España una nueva opción para los sujetos en su búsqueda por alcanzar la justicia. En palabras de la propia Directiva a 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008 que impulsó este recurso en nuestro país, la mediación es «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador»⁶.

Hubo que esperar hasta la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, conocida como Ley de Emprendedores, para que se introdujese de algún modo en nuestro ordenamiento el concepto de la segunda oportunidad. El propósito último del legislador era promover la actividad económica. Lo que suponía esta segunda oportunidad era, *grosso modo*, la exoneración o remisión de deudas del concursado insolvente en casos de circunstancias extraordinarias y la consecuente posibilidad de empezar de cero. El principal aspecto a destacar de esta reforma fue la introducción del acuerdo extrajudicial de pagos –en adelante AEP–, mecanismo consistente en la negociación extrajudicial de deudas e inicialmente previsto solo para empresarios, personas físicas o jurídicas. Se trataba de un procedimiento flexible tramitado ante el registrador mercantil o el notario, quienes elegían un mediador encargado de la configuración de un acuerdo de pagos entre el deudor y los acreedores. Mediante esta herramienta, se daba pie a otras vías diferentes a la jurisdicción para la resolución de los conflictos, en este caso, por medio de la mediación⁷.

Poco después, mediante el Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo, se dio una vuelta más a los acuerdos de refinanciación flexibilizando la normativa al respecto con unas leves modificaciones. Se trató de mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación con determinadas posibilidades como los fraccionamientos de pago, las quitas y la capitalización de la deuda.

Finalmente, fue el día 27 de febrero de 2015 cuando se aprobó el Real Decreto-Ley 1/2015, llamado de mecanismo de segunda oportunidad. Se convirtió, posteriormente, en la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, conocida como Ley de Segunda Oportunidad. De esta manera se daba, por fin, satisfacción a esa mencionada necesidad imperante desde hace años relacionada con la necesidad de protección de los particulares y el combate efectivo de los efectos de la profunda crisis económica. Además, se introducía definitivamente el mecanismo de la segunda oportunidad⁸, carente de regulación en España, pero ya existente en otros ordenamientos desde hacía tiempo,

⁶HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, *InDret*, nº1/2017, p.6

⁷ PRATS ALBENTOSA, LORENZO, “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la ley de emprendedores”, *Abogacía Newsletter*, nº 59/2013

⁸ BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad”, AAVV (FLORES DOÑA, M^a DE LA SIERRA y RAGA GIL, JOSÉ TOMÁS), *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la Unión Europea*, Dynkinson, Madrid, 2016, pp. 111-112.

desarrollando por medio de la figura del mediador un instrumento de resolución de conflictos que pudiera dar solución a esta complicada situación.

El objetivo de la norma es sencillo: tratar de establecer el marco jurídico y económico en el que una persona física insolvente, tras haber finalizado el proceso de venta de todo su patrimonio, puede ver reducidas en todo o en parte sus deudas, siempre y cuando, obviamente, dicho deudor haya constatado su buena fe. No se debe aplicar este instrumento a aquel deudor que haya cometido determinados delitos, ni a quienes puedan ser declarados culpables de su propia insolvencia.

Existían diversos motivos para impulsar la regulación de este instrumento, pero uno de los principales, sin duda, es el que señalaba el propio Real Decreto-Ley en su exposición de motivos, donde hacía referencia al desincentivo que suponía para el mercado que el deudor empresario no pudiera exonerar los pasivos insatisfechos y el favor que indirectamente se hacía a actividades relacionadas con la economía sumergida⁹.

A la hora de establecer el régimen jurídico que regulara la segunda oportunidad, se optó por aprovechar lo ya recogido en la LC y sus sucesivas reformas, donde ya se habían recogido fórmulas de exoneración o remisión de pagos. A pesar de la ineficacia de la norma introducida mediante la Ley de Emprendedores, donde, incluso, se recogía ese ya mencionado AEP, esta sirvió de base para la nueva reforma. El sistema que se confeccionó finalmente, puede considerarse un tanto tortuoso en el sentido de que exigía un primer intento de acuerdo extrajudicial y, solo en caso del fracaso del mismo, se obligaba al deudor a iniciar un procedimiento de liquidación de todo su patrimonio. La justificación de todo este procedimiento era evitar que el beneficio de la segunda oportunidad se utilizase de un modo fraudulento. Así todo, la propia ley recogía la posibilidad de acogerse a este beneficio sin haber intentado el AEP siempre y cuando, en la liquidación concursal, se cumplieran unos determinados umbrales de pasivo satisfecho.

Por otro lado, esa exoneración de las deudas debe ser solicitada por el deudor, no se trata de una consecuencia automática de la liquidación concursal, habilitándose un régimen contradictorio de oposición en el que será necesario el informe de la administración concursal y en el que podrán intervenir los acreedores. De este modo, se hizo descansar el peso principal de la reforma en la normativa concursal, produciéndose la remisión de deudas en el marco del proceso judicial de insolvencia únicamente como falta de patrimonio del deudor o como consecuencia de la conclusión de la sección de liquidación.

Por lo tanto, la Ley de Segunda Oportunidad partía de lo ya recogido en la Ley de Emprendedores, pero mostrando importantes cambios en las condiciones para poder acceder al AEP, pudiendo acogerse al mismo cualquier particular y facilitando, además, la remisión de deudas –se trata, primero, de una remisión provisional que se convierte en

⁹ Indica el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social en su exposición de motivos que: «La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros a acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. Al contrario, los mecanismos de segunda oportunidad son desincentivadores de la economía sumergida y favorecedores de una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo».

definitiva una vez constatadas la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos-. No se debe olvidar que la opción del convenio sigue estando abierta para cualquier deudor. Ha de tenerse en cuenta que la segunda oportunidad se trata de una excepción, no de la regla general, tal y como recoge ese artículo 178.2 LC¹⁰.

En definitiva, y haciendo referencia ya al objetivo de este procedimiento, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 1/2015 hacía mención al mismo de esta forma, siendo este, en palabras del propio texto:

«permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: el que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer».

Todo ese cúmulo de reformas provocó que se habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley Concursal. De este modo, se aprobó el Real Decreto 1/2020, del 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal –en adelante TRLC-, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales a fusionar.

En lo que respecta a los cambios introducidos en el ámbito de la segunda oportunidad, la norma mantiene prácticamente la estructura establecida en la Ley de Segunda Oportunidad -como no debía ser de otra manera, a nuestro juicio-, si bien se introducen algunos matices al respecto, como la limitación de la extensión de la exoneración definitiva a los créditos de derecho público o alimentos. Es decir, con la excusa de la refundición de normas, se ha perjudicado al deudor persona física mediante pequeñas modificaciones, y todo ello a las puertas de la inminente crisis económica que se augura en nuestro país.

3. La mediación concursal como especie de mediación

3.1. La mediación como instrumento del derecho

3.1.1. Concepto y origen de la mediación en el Derecho español

Datar con exactitud el origen y los inicios de la mediación como método de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial se trata, sin duda, de una actividad difícil. A lo largo de la historia, encontramos diversos acontecimientos, en diferentes momentos y lugares, que sugieren la aplicación de este mecanismo como medio de resolución de controversias. Parece que la mediación ha existido y se ha practicado, con este u otro nombre, desde siempre y en todo lugar.

¹⁰ Trata sobre ello FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, pp.26-27

Refiriéndonos a estos casos, la finalidad principal de estas primeras mediaciones se trataba de solucionar los conflictos interpersonales acudiendo a un tercero con autoridad reconocida por las partes para que este pudiera ayudarlos a poner término a su problema de manera pacífica.

El tipo de mediación mencionado se trata, obviamente, de un concepto muy primario y ciertamente vago. No fue hasta principios del siglo XX, situando como primer antecedente destacado la Convención de La Haya de 1907 sobre solución de controversias internacionales, cuando se reconoció a la mediación jurídica como medio no jurisdiccional de resolución de conflictos. Este texto recoge el reconocimiento de la mediación jurídica como institución diferente tanto de la jurisdicción como de otros medios alternativos tales como el arbitraje y la conciliación¹¹.

A pesar de todo, para que podamos hablar de la mediación tal y como la conocemos hoy en día, es inevitable remontarnos a mediados del siglo XX, concretamente, a Estados Unidos. En dicho país, durante la década de los treinta, surgieron una clase de factores sociales, políticos y económicos que produjeron un cambio radical, tanto político, como económico. En dicho contexto, comenzó a ser utilizada, en primer lugar, la mediación laboral para, posteriormente, en la década de los setenta, desembocar en el «movimiento ADR (*Alternative Dispute Resolution*)», esto es, la utilización de la mediación, así como otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos con objetivo de mejorar el derecho de acceso a los tribunales por parte de los sujetos¹².

A raíz de ese fuerte movimiento surgido en el otro continente, comenzaron a surgir en Europa los primeros coletazos de este tipo de práctica en países como Inglaterra, Francia o España. Refiriéndonos al origen de la mediación en nuestro ordenamiento y a su práctica, esta llega en los años 80 utilizándose en el ámbito privado, concretamente en los conflictos familiares, tras la Ley 30/1981, conocida como ley de divorcio, planteándose unos años después en la vía intrajudicial, y extendiéndose con posterioridad a otros ámbitos.

Como consecuencia de todo lo anterior, fue la disposición final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, la que recogió la intención de desarrollar propiamente el mecanismo de mediación¹³, aunque fueron las Comunidades Autónomas quienes se adelantaron al ámbito estatal y desarrollaron sus propias leyes principalmente en el ámbito de la mediación familiar¹⁴.

Refiriéndonos de nuevo al plano estatal, se postuló como una pieza clave en todo el proceso la publicación de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

¹¹ MIRANZO DE MATEO, SANTIAGO, “Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación”, *Revista de Mediación*, num.5/2020

¹² MACHO GÓMEZ, CAROLINA, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *Anuario de Derecho Civil*, nº3/2014, pp. 931.996

¹³ La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio establecía en su Disposición Final Tercera que: «el Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y que en todo caso en los que la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas»

¹⁴ GISBERT POMATA, MARTA y DÍEZ RIAZA, SARA, *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson/Civitas, Navarra, 2014, pp. 23-24

de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles¹⁵. A pesar de ciertos problemas relacionados con el plazo de transposición de la misma, esta Directiva, finalmente, derivó en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos civiles y mercantiles, conocida como Ley de Mediación –en adelante LM-, la cual introdujo propiamente el mecanismo de la mediación en nuestro ordenamiento y de la que posteriormente hablaremos.

De este modo, nació en España un instrumento que se podría definir como un «procedimiento confidencial de gestión de conflictos en el que un tercero profesional, neutral e imparcial, que carece de autoridad para imponer una solución, ayuda a las partes a resolver voluntariamente una disputa o a negociar una transacción adecuada a sus propios intereses y necesidades»¹⁶.

3.1.2. **Ámbito de aplicación**

La mediación tiene muchos ámbitos de aplicación muy diversos entre ellos. Así, este mecanismo puede utilizarse para la resolución de conflictos de materia familiar, escolar, para resolver problemas comunitarios, vecinales, laborales, entre organizaciones... La aplicación de este método nos ofrece un sinfín de posibilidades.

Consideramos que, al hablar de la mediación, es importante aclarar que no resulta aplicable en cualquier situación. Existen determinadas circunstancias que desaconsejan el uso de este mecanismo, ya sea un desequilibrio entre las partes que dificulte la consecución de un acuerdo favorable para ambas o, simplemente, situaciones que por cuestiones legales no pueden someterse a tal procedimiento. A este respecto, la LM, deja fuera de su ámbito de aplicación los asuntos penales, laborales y los relacionados con el consumo.

La primera de estas exclusiones, es decir, la mediación penal, nos parece lógica en el sentido de que nada tiene que ver con asuntos civiles o mercantiles y posee su propia regulación, más estricta y condicional. De hecho, en los asuntos penales está latente el debate entre los autores sobre si debe existir o no la posibilidad de aplicar la mediación, existiendo tanto sus defensores¹⁷ como detractores¹⁸. A este respecto, ni la justicia penal tradicional, ni los métodos alternativos pueden obligar a una víctima a perdonar a su

¹⁵ La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles establecía en su artículo 12.1 que: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión»

¹⁶ Así lo define CARRETERO MORALES, EMILIANO, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 79-80

¹⁷ Cierta sector doctrinal muestra la reparación integral de la víctima como una exigencia ligada al principio de humanidad, recogiendo DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El principio de la humanidad en Derecho Penal”, *Eguzkilore*, nº 23/2009, pp. 224 y ss.

¹⁸ Rechaza la idea de aplicar la mediación en la delincuencia mayor ROIG TORRES, MARGARITA, “La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania”, *Cuaderno de Política Criminal. Segunda Época*, Núm. 121/2017, p. 267.

agresor. El perdón del ofensor no es la única finalidad que persigue la mediación, sino que va más allá, buscando aquella compensación que satisfaga en mayor medida a la víctima, ya sea, por ejemplo, mediante compensación económica o mediante la realización de ciertos trabajos en su favor¹⁹.

La reparación no se trata únicamente de una opción, sino del fin que ha de perseguir la justicia. Por ello, la justicia restaurativa consiste en reparar, además, la responsabilidad de los infractores, otorgándoles la posibilidad de realizar acciones que solucionen en la medida de lo posible el daño causado²⁰. Este es el tipo de justicia en el que se basa la mediación penal.

En cuanto a la materia laboral, parece lógica su exclusión en el sentido de que la legislación laboral ya utiliza mecanismos para la resolución extrajudicial de conflictos de trabajo. Así, lo que hace la norma es señalar un camino legal por el cual es necesario, previamente a la judicialización del proceso, tratar de resolver las controversias ante los Servicios de Mediación Arbitraje y Conciliación de las Consejerías de Trabajo de las distintas Comunidades Autónomas, siendo en aquellos casos en los que no se logra el acuerdo cuando se tramita la correspondiente demanda ante la Jurisdicción Social²¹.

La última de las exclusiones, es decir, los actos relacionados con el consumo, a priori puede parecer fácilmente incluíble en los actos de materia civil, pero la propia ley realiza la exclusión en este sentido evitando su regulación.

Entre los casos que deberían quedar fuera del ámbito de la mediación suelen incluirse, también, aquellos en los que una de las partes sufre patologías emocionales graves o no puede gobernar sus asuntos por sí mismo.

Por lo tanto, se puede observar que la mediación no es el remedio para todos los casos existentes, sino que existen ciertos ámbitos en los que otro tipo de procedimiento como el judicial resultaría más aconsejable.

3.1.3. Análisis de la figura del mediador

Comúnmente se entiende por mediador aquel tercero profesional, ajeno al conflicto, que desde una posición de neutralidad interviene en la gestión del mismo en busca de una solución que satisfaga a ambas partes. El mediador no juzga ni decide, aunque sí puede tomar decisiones sobre el procedimiento y las reglas de mediación²².

La función del mediador no debe ir nunca más allá de la proposición de acuerdos y de tratar de acercar las posturas de las partes. No debe entrar en la imposición de soluciones,

¹⁹ Así habla sobre ello SHAPLAND, JOANNA, “*Situating restorative justice within criminal justice*”, SAGE publications, Londres, 2010, p. 519

²⁰ DOOLIN, KATHERINE. “But What Does it Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice”, *The Journal of Criminal Law*, nº 71/2007, p.432

²¹ Aborda esta materia ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada, 2009.

²² Al respecto, PEÑA YÁNEZ, MARÍA ÁNGELES, *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013.

ya que ese aspecto es, principalmente, el que lo diferencia de la tarea de otras figuras afines como los jueces o árbitros. Deben ser las propias partes del conflicto las que lleguen a la consecución de un pacto con su ayuda²³.

Atendiendo a la actuación del mediador en el procedimiento, esta debe regirse por una serie de principios como son la voluntariedad, la imparcialidad, la confidencialidad o la buena fe. La propia LM recoge estos principios en su Título II, explicando el modo en el que debe actuar el mediador, manteniéndose en un punto neutro entre las partes sin pretender el perjuicio o interés de cualquiera de ellas (art. 7 LM), debiendo abandonar su actividad en aquellos casos en los que exista cualquier circunstancia que afecte a su neutralidad. (art. 13.4 LM)

En lo que respecta a la situación en nuestro país, la mencionada LM recoge en su Título III el Estatuto del mediador, donde señala una serie de requisitos para el ejercicio de esta profesión, tales como tratarse de una persona natural –quedando excluida específicamente la posibilidad de ser ejercida esta actividad por personas jurídicas-, encontrarse en plena disposición de sus derechos civiles o no concurrir en él algún impedimento por razón de la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión²⁴.

Asimismo, el mediador ha de encontrarse en posesión de un título universitario o de formación superior, además de contar con formación específica para el ejercicio de la mediación, (arts. 11 y ss. LM) aunque no se especifica de ningún modo cómo han de ser dichos cursos o cuáles han de ser las instituciones acreditadas para impartirlos. Entendemos que el tema de la formación de los mediadores es algo que ha pasado un tanto inadvertido para el legislador a pesar de tratarse de una cuestión de vital importancia para el correcto funcionamiento de esta institución.

Una de las claves del futuro, tanto del procedimiento de la mediación, como de la propia institución pasa porque los mediadores que la lleven a cabo estén cualificados para ello, tomando la profesionalidad como principio fundamental ligado a esta materia. Las autoridades públicas han de promover y fomentar la formación del mediador, asegurándose de que existen garantías mínimas de competencia²⁵. De este modo se expresa también la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, cuando recoge, en su art. 4, que los Estados Miembros fomentarán de la forma que consideren oportuna la continua formación de los mediadores para que la actividad realizada por los mismos se lleve a cabo de una manera eficaz y oportuna.

La ambigüedad sobre la formación necesaria para el ejercicio de esta actividad supone un claro obstáculo para la misma. El porvenir de la mediación pasa por defender la calidad de la misma y por profesionalizar su desempeño, siendo ambas condiciones esenciales para conseguir definitivamente la integración de la mediación en nuestro sistema de justicia. Si la implementación de la mediación no se lleva a cabo adecuadamente y bajo

²³ En otros términos, es un mecanismo autónomo de resolución de conflictos, en el que el tercero actúa *intra partes*.

²⁴ Tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 389 como el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en su artículo 57 establecen un estricto régimen de incompatibilidades para jueces, magistrados y fiscales con el ejercicio de otros cargos.

²⁵ GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA y BOLAÑOS CARTUJO, IGNACIO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos Pendientes*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p.48

unos estrictos parámetros de calidad que garanticen el buen fin de la misma, no tendrán ningún sentido los esfuerzos realizados hasta la fecha²⁶.

3.1.4. El procedimiento de mediación

A la hora de hablar del procedimiento de mediación, se discute si realmente existe o no el mismo, si es que existe un verdadero camino que ha de seguirse para su realización o, por el contrario, el desarrollo del mismo es totalmente libre. No existe un procedimiento homogéneo seguido por todos los mediadores de la misma forma, y precisamente en ello radica la fortaleza de este mecanismo: aporta esa capacidad de adaptación a las necesidades y voluntad de las partes del conflicto de la que carecen los medios de resolución de conflictos tradicionales, siendo el propio mecanismo el que se adapta a la situación y no al contrario²⁷. La flexibilidad se estructura como uno de los principios más importantes de la mediación, si bien esto no significa que se trate de un procedimiento totalmente anárquico, sino que han de respetarse una serie de normas mínimas. De este modo, la LM recoge en su preámbulo esta flexibilidad y primacía de la voluntad de las partes, catalogándolo como “un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales”. Así, como se ha señalado, la propia norma solo “se limita a establecer aquellos requisitos imprescindibles para dar validez al acuerdo que las partes puedan alcanzar”, quedando en manos de las partes el porvenir del acuerdo.

Refiriéndonos ya propiamente a lo recogido en la norma sobre el procedimiento de mediación, las disposiciones a este respecto se encuentran en el Título IV de la misma y lo divide en diferentes “fases”:

En primer lugar, se encuentra la solicitud de inicio, solicitud que debe realizarse de manera conjunta y de mutuo acuerdo entre las partes, designando un mediador aceptado por ambos o bien la institución que habrá de designar al mismo (art.16 LM). En ciertos casos, debido a la complejidad de la materia o a la conveniencia de las partes, el procedimiento podrá ser llevado a cabo por varios mediadores que habrán de actuar de forma coordinada (art.18 LM).

Una vez recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, estas deberán ser citadas por el mediador o la institución de mediación ante la que se haya presentado la misma para la celebración de la sesión informativa (art. 17 LM). Esta fase del procedimiento es fundamental para el desarrollo de la mediación ya que es el momento en el que el mediador habrá de convencer definitivamente a las partes de la idoneidad del mecanismo para la gestión de su conflicto²⁸.

²⁶ Expone este tema CARRETERO MORALES, EMILIANO, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p.15

²⁷ SOLETO MUÑOZ, HELENA, “El proceso de mediación”, AAVV (SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 225

²⁸ Habla sobre la importancia de ello BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.389

Posteriormente se desarrolla la sesión constitutiva, donde las partes van a plasmar formalmente su deseo de iniciar el procedimiento de mediación, plasmando en un acta ciertos aspectos recogidos por la Ley²⁹. Es en este momento cuando se designará definitivamente al mediador, así como el objeto del conflicto y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento, chocando, en cierto modo, con la predicada flexibilidad del mismo³⁰.

Una vez firmado el acta que constituye el inicio del procedimiento, las sesiones se caracterizan por la ya mencionada flexibilidad. A este respecto, el mediador junto a las partes configura una agenda de trabajo estableciendo el cómo proceder.

La propia Ley establece unas reglas sobre el desarrollo de dicho procedimiento, señalando que el mediador habrá de convocar a las partes para cada sesión con la antelación necesaria y deberá dirigir dichas sesiones de mediación, así como la comunicación entre las partes (art. 21 LM). Mediante acuerdo de estas, todas o parte de las actuaciones de mediación podrán ser realizadas mediante medios electrónicos, siempre que se respeten los principios de la mediación recogidos en la propia norma (art. 24 LM).

Por último, en lo que se refiere al resultado del procedimiento, pese a que no sea el único, el objetivo de la mediación es que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin al conflicto. La mediación no es un método que garantice la solución de dicho conflicto, ya que va a depender de la voluntad de las partes y, por tanto, es posible que pueda finalizar sin acuerdo y que el conflicto, en consecuencia, no quede solucionado, bien por voluntad de una de las partes, bien por voluntad del mediador, o, simplemente, por el transcurso del tiempo máximo establecido (art.22 LM). En dichos casos no significa que la mediación haya sido un fracaso en su totalidad, ya que ha podido generar otros efectos positivos relacionados con la situación que se trataba entre las partes.

De la finalización del procedimiento, ya sea con acuerdo o sin él, habrá de levantarse un acta de finalización, firmado por las partes, que recogerá bien los acuerdos alcanzados

²⁹ La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles establece que: «El procedimiento de mediación comenzará mediante una sesión constitutiva en la que las partes expresarán su deseo de desarrollar la mediación y dejarán constancia de los siguientes aspectos:

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

³⁰ Así lo expresa, CARRETERO MORALES, EMILIANO, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, p.258, cuando dice que: «la necesidad de que conste en el acta de sesión constitutiva el programa de actuaciones y la duración máxima prevista para el desarrollo del procedimiento [...] parece entrar en cierta contradicción con la predicada flexibilidad del procedimiento de mediación, “obligando” tanto a las partes como al mediador a hacer una previsión de la duración del procedimiento que, por otro lado tal y como se dispone en el art. 20 de la Ley habrá de ser “lo más breve posible”».

por las partes o bien su finalización por cualquier otra causa (art. 22.3 LM). El mediador es el encargado de ayudar a las partes a alcanzar la formalización de un acuerdo, pero son estas las que, finalmente, deciden si someterse o no al mismo. Dicho acuerdo conforma un contrato de transacción³¹, siendo la mediación, por lo tanto, una especie de transacción asistida a través de un procedimiento específico recogido en la Ley³².

El acuerdo alcanzado tiene carácter vinculante para las partes y es obligación del mediador informarles sobre ello, así como de la posibilidad de elevar dicho acuerdo a escritura pública (art. 23.3 LM).

En lo referente a la nulidad del acuerdo, podrá ejercitarse acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, reforzando la naturaleza contractual del mismo (art. 23.4 LM).

3.2. La mediación concursal

3.2.1. La mediación concursal: peculiaridades frente a la mediación general

La figura del mediador concursal viene regulada en el TRLC y se incorporó en nuestro país dentro de los acuerdos extrajudiciales de pago, figura de la que posteriormente hablaremos. El perfil profesional y el estatuto de esta figura goza de unos perfiles propios y no puede asimilarse exactamente ni a la administración concursal, ni a la mediación civil y mercantil. Sorprende que la Ley recoja este mecanismo refiriéndose a su resultado –el AEP - y no como un apartado en sí mismo.

El mediador concursal es un profesional que interviene en el proceso para agilizar las negociaciones por insolvencia cuya principal misión se trata de supervisar y dirigir el AEP y, en caso de fracasar el mismo, será el encargado de solicitar la declaración del concurso ante el Juez. En la mediación concursal, ese órgano mediador es siempre unipersonal, sin perjuicio de que esté integrado por una persona física o jurídica.

El mencionado decreto recoge los requisitos para ser mediador concursal, requisitos tales como tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, además de estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Se establece una excepción cuando el deudor fuera persona natural no empresario, permitiendo al notario que recibe la solicitud asumir la condición de mediador, salvo declaración en contrario del deudor (art. 642 TRLC). La citada inscripción en el registro correspondiente se torna fundamental en el sentido de que el sistema designa al mediador por criterio secuencial, conforme al orden de lista correspondiente, siendo el Ministerio de Justicia quien comunica al notario o

³¹ Así, el artículo 1809 CC define la transacción como “*un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”.

³² BONET NAVARRO, ÁNGEL, *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.186.

registrador el nombre del mediador que en cada caso corresponda³³. Y es que esta es una de las particularidades de la mediación concursal frente a la genérica: los mediadores no son elegidos directamente por las partes, sino que estas pierden dicha facultad. No resulta extraño que, dada la importante función social que cumplen los mediadores concursales, lleven a cabo estos procedimientos únicamente aquellas personas que cumplan con los requisitos legales establecidos mediante un sistema que garantiza tanto la objetividad del proceso como la imparcialidad.

Otra de las diferencias respecto del mediador genérico es que, en el supuesto de fracasar la negociación, el mediador concursal puede convertirse en administrador concursal salvo que concurra justa causa que lleve al juez a determinar a una persona distinta (art. 709 TRLC). Es, por ello, que los mediadores concursales deben reunir las condiciones de un administrador concursal, como son la inscripción en el Registro Público Concursal o aunar los requisitos pertinentes de formación y capacitación para esa actividad.

Diferencia, también, a ambos mediadores, su sistema de remuneración. Mientras que en la mediación genérica las partes fijan la retribución y forma de pago del mediador de manera libre, en la mediación concursal dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación (art. 645 TRLC).

En lo que al procedimiento se refiere, el establecido para la mediación concursal es mucho menos flexible que el aplicado para la mediación civil o mercantil. Mientras que en la mediación genérica apenas se regulan sus mínimos, el procedimiento de la mediación concursal está mucho más reglado. Destaca sobre manera el diferente trato a la confidencialidad estipulado en ambos casos. Mientras que en la mediación genérica se trata de un principio esencial, en la mediación concursal carece de ella debido, entre otras cosas, a la publicidad que generalmente acompaña al procedimiento (art. 682 TRLC). Sucede que la mediación concursal, a pesar de estar obligada a respetar ese principio de confidencialidad, puede verse afectada ante actuaciones de obligado cumplimiento por el mediador. Destaca, entre ellas, el deber de instar la declaración judicial de insolvencia en los casos de incumplimiento del AEP.

Además, en aquellos casos en los que el mediador concursal pase a ocupar el puesto de administrador concursal, existe la posibilidad de que deba sacar a la luz y utilizar informaciones que haya conocido durante el procedimiento de mediación, quedando muy en entredicho esa mencionada confidencialidad. Esta posibilidad se encuentra recogida en el propio TRLC, recogiendo en su art. 709 que «en el concurso consecutivo no regirá la regla de la confidencialidad del mediador concursal que hubiera sido nombrado administrador concursal».

En definitiva, el mediador concursal se trata de ese tercero neutral sobre el que ambas partes hacen cesiones para poder obtener una solución consensuada a su conflicto, el encargado de acercar posturas y comunicarlas dentro del denominado AEP, pero su figura también muestra ciertos problemas a la hora de aplicarse.

³³ Al respecto, FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, p.15.

3.2.2. Estatuto del mediador concursal

El mediador concursal se erige como un auxiliar del deudor, aquel profesional cualificado encargado de contrastar la información que se le preste y de tratar de impulsar un acuerdo entre dicho deudor y los acreedores. La flexibilidad de la que goza la mediación permite al mediador concursal adaptar las previsiones de la Ley a su propio hacer. El papel que toma no es únicamente el de dirigir la negociación, sino que ostenta el deber adicional de supervisar el cumplimiento del acuerdo (art. 693 TRLC). Deberá de analizar el cambio de patrimonio del deudor y adoptar unos compromisos que resulten factibles tanto para él como para los acreedores, todo ello en busca de la supervivencia del deudor y de su reincorporación a la actividad económica y financiera.

Así, su función principal es la de impulsar el AEP. A la hora de desarrollar sus funciones, habrá de actuar en base a lo establecido por la propia Ley de Mediación sobre la actuación de los mediadores en general (art.13 LM). Llevan a cabo una función social de mantenimiento y, prácticamente, salvación de una empresa o profesional sabiendo que el fracaso en el procedimiento conlleva, casi con total seguridad, la desaparición de la misma. Además, todo ello lo realiza mediante una actitud especialmente activa que se define en la propuesta de acuerdo, a pesar de que no pueda imponerla.

3.2.2.1. ¿Quién puede ser mediador concursal?

La figura del mediador concursal, ya sea persona física o jurídica, deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles de acuerdo a los requisitos establecidos por la LM. Para el ejercicio de esta actividad por parte de las personas jurídicas que se dediquen a ella, se deberá designar a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la propia norma y previamente expuestos (art. 11.1 LM). Además, para poder ejercer como tal, como ya se sabe, se deberá estar inscrito en la lista oficial correspondiente confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

En aquellos casos en los que la persona natural no sea empresario, también se capacita para el ejercicio de la mediación concursal al notario receptor de la solicitud de nombramiento del mismo, siempre y cuando dicho particular no se oponga a ello (art. 642 TRLC).

Existen una serie de supuestos especiales en los que se otorga capacidad para actuar como mediador a entidades distintas a las anteriormente descritas. Estos supuestos serían, por un lado, el caso del deudor persona natural empresario o aquella persona jurídica que hubiera presentado la solicitud de nombramiento ante una Cámara Oficial, en cuyo caso, sería la propia Cámara quien asumiera las funciones de mediación. Por otro lado, en aquellos casos en los que el deudor fuera una entidad aseguradora o reaseguradora, deberá ser nombrado mediador el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 644 TRLC).

3.2.2.2. Funciones del mediador concursal

Tal y como hemos recogido al analizar el estatuto del mediador concursal, la función principal de este es la del impulso del procedimiento de mediación, en busca de alcanzar un acuerdo para las partes. Dicho impulso se materializa en diversos momentos que permiten diferenciar las funciones del mediador concursal:

El procedimiento de mediación propiamente dicho no empieza hasta que el mediador acepta su cargo. Una vez sucede y de acuerdo a lo establecido en el TRLC, dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo, el mediador concursal deberá comprobar la documentación recibida en aras de comprobar la realidad y exactitud de los datos (art. 659 TRLC), así como la existencia y la cuantía de los créditos de quienes figuren en la lista de acreedores, especialmente en aquellos procedimientos que afecten a personas naturales no empresarios, ya que puede suceder que existan pasivos que no se hayan reflejado correctamente o que la imagen de los elementos que componen el activo y su valoración sea errónea (art. 660 TRLC).

Deberá convocar la reunión con los acreedores en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, con la finalidad de alcanzar un AEP (art. 662 TRLC). En este momento, se torna importante la identificación de aquellos acreedores que pudieran verse perjudicados por dicho acuerdo. Se recoge aquí la función de supervisión del posicionamiento de los acreedores convocados para examinar si el acuerdo será o no posible. Aunque la propia norma no recoja nada al respecto, parece lógico pensar que ha de ser el propio mediador concursal quien presida dicha reunión.

Al proponer o impulsar el AEP, deberá establecer las quitas y esperas que mejor convengan en base a la situación del deudor, así como el resto de medidas patrimoniales pertinentes (667 TRLC). Del mismo modo, con una antelación mínima de 20 días naturales a la fecha de la reunión (15 en caso de que el deudor fuera persona natural no empresario), el mediador concursal tendrá que remitir a los acreedores una propuesta del acuerdo sobre los créditos pendientes (art. 666 TRLC). Así todo, no se debe olvidar que el deudor mantiene sus facultades patrimoniales intactas. Los artículos mencionados no establecen que sea el mediador quien haya de configurar el AEP, siendo, por tanto, el deudor el encargado de ello, sin perjuicio de toda ayuda que pueda serle brindada por aquel.

Además, tal y como establecen los artículos 673 y 674 TRLC, el mediador concursal remitirá la propuesta de acuerdo a los acreedores con el fin de que estos puedan realizar propuestas alternativas o de modificación si así lo desearan. Transcurridos diez días desde la remisión de la propuesta, el mediador concursal hará llegar a los acreedores el plan de pagos y viabilidad final aprobado por el deudor.

En caso de aprobarse el acuerdo, el mediador concursal habrá de elevar el resultado de la reunión a escritura pública (art. 679 TRLC), además de supervisar el cumplimiento del mismo (art. 693 TRLC), haciéndolo constar en acta notarial que se publicará en el Registro público concursal en aquellos casos en los que se cumpla íntegramente (art.694

TRLC). Por lo tanto, como se puede observar, esta función de supervisión no se trata de una actividad pasiva.

En el caso contrario, es decir, el caso de que una mayoría significativa de acreedores decidiese no iniciar o continuar con las negociaciones, rechazando la propuesta de acuerdo o en aquellos casos en los que el mismo fuese anulado por el juez, este deberá solicitar el concurso consecutivo. No existirá esta obligación en aquellos casos en los que el deudor no se encuentre en estado de insolvencia inminente (art.707 TRLC).

4. Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

4.1. El refortalecimiento de la mediación mediante la ley 25/2015

Tras varios años de necesidad de regulación sobre la materia en nuestro país, surgió la Ley de Segunda Oportunidad, impulsada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que introdujo en nuestro país una verdadera herramienta de protección a los particulares.

De esta forma, tal y como hemos indicado, se introdujo finalmente el reiterado mecanismo de la segunda oportunidad, cuyo funcionamiento está ligado íntimamente a la figura del mediador concursal.

Con ello se daba respuesta, de una vez por todas, a esa necesidad de protección de los particulares frente a aquellos fracasos económicos que pudieran darse, otorgándoles la posibilidad de arriesgarse a nuevas iniciativas sin tener que arrastrar eternamente las deudas insatisfechas.

Introducido de este modo el objetivo perseguido por la norma, no puede obviarse el hecho del choque que se produce entre este y el artículo 1911 CC, que recoge que “del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”. A tenor de este artículo, es evidente que la liquidación del patrimonio del deudor no le exime del pago de sus deudas a los acreedores. Para entender la justificación de esta idea, debemos ahondar en ciertos conceptos de nuestro ordenamiento:

El concepto de persona jurídica es uno de las obras más relevantes del Derecho: nacen, crecen y mueren, al igual que las personas naturales. Junto a este, además, existe el principio de limitación de responsabilidad inherente a estas figuras, que permite, mediante su disolución, extinguir las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo, es decir, de quedar libre de estas después de su “muerte”.

No puede negarse que, este principio de limitación de responsabilidad, sea uno de los principales causantes del reciente desarrollo económico de los últimos siglos, convirtiéndose en un incentivo a la actividad empresarial y la inversión. El aspecto que se plantea, entonces, es el diferente trato que se aplica dependiendo de si el deudor persona natural interpone para acometer la actividad empresarial en cuestión una persona

jurídica o no. Se plantea qué sentido puede tener que en uno de los casos pueda beneficiarse de la limitación de responsabilidad y en otro, sin embargo, quede sujeta al principio de responsabilidad patrimonial descrito del CC.

Pero, el concepto descrito en el mencionado artículo 1911 CC, debe completarse con otros dos preceptos del mismo: los hoy derogados artículos 1919³⁴ y 1920³⁵. Estos preceptos hablaban de dos ideas importantes: por un lado, la exoneración de pasivo ligada al cumplimiento de un convenio entre el deudor y los acreedores y, por otro, el principio de limitación de la exoneración en caso de una mejora en la situación del deudor. Ahora bien, no se establecía ninguna previsión sobre la magnitud de la mejora de fortuna, así como ninguna limitación al derecho a cobrar de los acreedores sobre lo que el deudor pudiera adquirir con posterioridad, suponiendo, primero, un importante obstáculo para el deudor a la capacidad de mejorar su situación y, segundo, un evidente rechazo al incentivo de realmente intentarlo.

Paradójicamente, no parecía haber ningún presupuesto en relación a la exoneración del deudor en aquellos casos en los que este liquidara la totalidad de su patrimonio, y es aquí donde entra el mecanismo inspirado por esta norma. La segunda oportunidad trata de permitir que aquel deudor que lo haya perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores tenga la posibilidad de verse liberado de las deudas pendientes, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos, así como de cuantificar la mejora de fortuna que permitiera revocar dicho beneficio y permitir el cobro de los acreedores.

En busca de lo expuesto entra la figura del mediador concursal, cuyo nombramiento será uno de los primeros pasos del procedimiento y quien será el encargado de luchar para que toda la literatura expuesta sobre el mecanismo de la segunda oportunidad no quede en papel mojado, sino que sea una herramienta verdaderamente útil para los sujetos que acudan a ella.

4.2. El procedimiento judicial concursal y la mediación

Ya explicada la figura del mediador concursal e introducido el concepto de la segunda oportunidad, es conveniente explicar lo referente al procedimiento concursal ordinario para entrar en materia. Parece lógico conocer la norma general antes de entrar propiamente a la excepción. De este modo, el procedimiento concursal es aquel que se inicia cuando una persona física o jurídica entra en situación de insolvencia, no pudiendo hacer frente a sus deudas, y cuyo objetivo es llegar un acuerdo entre los acreedores y el deudor. Se regula en el TRLC y consta de varias fases: la declaración de concurso, la fase

³⁴ El artículo 1919 CC establecía: «Si el deudor cumpliera el convenio, quedarán extinguidas sus obligaciones en los términos estipulados en el mismo; pero, si dejare de cumplirlo en todo o en parte, renacerá el derecho de los acreedores por las cantidades que no hubiesen percibido de su crédito primitivo, y podrá cualquiera de ellos pedir la declaración o continuación del concurso».

³⁵ El artículo 1920 CC establecía: «No mediando pacto expreso en contrario entre deudor y acreedores, conservarán éstos su derecho, terminado el concurso, para cobrar, de los bienes que el deudor pueda ulteriormente adquirir, la parte de crédito no realizada».

común para la determinación de la masa activa y pasiva y, por último, la salida del concurso.

Se define como insolvencia aquel estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.3 TRLC). El deudor tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en los dos meses siguientes a la fecha en la que conociera su estado de insolvencia (art. 5.1 TRLC), sería lo que se conoce como concurso voluntario. Aquí encontraríamos el primer vínculo del procedimiento concursal con la mediación, con la posibilidad otorgada al mediador concursal para solicitar el concurso voluntario. Esta facultad fue introducida por la Ley de Emprendedores y actualmente se recoge en el artículo 695 TRLC. Igualmente, estarán legitimados para solicitar la declaración de concurso cualquiera de los acreedores (art. 3.1 TRLC), siempre y cuando, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, no hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento (art. 3.2 TRLC).

En lo que se refiere ya al procedimiento en sí, el juez deberá decidir si lo tramita por el procedimiento ordinario o por el abreviado, dependiendo de que cumpla los requisitos establecidos en la norma³⁶. La fase común del concurso tiene por objeto la determinación de las masas del concurso. Esta se desarrolla en tres hechos:

En primer lugar, la realización de alegaciones por las partes. En esta coyuntura, por un lado, el deudor señala en qué consiste su patrimonio y qué deudas tiene y, por otro, los acreedores, realizan la comunicación de sus créditos.

En un segundo momento, es el administrador concursal quien determina las masas del concurso en sus informes a partir de analizar toda la documentación aportada.

Por último, tras la protesta de algunos acreedores, el administrador concursal modifica –o no– aspectos de dicho informe para desarrollar de una vez el texto definitivo.

El procedimiento de concurso se dividirá en seis secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes (art. 508 TRLC). De este modo, cada sección consiste en lo siguiente:

- (1) Recoge lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso;
- (2) Recoge todo lo relativo a la administración concursal del mismo, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la

³⁶ Así, el TRLC establece en su artículo 522 que:

«1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.

2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.

3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

2. El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio, aunque no sea anticipada, que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.»

responsabilidad de los administradores concursales. En esta actuación, se incluirá el informe de la administración concursal con los documentos que se acompañen y, si así se debiera, los textos definitivos;

(3) Establece lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a los créditos contra la masa;

(4) Comprende lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores;

(5) Trata lo relativo al convenio, sea anticipado o de tramitación ordinaria, y a la liquidación;

(6) Comprende lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Como hemos mencionado anteriormente, fue la Ley de Emprendedores la que introdujo en el derecho concursal la figura del mediador concursal. De este modo, se otorgaba una nueva alternativa a los deudores para hacer frente a su situación, utilizando otros mecanismos –concretamente el AEP- con el fin de combatir su insolvencia.

La figura del mediador concursal viene a concentrar los cargos de mediador y administrador, en el sentido de que, en aquellos casos en los que su actuación conciliadora no tenga éxito, será el encargado de realizar las funciones de esta segunda figura. Así, se erige como una alternativa al procedimiento judicial habitual para tratar de solucionar las disputas entre las partes de manera que todos puedan ver en la mayor medida posible satisfechas sus pretensiones, hecho que, en los procedimientos concursales comunes, en muchas ocasiones, se torna complicado.

4.3. Beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho

La existencia de un régimen de segunda oportunidad eficiente, que otorgue a los deudores insolventes de buena fe la posibilidad de recuperarse patrimonialmente de aquellas situaciones de fracaso económico, se torna como un punto clave en lo que al impacto económico de un país se refiere. De esto trata la Ley de Segunda Oportunidad, permitiendo a estos deudores la exoneración del pasivo insatisfecho tras la liquidación de su patrimonio.

Como hemos comentado a lo largo del trabajo, este régimen se incorporó propiamente en nuestra legislación allá por el año 2015. Atendiendo a la proporción de los concursos instados por personas físicas sobre el total, se podía observar una tendencia ascendente – aunque todavía lejos de países vecinos como Portugal o Alemania- a partir de la entrada en vigor de este mecanismo.

A pesar de los evidentes beneficios que otorga este régimen para los deudores, no se debe olvidar el choque que supone con el principio de responsabilidad patrimonial. De

ahí que su aplicación deba realizarse con un absoluto respeto a los procedimientos y requisitos establecidos por la ley³⁷.

Estos requisitos son los siguientes: primero, se debe tratar de personas físicas naturales que sufran una situación de insolvencia actual cuyas deudas no sean superiores a 5 millones de euros. En segundo lugar, en los 10 años anteriores no deben haber 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. Además, tampoco debe haberse alcanzado, en los últimos 5 años, un AEP, una homologación judicial de un acuerdo de refinanciación ni haber sido declarado en concurso de acreedores.

Existen dos maneras de acceder a la segunda oportunidad: o bien tramitando, previamente, un AEP –con su posterior concurso consecutivo en caso de fracaso-, o bien sin hacerlo, pero cumpliendo con unos umbrales de satisfacción del crédito pendiente mayores.

En aquellos casos en los que, en el seno del concurso de la persona física se liquide y se determine la insuficiencia de masa para poder afrontar las deudas, se deberá solicitar la conclusión del concurso y, entonces, tanto el administrador concursal como el propio deudor podrán solicitar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho –en adelante, BEPI-.

Para que este beneficio pueda ser concedido, el deudor debe haber satisfecho, como mínimo, los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados, además del 25% de los créditos concursales ordinarios en caso de no haber intentado el AEP cuando existía posibilidad para ello.

Por ello, a pesar de que, actualmente, no se trata de una obligación como tal, es muy recomendable tramitar un AEP en aquellos casos en los que exista la posibilidad, ya que posteriormente facilitará el acceso a este mecanismo.

4.3.1. El acuerdo extrajudicial de pagos: un paso previo

4.3.1.1. Origen y evolución

La Ley de Emprendedores se introdujo en nuestra legislación abordando una gran cantidad de materias mediante las que se pretendió dar amparo a esos sujetos denominados como tal. Una de las más destacables herramientas a este respecto se trató del AEP, mecanismo que, tramitado por medio del mediador concursal, buscaba la protección de aquellos deudores que fracasaran en su actividad económica o empresarial realizando un acuerdo con sus acreedores.

³⁷ CUENA CASAS, MATILDE, “La generosa aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad y su impacto en el mercado de crédito”, *Revista el notario del S.XXI*, num.80/2018.

En 2015, esta institución fue actualizada mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y por la subsiguiente Ley de Segunda Oportunidad. Esta actualización se produjo debido al fracaso que sufrió este mecanismo, fracaso derivado de una serie de obstáculos impuestos por la norma:

En primer lugar, la aplicación de esta herramienta estaba limitada a aquellas personas jurídicas con pasivos inferiores a los cinco millones de euros y a aquellas personas físicas que pudieran considerarse como “emprendedoras” (art. 231.1 Ley de Emprendedores). Estas restricciones supusieron que este AEP no pudiera aplicarse a una gran cantidad de sujetos que lo requerían, limitando en gran medida los potenciales efectos positivos que pudiera traer la norma consigo y provocando un desaprovechamiento de la misma.

En segundo lugar, la aplicación del AEP no estaba permitida para los acreedores públicos o aquellos acreedores con garantía real, estos últimos, a excepción de que aceptaran expresamente las condiciones impuestas (art.231.5 Ley de Emprendedores). Esto suponía, de nuevo, un desaprovechamiento del recurso por parte de sujetos que verdaderamente lo requerían debido a que en una gran parte de los casos la deuda se debía a préstamos con garantía hipotecaria para adquirir la vivienda habitual.

Además, el régimen de quitas y esperas establecido por esta norma era menos beneficioso que el establecido en aquel momento por el procedimiento concursal habitual para el convenio. Frente a unas quitas de, como máximo, el 25% y esperas no superiores a tres años (art. 236 Ley de Emprendedores), el procedimiento concursal general presentaba quitas que podían llegar al 50% y esperas de cinco años (art. 100 LC), propiciando una lógica preferencia hacia el procedimiento ordinario.

También hubo ciertas dificultades a la hora de confeccionar las primeras listas de mediadores concursales debido a la necesidad de ciertas exigencias de formación para acceder a la lista.

Por último, el plazo de dos meses establecido por esta ley para alcanzar la consecución de un acuerdo (art. 234 Ley de Emprendedores) no parecía suficiente para afrontar situaciones de insolvencia de cierta complejidad.

Todo lo expuesto desembocó en la mencionada actualización que resultó en la Ley de Segunda Oportunidad, norma que mejoró, por un lado, los beneficios aportados por el AEP en relación a las quitas y esperas, además de ampliar la aplicación de la misma a aquel deudor persona natural no empresaria, acabando con esa limitación de aplicación a “emprendedores”.

Con ello, se trató de promover, por medio del mediador concursal, una herramienta realmente útil para paliar estas situaciones. El mediador se configuraba como un auxiliar jurídico del deudor, un profesional cuya misión será la de contrastar la información aportada por el mismo e impulsar un acuerdo entre este y sus acreedores, pasando, en caso de fracaso, a configurarse como administrador concursal, siendo, entonces, auxiliar del juez –salvo justa causa en contrario³⁸.

³⁸ Sobre ello, FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, p.49

4.3.1.2. Procedimiento

El AEP se trata de un procedimiento preconcursal que se erige como alternativa al concurso de acreedores para poner fin a la crisis económica sufrida por cualquier deudor. El funcionamiento de este mecanismo, se trata de superar la insolvencia sufrida por este último mediante el alcance de un acuerdo con sus acreedores por medio de la figura del mediador concursal.

El carácter público de este mecanismo, entendiéndolo como la protección otorgada a los sujetos que requieran de una ayuda ante su situación de necesidad, explica que este se invoque de forma unilateral, a diferencia de la mediación civil y mercantil genérica que requiere de la voluntariedad de ambas partes. Se inicia a instancia del deudor que cumpla una serie de requisitos, protegiendo el legislador con ello a ese sujeto inminentemente insolvente. Son varios los elementos del procedimiento –en el que posteriormente ahondaremos- que muestran esa especial protección al profesional: por un lado, el hecho de que la propuesta de solución se presenta por parte del mediador a los acreedores con el consentimiento del deudor (art. 666 TRLM) pudiendo ser modificado en reuniones posteriores. (art. 675 TRLM) En segundo lugar, se obliga a los acreedores a asistir a la reunión encaminada a obtener el AEP, siendo posible, incluso, que, sin haber asistido a las negociaciones o habiéndose opuesto a la propuesta del acuerdo, tenga que sufrir las consecuencias que del mismo se deriven. Por último, el resaltable hecho de que los acreedores deberán renunciar a parte de sus derechos crediticios para llegar a un acuerdo que satisfaga parcialmente sus intereses³⁹.

1) Presupuestos

Es importante matizar que no cualquier deudor va a poder acceder al mecanismo del AEP, sino que han de cumplirse una serie de requisitos:

El deudor, ya sea persona física o jurídica, ha de encontrarse en una situación de insolvencia inminente y no haber sido declarado en concurso, así como disponer de una deuda no superior a los cinco millones de euros (arts. 631 y 632 TRLC) –en el caso de persona jurídica, además, ha de tener menos de cincuenta acreedores y disponer de activos suficientes para afrontar los gastos propios de la tramitación del expediente-.

En cualquier caso, en base al art. 634 TRLC, no podrán solicitar este acuerdo:

- Aquellas personas que, en los diez años previos a la solicitud, hubieran sido condenadas en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden

³⁹ ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, “La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado”, AAVV (BLANCO GARCÍA, ANA ISABEL), *Tratado de mediación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 242-244

socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores.

- Quienes, en los cinco años previos a la solicitud, hubieran alcanzado ya un AEP, un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declarados en concurso.
- Las personas que se encuentren negociando un acuerdo de refinanciación con sus acreedores.
- Las personas cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

2) Del nombramiento del mediador concursal

El procedimiento se inicia mediante formulario normalizado y firmado por el deudor. Dicho formulario debe acompañarse de un inventario de bienes y derechos, además de la lista de acreedores. Es importante resaltar la idea de que ha de ser el deudor quien inicie el mismo, ya que es el único con potestad para hacerlo: no puede realizar este trámite el mediador concursal por iniciativa propia, ni tampoco los acreedores (art. 635 TRLC).

La entidad ante la que debe presentarse la solicitud variará en función de las características del deudor. De este modo, en caso de que el deudor sea persona natural no empresario o persona jurídica no inscribible en el Registro Mercantil, la solicitud se presentará ante el notario de su domicilio, mientras que en los casos contrarios será ante el registrador mercantil, pudiendo presentarse, también, en estos casos, ante la Cámara Oficial que haya asumido funciones de mediación. Destaca el hecho que será considerado empresario todo aquel que ejerza actividad profesional, así como los trabajadores autónomos y, por supuesto, todo aquel que disfrute de tal condición conforme a la legislación mercantil o de la seguridad social (art. 638 TRLC).

Tras la presentación de la solicitud de nombramiento del mediador concursal, el deudor podrá continuar con su labor profesional, ahora bien, absteniéndose de realizar cualquier acto que exceda las operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 639 TRLC).

En caso de que el receptor fuera competente, procederá a la apertura de expediente y determinará si el deudor cumple o no con los requisitos legales requeridos. En caso de cumplirse, se procederá al nombramiento del mediador concursal por parte de aquel dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud (art. 640 TRLC).

Tal y como se recogió en el apartado del mediador concursal, este deberá tener la condición de mediador en asuntos civiles o mercantiles y estar inscrito en la lista oficial correspondiente (art. 642 TRLC). Además, en caso de que el deudor fuera persona natural no empresario, podrá ser el notario quien asuma la condición de mediador, así como ciertas cámaras oficiales en algunos supuestos concretos previamente explicados. Para su nombramiento, el puesto recaerá en aquella persona a la que corresponda de manera secuencial en la lista previamente mencionada (art. 643 TRLC). Cabe destacar que el mediador no está obligado a aceptar el cargo y, en caso de rechazo, se vuelve al sistema de designación mencionado anteriormente.

Una vez producida la aceptación, deberá comunicar a los juzgados, registros y organismos públicos correspondientes la misma, además de comprobar, en un plazo de diez días, los datos y documentos aportados por el deudor, así como la existencia y cuantía de las deudas (art. 648 y ss. TRLC). Tras esto –y la consiguiente posibilidad de subsanar los errores en caso de necesidad- convocará al deudor y los acreedores a una reunión dentro de los diez días siguientes desde la aceptación, constituyendo esta una facultad expresa del mediador concursal (art. 662 TRLC).

3) De la propuesta y formalización del acuerdo

Con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión -quince en caso de ser el deudor persona natural sin condición de empresario-, el mediador concursal remitirá a los acreedores una propuesta de AEP con el consentimiento del deudor (art. 666 TRLC).

La propuesta podrá contener las siguientes medidas: esperas por un plazo no superior a diez años, quitas, la conversión de los créditos en otros instrumentos financieros y cesiones de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de sus créditos. En aquellos casos en los que el deudor fuera persona natural sin condición de empresario, la propuesta no podrá contener la conversión de créditos en otros instrumentos (art. 667 TRLC).

Además de las medidas expuestas, la propuesta de acuerdo deberá presentarse acompañada tanto de un plan de pagos de los créditos pendientes y los nuevos, como de un plan de viabilidad (arts. 671 y 672 TRLC). Ambos podrán ser modificados en la reunión entre deudor y acreedores, imposibilitando la modificación en aquellos casos en los que el acreedor hubiera manifestado aceptación dentro de los diez días anteriores a dicha reunión y no hubiera asistido a la misma (art.675 TRLC).

Existen dos prohibiciones a la hora de configurar la propuesta: por un lado, no podrá alterar el orden de prelación de pagos establecido para el concurso de acreedores, salvo que los acreedores afectados consientan expresamente y, por otro, no podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor en busca de la satisfacción de los créditos (art. 670 TRLC).

Una vez presentada la propuesta a los acreedores, estos dispondrán de diez días para presentar propuestas alternativas o de modificación, tras los cuales, el mediador concursal remitirá a los acreedores la propuesta final aceptada por el deudor. Los acreedores convocados deberán asistir a la reunión, a excepción de que hubieran aceptado o rechazado la propuesta dentro de los diez días anteriores a la fecha prevista (arts. 673 y 674 TRLC)

A la hora de adoptar un acuerdo, será necesario el sesenta por ciento del pasivo computable en el caso de que la propuesta del mismo contenga esperas por un plazo no superior a cinco años, la conversión de créditos en créditos participativos por el mismo plazo o quitas no superiores al veinticinco por ciento. En caso de cualquier otro contenido, será necesario el sesenta y cinco por ciento del pasivo computable (art. 678 TRLC). En

ninguno de los casos se integrará en el pasivo computable los importes correspondientes a los créditos de derecho público (art. 677 TRLC).

En aquellos casos en los que la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará a escritura pública otorgada por el mediador concursal, presentada en el registro correspondiente o en la misma escritura notarial según corresponda (art. 679 TRLC). Además, el profesional, el funcionario o la entidad que hubiera realizado el nombramiento del mediador concursal se encargará de comunicar el cierre del expediente al juzgado competente para la declaración del concurso del deudor, así como a los registros públicos de personas o bienes en los que proceda para la cancelación de las anotaciones practicadas (art. 680 y ss. TRLC).

La comunicación se efectuará por medio de copia de la escritura pública o la certificación correspondiente dependiendo de quién hubiera realizado el nombramiento del mediador concursal –el notario en el primer caso y el registrador mercantil o la cámara oficial correspondiente en el segundo. En cada caso, quien hubiera realizado el nombramiento publicará la existencia del AEP en el Registro público concursal-.

En caso de aprobación del acuerdo, su contenido vinculará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real, a excepción de los créditos públicos (art. 683 TRLC). Aquellos acreedores que gocen de garantía real solamente quedarán vinculados en caso de haber aceptado manifiestamente el acuerdo, a excepción de que se alcancen ciertas mayorías: el sesenta y cinco por ciento cuando el acuerdo contenga esperas o conversiones de créditos en créditos participativos con un plazo no superior a cinco años y quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos o el ochenta por ciento en caso de que el acuerdo recoja cualquier otro contenido (art. 684 TRLC).

Aquellos créditos a los que se extienda la eficacia del acuerdo quedarán afectados por el contenido del mismo, no produciendo dicho acuerdo efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el deudor, fiadores o avalistas –salvo muestra de conformidad-. Por lo tanto, la responsabilidad de estos últimos frente a los acreedores que hubiesen aceptado el acuerdo se regirá por los pactos que establecido (art. 686 TRLC).

4) De la impugnación y cumplimiento del acuerdo

La impugnación del acuerdo podrá ser presentada por aquel acreedor que, teniendo derecho a ello, no hubiera sido convocado a la junta de acreedores y que no hubiera aceptado el acuerdo, siempre y cuando la eficacia del mismo afecte a sus créditos (art. 688 TRLC).

Podrá fundarse en una serie de motivos: primero, en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas contando con aquellos acreedores que no hubieran sido convocados cuando convenía, segundo, en la infracción de alguna norma sobre el contenido de la propuesta o, por último, en la desproporción de las medidas acordadas (art. 687 TRLC).

A la hora de presentar la impugnación, deberá hacerse ante el juzgado que ostente la competencia para conocer del concurso del deudor dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo en el Registro público concursal y se tramitará por el procedimiento del incidente concursal (art. 689 y 690 TRLC).

La sentencia que resuelva sobre la impugnación se dictará en el plazo de diez días, siendo susceptible de recurso de apelación de tramitación preferente (art. 691 TRLC).

En lo que respecta al cumplimiento del acuerdo, este será revisado por el mediador concursal. Si el AEP fuera íntegramente cumplido, lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro público concursal (art. 693 y 694 TRLC).

4.3.1.3. El concurso consecutivo

No en todos los casos es posible alcanzar un acuerdo con los acreedores o, incluso en caso de alcanzarlo, no siempre se cumple por parte del deudor. Es en aquellos supuestos donde entra la figura del concurso consecutivo. La competencia para declararlo será del juez que hubiera declarado la nulidad o la ineficacia del acuerdo o lo hubiera declarado incumplido. Se trata de una modalidad del concurso de acreedores que podrá ser solicitado por medio del mediador concursal, del deudor o de los acreedores, en aquellas situaciones en las que se produzca una imposibilidad de alcanzar un AEP, un incumplimiento del plan de pagos acordado o se haya producido la anulación del acuerdo extrajudicial acordado previamente.

Una de las particularidades de este concurso es el deber que ostenta el mediador concursal para declararlo. A pesar de no asumir ninguna función –en un principio- sobre el patrimonio del deudor, debe cumplir con los requerimientos de la solicitud de cualquier otro concurso voluntario, en lo que documentalmente se refiere, así como aportar el informe provisional que tendría que elaborar como administrador concursal.

También tiene que incorporar un informe en el que se pronuncie sobre si concurren en el deudor los requisitos para alcanzar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho.

El mediador concursal deberá presentar la declaración de concurso cuando se cumpla alguna de las situaciones recogidas en el artículo 705 (TRLC), como son: aquellos casos en los que, dentro de los diez días naturales a contar desde el envío de la propuesta de acuerdo, acreedores que representen la mayoría del pasivo que pudiera verse afectada decidieran no iniciar las negociaciones. Igualmente, en caso de que la propuesta fuese rechazada por los acreedores o si el acuerdo fuera anulado por el juez o incumplido por el deudor. Por último, también deberá presentarla cuando el deudor fuera persona natural no empresario, una vez transcurridos dos meses desde la apertura de negociaciones, el mediador considerase imposible alcanzar un acuerdo.

La solicitud de concurso deberá acompañarse de una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación en aquellos casos en los que la formule el deudor o el mediador concursal –además de un informe elaborado por el propio mediador en caso de solicitarla

él- y de un plan de liquidación de la masa activa si el deudor fuera persona natural no empresario (art. 706 TRLC).

Refiriéndonos al régimen del concurso consecutivo, cabe indicar que se tramitará como procedimiento abreviado, pero con una serie de especialidades (arts. 707 y ss. TRLC):

En caso de que el concurso se declarara a solicitud del acreedor, el concursado podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación en los quince días siguientes a la declaración. En los supuestos en los que el concursado fuese persona natural no empresario, únicamente podrá presentar un plan de liquidación de la masa activa. Además, el juez nombrará administrador del concurso al mediador concursal salvo que concurra justa causa.

Respecto a la impugnación del inventario y la lista de acreedores, se realizará dentro del plazo de diez días según lo establecido para las impugnaciones en el procedimiento abreviado y los gastos que se produzcan durante el AEP, así como los demás créditos que surjan durante su tramitación tendrán la consideración de créditos contra la masa.

En cuanto a la liquidación de la masa activa, el juez la determinará en aquellos casos de falta de presentación o de inadmisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, de la falta de aprobación del convenio, y de incumplimiento del mismo. En caso de concurso consecutivo de persona natural no empresario, el juez declarará la apertura de la fase de liquidación en el auto de declaración de concurso.

Por último, el concurso consecutivo se presume culpable cuando el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de nombramiento de mediador concursal o presentados durante la tramitación del expediente, así como cuando lo acompañara de documentos falsos.

4.3.2. Requisitos del mecanismo de segunda oportunidad

El artículo 488 TRLC determina el presupuesto objetivo para poder acceder al BEPI. Como se ha mencionado previamente, este será el haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, además, el 25% de los créditos concursales ordinarios en caso de no haber tratado de celebrar el AEP siendo posible

Dejando a un lado esos requisitos objetivos, la ley también recoge otros de ámbito subjetivo. Así, solo podrá solicitar el BEPI aquel deudor persona natural que haya constatado su buena fe (art. 487.1 TRLC)

4.3.2.1. El deudor de buena fe

La normativa concursal dispone un concepto de buena fe que no coincide con el recogido en otras instituciones civiles o mercantiles. En este caso, la buena fe no se presume, sino que es el deudor el que debe acreditar la concurrencia de determinadas circunstancias en relación al origen de su insolvencia y su comportamiento⁴⁰.

Para poder acceder a la exoneración será necesario constatar la buena fe por parte del deudor. Esto se acredita cumpliendo dos requisitos: por un lado, que el concurso no haya sido declarado culpable y, por otro, que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso (art. 487.2 TRLC).

4.3.2.2. Presunciones de culpabilidad

El concurso puede ser declarado fortuito o culpable. La facultad de declarar el mismo la ostentan la administración concursal y, en su caso, el Ministerio Fiscal. Son ellos quienes ejercen la tarea de razonar y documentar los hechos que tienen trascendencia para dicha declaración y de determinar a qué personas ha de afectar la misma (arts. 448 y 449 TRLC).

En todo caso, el concurso se declarará como culpable en aquellos casos en los que medie dolo o culpa grave por parte del deudor (art. 442 TRLC). Además, los artículos 443 y 444 TRLC determinan ciertos supuestos en los que se presume como culpable el concurso. Estos son:

- (1) Aquellos en los que se haya incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso;
- (2) Haber incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, así como no haber facilitado la información necesaria para el interés del concurso;
- (3) No haber sometido a auditoría las cuentas anuales en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso estando obligado el deudor a la llevanza de la contabilidad;
- (4) Aquellos casos en los que el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o dificultara la eficacia de un embargo;
- (5) Situaciones en las que, durante los dos años previos a la declaración de concurso, hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos;
- (6) Haber realizado cualquier acto jurídico destinado a simular una situación patrimonial inexistente;

⁴⁰ FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, p. 208

(7) Casos en los que el deudor hubiera cometido inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o en aquellos presentados durante el procedimiento;

(8) Aquellos casos en los que el deudor legalmente obligado a la llevanza de contabilidad hubiera incumplido sustancialmente esta obligación;

(9) En los casos en los que la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado.

4.3.3. Solicitud de exoneración y concesión del beneficio

La solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho es la que se prevé en el artículo 489 TRLC. La posibilidad de solicitar la misma se trata de una facultad del deudor y deberá hacerlo ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia concedido a las partes para formular oposición a la solicitud del mismo.

En dicha solicitud, el deudor deberá justificar la concurrencia de aquellos presupuestos y requisitos explicados previamente y necesarios para acceder al BEPI.

En lo que al procedimiento se refiere, será el Letrado de la Administración de Justicia quien dará traslado de esta solicitud a la administración concursal y a los acreedores para que aleguen lo que consideren en el plazo de cinco días. Tras esto, el Letrado de la Administración de Justicia trasladará al deudor los escritos que se hubieran presentado para que manifieste si mantiene la solicitud inicial o si opta por exoneración mediante la aprobación judicial de un plan de pagos.

Tras esto, en aquellos casos en los que la administración concursal y los acreedores personados muestren conformidad con la solicitud o no se opongan en el plazo legal, el juez concederá el BEPI en la resolución en la que declare la conclusión del concurso. La oposición solo podrá fundarse en la falta de alguno de los presupuestos y requisitos establecidos en esta ley (art. 490 TRLC).

4.3.3.1. Extensión y revocación

En aquellos casos en los que se hubieran satisfecho los créditos contra la masa y los concursales privilegiados en su integridad, la exoneración del pasivo se extenderá a la totalidad de los créditos insatisfechos a excepción de los de derecho público y alimentos, siempre y cuando hubiera intentado un AEP previamente.

Si no se hubiera tratado de acordar el AEP cuando cabía hacerlo, el BEPI solo se extenderá al 75% de los créditos ordinarios y a la totalidad de los subordinados (art. 491 TRLC).

Cualquier acreedor está legitimado para solicitar la revocación del BEPI ante el juez siempre y cuando, durante los cinco años siguientes a su concesión, se constatare que el deudor ha ocultado la existencia de bienes, derechos o ingresos. Dicha solicitud se

tramitará conforme a lo establecido para el juicio verbal. En caso de acuerdo por parte del juez para la revocación del beneficio, los acreedores recuperarán sus acciones frente al deudor para hacer efectivos aquellos créditos no satisfechos a la conclusión del concurso (art.492 TRLC).

4.3.3.2. Régimen especial de exoneración

El régimen especial de exoneración se trata de un mecanismo que otorga al deudor de buena fe la posibilidad de solicitar el BEPI, incluso en aquellos casos en los que no haya satisfecho íntegramente los créditos privilegiados y contra la masa, siempre y cuando se comprometa al cumplimiento de un plan de pagos de sus acreedores concursales que tendrá que ser aprobado por el Juez.

Además de la buena fe, se exige al deudor una serie de requisitos adicionales: no haber rechazado en los cuatro años anteriores a la declaración del concurso una oferta de trabajo apta para sus capacidades, no haber incumplido los deberes de colaboración e información respecto del juez del concurso y la administración concursal y no haber obtenido este beneficio de exoneración en los últimos diez años (art.493 TRLC).

En lo que respecta a su tramitación, primero, el deudor deberá aceptar en la solicitud de exoneración someterse al plan de pagos que determine el juez y que, durante cinco años, la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal (art. 494 TRLC).

Esta solicitud deberá ir acompañada de una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por su normativa específica.

En dicha propuesta, deberá, también, incluir el calendario de pagos de los créditos que no queden exonerados, los cuales deben efectuarse dentro de los 5 años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior (art. 495 TRLC).

Una vez presentadas sendas solicitud y propuesta de plan de pagos, será el Letrado de la Administración de Justicia quien los traslade a la administración concursal y a los acreedores para que, en un plazo de diez días, aleguen cuanto estimen oportuno en relación con la concesión del beneficio.

Tras presentar las alegaciones correspondientes o transcurrido el plazo para hacerlo, el Letrado de la Administración de Justicia trasladará al deudor los escritos presentados para que manifieste si mantiene el plan de pagos o, por el contrario, decide modificarlo.

A continuación, las actuaciones se remitirán al Juez del concurso y será este quien, primero, verifique el cumplimiento de los requisitos necesarios y, por otro, conceda provisionalmente el BEPI y apruebe el plan de pagos cuando corresponda. En ningún caso el periodo de cumplimiento puede superar los cinco años (art. 496 TRLC).

En el caso de la exoneración tras sometimiento al plan de pagos, el BEPI se extenderá también a la parte insatisfecha de ciertos créditos: los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso a excepción los créditos de derecho público y por alimentos y a aquellos créditos con privilegio especial, por el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general (art.497 TRLC).

Además, cualquier acreedor estará legitimado para solicitar, durante el cumplimiento del plan de pagos, la revocación de la exoneración siempre que se dé alguno de los siguientes motivos: que el deudor incumpla el plan de pagos, que se produzca una mejora sustancial en la situación económica del deudor que permita el pago de los créditos exonerados, que el deudor incurra en causa que hubiera impedido su calificación como deudor de buena fe o, por último, que oculte la existencia de bienes, derechos o de ingresos (art.498 TRLC).

Finalmente, en caso de transcurrir el plazo establecido para el cumplimiento del plan de pagos sin que haya sido revocado, el deudor podrá pedir al Juez del concurso que dicte auto por el que conceda la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho.

Por otro lado, aunque el deudor no haya cumplido en su integridad el plan de pagos, podrá ser concedida la exoneración definitiva por parte del juez si hubiera destinado al cumplimiento del mismo, mínimo, la mitad de los ingresos obtenidos durante el plazo de 5 años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando se encuentre en situación de especial vulnerabilidad. La resolución por la que se conceda la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho se publicará en el Registro público concursal, no cabiendo recurso contra ella (art. 499 TRLC).

4.4. Efectos: un nuevo inicio a través de la mediación

Una vez se conceda el BEPI y se cumpla el procedimiento previsto, los acreedores no podrán ejercitar acción contra el deudor para el cobro de cualquiera de las deudas exoneradas (art. 500 TRLC).

En lo que respecta a terceros relacionados con el deudor, así como los bienes conyugales, hay que matizar cada situación:

En primer lugar, respecto a estos últimos, en aquellos casos en los que el deudor estuviera sometido a régimen de gananciales, la exoneración beneficiará a los bienes comunes respecto de los créditos anteriores a la declaración de concurso frente a los que debieran responder esos bienes, así como con los bienes de la sociedad o comunidad conyugal ya disuelta en tanto no haya sido liquidada (art. 501 TRLC)

En segundo lugar, respecto a los obligados solidarios y fiadores del deudor, la exoneración no afectará a los derechos de los acreedores frente a estos, debiendo responder de las deudas (art. 502 TRLC).

El mecanismo del BEPI supone que aquella persona física que caiga en concurso pueda solventar su situación. Existe exoneración tanto para aquellos con patrimonio más inmediato como para los que no cuentan con esa disponibilidad, pudiendo fraccionar los créditos a cinco años.

Tras el cumplimiento del procedimiento establecido, el deudor queda libre de sus deudas, pudiendo afrontar de cero una nueva oportunidad para llevar a cabo su actividad profesional en caso de desearlo. En el procedimiento, se torna como pieza clave la figura del mediador concursal, que desde los momentos previos a la concesión del BEPI como es el AEP, debe ser quien dirija la situación buscando la situación más beneficiosa tanto para el deudor como para los acreedores.

5. Conclusiones

En gran parte de las ocasiones en las que se acude al concurso de acreedores, esta herramienta no puede cumplir con su objetivo de mantener la actividad profesional y empresarial del sujeto que asiste a ella. Esto, sumado a la ya mencionada losa que supone para gran parte de los deudores el mantenimiento de las deudas generadas aun cuando se liquida la totalidad de su patrimonio, hace más que necesaria la existencia de otro tipo de mecanismos como el de la segunda oportunidad.

Una vez analizado este mecanismo de segunda oportunidad de la mano de la figura del mediador concursal –y su consiguiente análisis-, podemos extraer las siguientes conclusiones:

PRIMERA. - Es evidente que el acudir al procedimiento judicial para el cobro de las deudas ante un deudor en estado de insolvencia no hace ningún bien al propio deudor, quien quedará obligado al pago de unas cantidades imposibles de satisfacer en su situación, pero tampoco para los acreedores. Acudir a la vía judicial no le garantiza, aun obteniendo una sentencia firme que condene al deudor al pago de las cantidades en cuestión, el cobro de lo debido.

El AEP constituye un método alternativo en principio más barato, rápido y próximo, y menos traumático para el deudor, por lo que parece especialmente adecuado para las situaciones de insolvencia de pequeños empresarios y personas naturales. Mediante la mediación, se puede acudir a dicho mecanismo para obtener una solución que favorezca a las dos partes: por un lado, librando al deudor de buena fe de esa losa que le condene a no poder emprender de nuevo una actividad empresarial y, por otro, permitiendo a los acreedores el cobro, aunque sea en parte, de sus deudas.

SEGUNDA. – El colapso del sistema de justicia en la actualidad es un hecho a afrontar. En la actualidad, la cruda realidad es que desde la admisión a trámite de una demanda hasta la ejecución de su sentencia pueden pasar años.

Los Juzgados de lo Mercantil no son una excepción a esta realidad y su colapso ante situaciones de crisis es más que previsible. **Si llegasen realmente a utilizarse con**

frecuencia este tipo de métodos como alternativa a la vía judicial en situaciones de insolvencia, ello supondría una importante descarga para los mismos, produciendo una mayor agilidad en los trámites y una mayor satisfacción para todo aquel que hubiera de acudir a ellos.

Además, como colofón a esta idea, una mayor eficacia del sistema judicial y una mayor supervivencia de las empresas por medio de mecanismos como los analizados, podría llegar a suponer un incremento en el crecimiento y tamaño de las empresas españolas, así como la llegada de nuevas sociedades, produciendo grandes beneficios en la economía del país y ayudando no solo a quienes acuden a ellos sino, indirectamente, a la sociedad en su conjunto.

TERCERA. – A pesar del esfuerzo realizado por parte del legislador por despejar los miedos e incertidumbres que envuelven a estas instituciones alternativas a la vía judicial para la resolución de conflictos, la cultura de la confrontación y el litigio es un freno importante.

Existen una serie de prejuicios negativos por parte de muchos profesionales, probablemente derivados del desconocimiento sobre estos mecanismos, al no tratarse de materias incluidas en los planes de estudio de las Universidades de Derecho, quizás por su novedad, y configurándose como una losa difícil de superar. **Parece aconsejable tratar de educar un poco más a los futuros especialistas en este tipo de herramientas, ya que puede que gran parte del progreso de nuestra justicia venga de la mano de una correcta aplicación de las mismas para aquellas materias en las que la vía judicial no demuestre ser del todo eficaz.**

CUARTA. - El éxito tanto de la mediación concursal en general, como de los procedimientos analizados en particular, depende en una gran medida, no solo de la mencionada confianza de los profesionales en la misma, sino, también, de la confianza y creencia en la eficacia del sistema por parte de acreedores y deudores. Tradicionalmente en España no han cuajado los métodos alternativos de resolución de conflictos, ni el arbitraje, ni la mediación, ni hasta ahora la mediación concursal. **Es imprescindible una labor de concienciación por parte de Administraciones e Instituciones o, de lo contrario, acabarán siendo previsiones exóticas de la Ley con escasísima aplicación práctica.**

QUINTA. – En lo que respecta al futuro de la mediación, uno de los pilares fundamentales para ello se trata de la profesionalización de la institución. La ambigüedad sobre la formación necesaria para el ejercicio de esta actividad supone un claro obstáculo para la misma. **El porvenir de la mediación pasa por garantizar la calidad de dicha institución y profesionalizar su desempeño, consiguiendo por medio de estas condiciones su definitiva integración en nuestro sistema de justicia.**

Si la implementación de la mediación no se lleva a cabo adecuadamente y bajo unos estrictos parámetros de calidad que garanticen el buen fin de la misma, serán inútiles los

esfuerzos realizados en torno a ella y seguirá siendo una herramienta residual en lo que a su aplicación práctica se refiere.

SEXTA. - Aunque se erija como un medio útil para ser aplicado en los casos expuestos, no se puede dejar de lado el hecho de que **la mediación no es el remedio para todos los conflictos existentes, sino que existen ámbitos en los que este tipo de procedimiento se desaconseja**, tal y como se ha expuesto durante el trabajo. Este tipo de métodos alternativos a la vía judicial son especialmente recomendables para aquellas situaciones en las que las relaciones, ya sean económicas o sociales, entre las personas inmersas en el conflicto deban continuar en el futuro.

A pesar de ello, principalmente, en aquellas situaciones en las que existe un gran desequilibrio entre las partes, la mediación no parece la herramienta más adecuada para resolver el conflicto. La negociación practicada por las partes podría provocar que la más débil aceptara ciertas condiciones injustas o cesiones impuestas por la otra, sin poder el mediador oponerse, ya que no olvidemos que se trata de un tercero neutral que únicamente trata de ayudar a las partes a alcanzar un acercamiento en sus posturas, pero no puede imponer sus propias soluciones.

Por ello, bajo estas circunstancias, parece más lógica la aplicación de algún mecanismo en el que algún tercero con autoridad para declarar e imponer la solución sea quien conduzca el conflicto, como, por ejemplo, la vía judicial, evitando así la imposición de la voluntad de la parte fuerte y aplicando, en la medida de lo posible, la solución más justa.

SÉPTIMA. - **No existe un procedimiento homogéneo seguido por todos los mediadores de la misma forma, y precisamente en ello radica la fortaleza de este mecanismo:** en su capacidad de adaptación a las necesidades del conflicto en cuestión, siendo el propio mecanismo el que se adapta a la situación y no al contrario

La mediación no es un método que garantice la solución de dicho conflicto, ya que va a depender de la voluntad de las partes y, por tanto, es posible que pueda finalizar sin acuerdo. En estos casos, no significa que la mediación haya sido un fracaso en su totalidad, sino que puede haber generado otros efectos positivos relacionados con la situación que se trataba entre las partes, hecho que no suele suceder en la vía de la confrontación judicial, no impidiendo, además, la posterior aplicación de esta vía para la resolución del conflicto.

OCTAVA. – Como hemos expuesto en el trabajo, el deber de confidencialidad del mediador concursal puede verse afectado en aquellos casos en los que deba ejercer como administrador en el futuro. A pesar de no suponer un obstáculo legal, ya que la norma prevé esta situación, si puede erigirse como un obstáculo para las partes a la hora de confiar en el mediador.

Esto nos hace preguntarnos hasta qué punto puede este hecho condicionar los comportamientos de unos y otros para atascar el AEP o, incluso, el propio concurso en provecho de aquellos que mejor sepan maniobrar persiguiendo tal propósito.

Por ello, **a pesar de la agilidad que otorga al procedimiento el hecho de que el mediador concursal pueda ejercer como administrador, estas limitaciones a las que pueden verse sometidas las partes en cuanto a la confianza en el mismo hace plantearse si no debieran estar ambas instituciones separadas**, actuando cada una en el momento que se le requiera por medio de distintos profesionales.

NOVENA. – Debemos insistir en la importancia del **convencimiento de la eficacia y la creencia en el sistema de la mediación concursal y el AEP como algo imprescindible**. La confianza que ha de darse en la gente a la hora de acudir a la mediación no solo es importante en ese primer momento de decisión de optar por ella, sino que se ha de mantener durante el transcurso del procedimiento.

Todos los implicados deben esforzarse al máximo y estar concienciados para ello, **ya que, de lo contrario, en el caso de no conseguir sacarlo adelante, el fracaso es doble**: no solo el derivado de no alcanzar el AEP, sino el hecho de tener que promover necesariamente tras dicho fracaso un concurso consecutivo, duplicando tiempo y gastos.

DÉCIMA. - El BEPI, figura que realmente constituye la esencia de la segunda oportunidad, exige la previa tramitación hasta liquidación de un concurso de acreedores, con o sin la previa tramitación de un AEP.

La Ley hubiera debido, a nuestro juicio, tal vez, prever algún mecanismo para llegar a alcanzar dicho beneficio tras la tramitación de este AEP con éxito, pero respecto al cual no haya podido darse cumplimiento completo, estableciendo algún modo de liquidación extrajudicial de los bienes controlado por el propio mediador concursal, informando este posteriormente en sede judicial para la obtención de dicho beneficio.

En definitiva, intentar evitar la obligatoriedad del concurso de acreedores a efectos de dicho beneficio, lo que sin duda influiría en la elección de este método de resolución de conflictos por parte de los afectados.

6. BIBLIOGRAFÍA

BARONA VILAR, SILVIA, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.389

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, “Las últimas reformas normativas para la defensa del deudor hipotecario. El nuevo régimen legal del acuerdo extrajudicial de pagos y el mecanismo de segunda oportunidad”, AAVV (FLORES DOÑA, M^a DE LA SIERRA y RAGA GIL, JOSÉ TOMÁS), *El préstamo hipotecario y el mercado de crédito en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 111-112.

BONET NAVARRO, ÁNGEL, *Proceso civil y mediación. Su análisis en la ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, p.186.

CARRETERO MORALES, EMILIANO, *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 79-80

CUENA CASAS, MATILDE, “La generosa aplicación judicial del régimen de segunda oportunidad y su impacto en el mercado de crédito”, *Revista el notario del S.XXI*, num.80/2018

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., “El principio de la humanidad en Derecho Penal”, *Eguzkilore*, nº 23/2009, pp. 224 y ss.

DOOLIN, KATHERINE. “But What Does it Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice”, *The Journal of Criminal Law*, nº 71/2007, p.432

FERNÁNDEZ SEIJO, JOSÉ MARÍA, *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*, Bosch, Barcelona 2015, pp.18-22

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA y BOLAÑOS CARTUJO, IGNACIO, *Situación de la mediación familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos Pendientes*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2007, p.48

GISBERT POMATA, MARTA y DÍEZ RIAZA, SARA, *El contrato de mediación y el acuerdo de mediación civil y mercantil*, Thomson/Civitas, Navarra, 2014, pp. 23-24

HERRERA DE LAS HERAS, RAMÓN, “La mediación obligatoria para determinados asuntos civiles y mercantiles”, *InDret*, nº1/2017, p.6

JIMÉNEZ PARÍS, TERESA ASUNCIÓN, “El fresh start introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745/2014.

MACHO GÓMEZ, CAROLINA, Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del «movimiento ADR» en Estados Unidos y su expansión a Europa, *Anuario de Derecho Civil*, nº3/2014, pp. 931.996

MIRANZO DE MATEO, SANTIAGO, “Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto mediación”, *Revista de Mediación*, num.5/2020

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, *La conciliación y la mediación en cuanto instrumentos extrajudiciales para solventar el conflicto laboral*, Comares, Granada, 2009

ORDEÑANA GEZURAGA, IXUSKO, “La mediación concursal en cuanto mecanismo complementario del concurso de acreedores en el marco del derecho jurisdiccional diversificado”, AAVV (BLANCO GARCÍA, ANA ISABEL), *Tratado de mediación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 242-244

PEÑA YÁNEZ, MARÍA ÁNGELES, *El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador*, Dykinson, Madrid, 2013

PRATS ALBENTOSA, LORENZO, “El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la ley de emprendedores”, *Abogacía Newsletter*, nº 59/2013

ROIG TORRES, MARGARITA, “La mediación penal en España, Estados Unidos y Alemania”, *Cuaderno de Política Criminal. Segunda Época*, Núm. 121/2017, p. 267

SHAPLAND, JOANNA, “*Situating restorative justice within criminal justice*”, SAGE publications, Londres, 2010, p. 519

SOLETO MUÑOZ, HELENA, “El proceso de mediación”, AAVV (SOLETO MUÑOZ, HELENA), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 225