

ANÁLISIS DE LAS FIGURAS CLAVE EN EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO PRECONCURSAL; DEL ANTIGUO MEDIADOR CONCURSAL AL NUEVO EXPERTO EN LA REESTRUCTURACIÓN

TRABAJO DE FIN DE GRADO

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS

CURSO 2023-2024

AUTOR: Iker Benito-Butrón González

DIRECTOR: Ixusko Ordeñana Gezuraga

Bilbao, a 15 de febrero de 2024



- **Resumen:**

La nueva reforma de la Ley Concursal llevada a cabo mediante la Ley 16/2022, en materia de reestructuración e insolvencia, trae consigo la derogación de la figura del mediador concursal y la creación del experto en la reestructuración, ambas figuras pertenecientes al ámbito preconcursal. Situándonos en el precurso, nuevo pilar fundamental del sistema concursal, cuyo propósito no es otro que prevenir y paliar las consecuencias negativas que provoca el desenlace habitual del concurso, procedemos a analizar a fondo las dos figuras clave del nuevo paradigma del Derecho Concursal. La comparación crítica realizada, enfrentando las dos figuras presentadas -el mediador y el experto-, nos permitirá determinar las razones que han llevado al legislador a decantarse por uno de los dos mecanismos. Sin embargo, la necesidad de una normativa específica amenaza con complicar la realidad de un mecanismo preconcursal, que tendrá que ser completado por la interpretación jurisprudencial.

- **Palabras clave:** ADR, mediación, mediador concursal, precurso, reestructuración, experto en reestructuración, administrador concursal, concurso de acreedores.

- **Laburpena:**

16/2022 Legearen eskutik gauzaturiko Konkurtso Legearen erreforma berriak, berregituratze eta kaudimengabezi arloan, aurre-konkurtsoan aurkitzen diren konkurtso-bitartekariaren indargabetzea eta berregituraketan aditua den sorkuntza ekarri berri ditu. Konkurtso sistemaren oinarri berria aurre-konkurtsoa suertatzen da, hartzekodunen konkurtsoaren ohiko amaieraren ondorio negatiboak prebenitu eta arintzeko asmoz egindako erabakia. Gure lanean zehar Zuzenbide Konkurtsaleko paradigma berriaren bi figura gakoak aztertuko ditugu, bitartekariaren eta adituaren arteko konparaketa kritiko bat osatzeko helburuarekin, legegilearen azken hautaketaren arrazoiak bilduz. Hala eta guztiz ere, berriazko araudi baten beharrak mekanismo aurre-konkurtsalaren bideragarritasunari egiten dio mehatxu, zeinak jurisprudentziaren intepretazioaren laguntza behar izango duen.

- **Hitz gakoak:** ADR, bitartekaritza, konkurtso-bitartekari, aurre-konkurtso, berregituraketa, berregituraketan aditua, konkurtsoko administratzaile, hartzekodunen konkurtsoa.

- **Abstract:**

The new reform of the Insolvency Law carried out through Law 16/2022, regarding restructuring and insolvency, entails the repeal of the figure of the bankruptcy mediator and the creation of the restructuring expert, both figures belonging to the pre-insolvency scope. Focusing on the pre-insolvency stage, a new fundamental pillar of the insolvency system, whose purpose is to prevent and mitigate the negative consequences caused by the usual outcome of insolvency, we proceed to thoroughly analyze the two key figures of the new paradigm of Insolvency Law. The critical comparison made, pitting the two presented figures -the mediator and the expert-, will allow us to determine the reasons that have led the legislator to opt for one of the two mechanisms. However, the need for specific regulations threatens to complicate the reality of a pre-insolvency mechanism, which will have to be supplemented by jurisprudential interpretation.

- **Keywords:** ADR, mediation, bankruptcy mediator, pre-insolvency stage, restructuring, restructuring expert, bankruptcy administrator, insolvency proceedings.

1. Introducción	8
2. Contexto jurídico y evolución del derecho concursal en España	10
2.1. Breve análisis de la evolución del largo y enrevesado recorrido de legislación concursal estatal en los últimos 20 años	10
2.2. Las consecuencias de la Nueva Ley Concursal y sus respectivas reformas	13
3. Contexto jurídico y evolución de la mediación concursal en España	14
3.1. Inicios de la mediación genérica en nuestro país	14
3.2. La aparición de la mediación concursal y la Segunda Oportunidad	16
3.3. Aproximación de la mediación general y concursal en el Derecho Comparado	20
4. Mediación concursal en el anterior Derecho preconcursal	23
4.1. Mediación civil -genérica-, explicación breve	23
4.2. Mediación Concursal	25
4.2.1. Definición y configuración	25
4.2.2. Principios generales	28
4.2.3. Estatuto del mediador concursal	30
4.2.3.1. Condiciones y nombramiento	31
4.2.3.2. Funciones	33
4.2.3.2.1. La función de mediador en el AEP	33
4.2.3.2.2. La función de supervisor del cumplimiento del AEP e instar al concurso consecutivo	34
4.2.3.2.3. La función de administrador concursal	35
4.2.3.3. Retribución del cargo	35
4.2.3.4. Responsabilidad civil	37
4.2.3.5. Incompatibilidades y prohibiciones	39
4.2.4. Procedimiento	41
4.2.5. Diferencias y peculiaridades de la mediación concursal respecto a la general.	43
4.3. Ventajas de la Mediación Concursal.	44
4.4. Desventajas de la Mediación Concursal.	46

5. Planes de reestructuración en el actual Derecho preconcursal.	48
5.1. Configuración de la nueva institución preconcursal.	48
5.2. El experto en la reestructuración y su estatuto jurídico	51
5.2.1. Nombramiento	51
5.2.2. Deberes y Principios Generales	53
5.2.3. Funciones	54
5.2.4. Retribución del cargo	55
5.2.5. Responsabilidad civil	57
5.2.6. Incompatibilidades y prohibiciones	59
5.3. Especial mención al experto en la reestructuración en las microempresas	60
5.4. Ventajas de la figura del experto en los planes de reestructuración	61
5.5. Desventajas de la figura del experto en los planes de reestructuración	63
6. Comparación crítica de las dos figuras analizadas: el mediador concursal y el experto en la reestructuración	64
6.1. Diferencias y similitudes	64
6.2. La elección final del legislador	66
7. Conclusiones	69
8. Bibliografía	75

- **Abreviaturas**

ADR	Alternative Dispute Resolution
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
art./arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
DRI	Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas
LC	Ley Concursal
LM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
LRTRLC	Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de Reforma del texto refundido de la Ley Concursal
MASC	Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos
pág./págs.	Página/Páginas
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
TRLC	Texto Refundido de la Ley Concursal
ss.	Siguientes

1. Introducción

El Derecho Concursal español se caracteriza por su continuado cambio normativo. Desde la creación de la primera norma concursal de gran calado en el año 2003, hasta la última ley de reforma de septiembre de 2022 -de notoria importancia, por cierto-, el Derecho de la insolvencia se ha visto envuelto en numerosos y variopintos contextos socioeconómicos, fruto de los acontecimientos volubles a nivel nacional, comunitario e internacional. Y de ahí su constante transformación, que no tenía otro propósito que adecuar la norma concursal a la realidad de cada momento, y paliar los defectos heredados de las normas previas una vez comprobados sus errores o su falta de acierto para solucionar problemas detectados.

Este trabajo, más que sobre Derecho Concursal en sí, trata sobre el Derecho Preconcursal. La gran crisis vivida a finales de la primera década del siglo presente atizó al legislador europeo, presionándolo para buscar soluciones en la recuperación del mermado tejido empresarial, en particular, y de la economía global, en general. Las normas concursales vigentes en cada momento no demostraron la funcionalidad y eficacia que se les requería, y eso llevó a apostar por enfocar el derecho concursal y el concurso de acreedores desde una nueva perspectiva: el precurso.

Las Directivas europeas y las consiguientes recomendaciones legislativas dirigidas a los Estados Miembros, fueron introduciendo mecanismos y herramientas de aplicación al momento previo al concurso, con el objetivo de prevenir y paliar las consecuencias ineludiblemente negativas que provoca el desenlace habitual del concurso. Entre dichos mecanismos se encuentran nuevas técnicas de resolución de conflictos, como la mediación concursal -institución flexible y adaptativa que trataría de rescatar a deudores insolventes de la animadversión de sus acreedores, y de su condena a la liquidación-, o la reciente figura del experto en reestructuración -encargado de, como no podía ser de otra manera, reestructurar el patrimonio de un deudor abocado al fracaso empresarial-. Precisamente, son estas dos instituciones las que constituyen y delimitan el objeto de nuestro trabajo, que no es otro que analizar las ventajas y desventajas de cada una de las dos figuras en la búsqueda de la opción más óptima para el sistema concursal de nuestro país.

Para ello, comenzaremos analizando el contexto jurídico y la evolución del Derecho Concursal en España, con aras de obtener una visión general de los orígenes de la situación que atraviesa actualmente la normativa del país. Poniendo de relieve la importancia que han

ido adquiriendo los mecanismos alternativos de solución de conflictos en nuestro territorio, su estudio y desarrollo se tornan ineludibles para el correcto entendimiento de las decisiones del legislador, que ha pretendido -y sigue pretendiendo- emplear las virtudes de estas “nuevas” instituciones para mejorar el sistema concursal, evitando ese final habitual y esperado -cierre y extinción empresarial-.

Para abordar el examen de la mediación concursal y del estatuto de su correspondiente mediador concursal, procederemos a rescatar la anterior legislación concursal, recientemente derogada, con el objeto de versar sobre sus funciones, nombramiento, retribución, responsabilidad o incompatibilidades, entre otros. En la misma línea, trataremos de resolver el enigma del porqué del fracaso de la figura del mediador -si así lo consideramos-, llamada a rescatar y recuperar la fluidez y eficiencia del procedimiento concursal.

Respecto al análisis de la otra figura delimitadora de nuestro trabajo, el experto en reestructuración, examinaremos la configuración del nuevo mecanismo preconcursal, dotado de características propias de la figura del mediador. El legislador, conocedor de su margen de mejora a la hora de establecer de una vez una herramienta eficaz dentro del panorama de la insolvencia, tratará de corregir los errores cometidos en la composición de los anteriores mecanismos preconcursales. Nos centraremos, por ende, en estudiar el estatuto jurídico de esta nueva creación, repasando los mismos puntos trabajados en el estudio del mediador concursal.

Por último, y antes de finalizar con las conclusiones generales de nuestro trabajo, realizaremos una comparación crítica enfrentando las dos figuras presentadas, el mediador y el experto, bajo el pretexto de buscar las razones que han llevado al legislador a decantarse por uno de los dos mecanismos.

Para abordar todo ello, procederemos a realizar un breve análisis de la nueva Ley Concursal, así como a través de la lectura de artículos jurídicos y doctrinales, informes y libros de expertos en mediación, insolvencia y Derecho Concursal, incluyendo la escueta mención a una resolución judicial de notoria importancia por su valor jurisprudencial, en un tema de reciente consideración.

2. Contexto jurídico y evolución del derecho concursal en España

2.1. Breve análisis de la evolución del largo y enrevesado recorrido de legislación concursal estatal en los últimos 20 años

Es difícil encontrar en toda la legislación estatal una Ley con tantas variaciones y reformas, tantos lavados de cara, como la norma concursal. Y, tras haber realizado un profundo análisis previo de las diferentes visiones acerca del Derecho Concursal español, podemos decir que la realidad de la constante reforma será de lo poco en lo que toda la doctrina -economistas, legisladores y juristas-, en general, coincidan en su totalidad.

Con el propósito de contextualizar nuestro trabajo, queremos dejar claro, desde un principio, que la evolución de la legislación concursal en España durante los últimos 20 años ha sido un proceso complejo y marcado por varias reformas legales, como veníamos anticipando. Es, por ello, que vemos necesario hacer un breve repaso de la evolución de las diferentes normas y reformas concursales acontecidas hasta la fecha.

La Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio (en adelante LC), aplaudida desde su nacimiento y posterior entrada en vigor -en septiembre de 2004- como la norma que instalaba a España en la modernidad del derecho sobre la insolvencia, era una criatura en plena fase de crecimiento y consolidación cuando llegó la histórica crisis que ha padecido el país, cuyos efectos todavía son patentes¹. Diseñada y concebida en épocas de prosperidad, la estructura mostraba incapacidad para manejar la avalancha de concursos que, de un año a otro, inundaron los Juzgados de lo Mercantil -creados *ex profeso* por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio-. Estos tribunales se vieron abocados a un colapso que actualmente persiste, no solo en el ámbito concursal, sino también en otras áreas de su competencia. La presión generada por la crisis tuvo un impacto significativo en las instituciones concursales, llevando a conclusiones ampliamente confirmadas en la práctica: la inflexibilidad de las normativas para rescatar empresas, la falta de herramientas preconcursales que evitasen el proceso judicial, el creciente problema de la insolvencia entre personas físicas, consumidores y familias...

Por esa razón, a partir de 2009, la LC inició un proceso continuo de evolución y modificación. Lamentablemente, en lugar de contar con un proyecto de reforma completo y sistemático, se ha recurrido a modificaciones de mayor o menor envergadura impulsadas por

¹ Deja claro GONZÁLEZ NAVARRO, B. (2023). *La Ley concursal, en constante evolución: Últimas Reformas*. Blas A. Gonzalez Abogados. pág 1.

la urgencia de las circunstancias históricas que atravesaba y atraviesa la economía del país², con una sistemática de parcheo y consideración puntual.

La primera de estas reformas que vamos a mencionar fue incorporada mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo. Este decreto introdujo, entre otras disposiciones, el primer mecanismo alternativo al concurso de acreedores denominado "acuerdo de refinanciación". Este instrumento tenía como objetivo principal la ampliación del crédito disponible para el deudor o la modificación de sus obligaciones. Sin embargo, contrariamente a lo anticipado por estas innovadoras medidas, las estadísticas del año 2011 revelaban resultados desalentadores, destacando la prolongación excesiva en el tiempo de los concursos de acreedores. Además, la abrumadora mayoría de estos procesos concluía en liquidación³.

Este panorama condujo a la reforma impulsada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que buscó abordar esas deficiencias con el objetivo de agilizar y dotar de eficiencia al proceso. Esta norma representó un cambio más sustancial que la previa, introduciendo numerosas modificaciones, tanto en el fondo, como en la forma. No obstante, aún se omitieron regulaciones de aspectos importantes que demandaban atención, entre ellos, el mecanismo de la segunda oportunidad, que más adelante abordaremos con mayor detenimiento.

Al tiempo en que en nuestro país ganaban fuerza los procedimientos alternativos a la jurisdicción para resolver conflictos (o *Alternative Dispute Resolution*, en adelante ADR), y ante la notoria y elevada tasa de litigiosidad, era necesario encontrar una solución novedosa que afrontase la carga abrumadora de trabajo en los juzgados, y buscara soluciones satisfactorias para las partes en sus disputas judiciales. En el año 2012, se promulgó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante LM), introduciendo en España una nueva opción para las partes en su búsqueda de solución de conflictos jurídicos, tema de estudio analizado en otro punto del presente trabajo.

² Así lo explica FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad*. Bosch. págs.18-22

³ "Los concursos de acreedores presentados han mostrado un importante repunte en España durante el año 2011. En el cuarto trimestre alcanzaron los 2.124 concursos, cifra muy cercana al récord histórico de 2.168 del segundo trimestre de 2009. Por el contrario, las reclamaciones de cantidad y las ejecuciones hipotecarias bajaron un 4,5 y un 6,3 por ciento respectivamente." CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (30 de marzo de 2012). Estadística Judicial del cuarto trimestre del 2011. Crecen los concursos de acreedores y disminuyen las reclamaciones de cantidad sociales y las ejecuciones hipotecarias. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=657d850461366310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=5070f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>

Fue necesario esperar hasta la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, conocida como la Ley de Emprendedores, para que de alguna manera se introdujera en nuestro sistema legal el concepto de la segunda oportunidad. Mediante la creación de la figura del mediador concursal y la implementación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (en adelante AEP), el objetivo primordial del legislador era fomentar la actividad económica, permitiendo la continuación empresarial y no su liquidación. Esto se traducía en la exoneración o condonación de deudas para el concursado insolvente en situaciones excepcionales y la consiguiente posibilidad de comenzar de nuevo⁴. Después, el 27 de febrero de 2015 se aprobó el Real Decreto-Ley 1/2015, convirtiéndose 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. Así, se atendió por fin a la mencionada necesidad persistente de protección de los individuos y al combate efectivo de los impactos de la profunda crisis económica.

Toda esta cantidad de reformas descritas provocó la necesidad de habilitar al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley Concursal, que armonizase tal desaguasado y pusiese cierto orden regulatorio. De este modo, se aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2020, del 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante TRLC), regularizando, clarificando y armonizando los textos legales a fusionar. Entre otras normas, se derogaban la mayoría de las disposiciones de la LC.

Queremos mencionar que este nuevo TRLC no suponía la derogación de las medidas concursales urgentes que se aprobaron con ocasión de la crisis del COVID-19, como el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, por lo que temporalmente convivieron ambas normas.

Por último, y dando por terminada la enrevesada evolución del paradigma concursal, el día 6 de septiembre de 2022, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE) la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal (en adelante LRTRLC). Naturalmente, analizaremos los puntos más señalados de

⁴ En este sentido, PRATS ALBENTOSA, L. (2013). El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la ley de emprendedores. *Abogacía Newsletter*. N° 59/2013

esta reciente Ley, dado a que supuso la derogación del mediador concursal y la creación del experto en reestructuraciones, figuras que delimitan el objeto de nuestro texto.

2.2. Las consecuencias de la Nueva Ley Concursal y sus respectivas reformas

La citada LRTRLC tiene como objeto la adopción de las reformas legislativas necesarias para la transposición al derecho español de la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. No pretendemos hacer un estudio detallado sobre el alcance de todos los nuevos preceptos y figuras que la ley introduce, sino simplemente aludir a su influencia en todo lo respectivo a las dos figuras que nos disponemos a examinar y contrastar, pertenecientes al precurso.

La LRTRLC introduce, entre otras cosas, toda una reestructuración del Libro II dedicado al derecho preconcursal, y determina la derogación de todo lo dispuesto hasta ahora en relación al AEP y al nombramiento del mediador concursal. En consecuencia, a partir de la entrada en vigor de dicha normativa, no resulta posible la inscripción de nuevos mediadores concursales, dado que sus efectos se han visto derogados casi en su totalidad, viéndose relegados a casos muy poco frecuentes en la práctica relacionados con procedimientos de mediación dentro del procedimiento concursal, no teniendo nada que ver con el instituto preconcursal. Las razones de esta decisión del legislador las trataremos de resolver a lo largo del trabajo.

La finalidad de la LRTRLC es doble, buscando, en primer lugar, acelerar los procedimientos concursales, con el propósito de reducir sus costos y prevenir consecuencias adversas -como la falta de viabilidad en el cobro de deudas por parte de los acreedores o la incapacidad para liquidar activos⁵-; y en segundo lugar, tratar de garantizar la supervivencia de empresas que, aunque atravesasen situaciones desfavorables, sean consideradas viables. La ley incorpora diversas modificaciones, destacando -como decimos- aquellas relacionadas con los procedimientos preconcursales, introduciendo un nuevo concepto legal: los planes de reestructuración, en sustitución de los antiguos planes de refinanciación y los AEP, los cuales no tuvieron un impacto significativo en nuestro país, pues se sigue estimando que la gran mayoría de procedimientos concursales culminan en liquidación empresarial.

⁵ Destaca en su estudio sobre los encomendamientos europeos de reestructuración preventiva, dos de los contras más remarcables de los procedimientos concursales actuales en España, CAMPUZANO, A. B. (2021). La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia. *Deconomi*, vol.1-42. pág. 22

Estos planes de reestructuración, como elemento central en la fase preconcursal, buscan ser la principal alternativa a los concursos de acreedores, los cuales tienen -visto está-, un impacto negativo en el entramado empresarial y, consecuentemente, en la economía nacional, además del estigma asociado a la declaración de concurso⁶. Con el propósito de lograr un acuerdo entre las partes, se introduce una nueva figura neutral en los planes: el experto en reestructuraciones. Su función será la de facilitar el diálogo entre el deudor y sus acreedores, asistiendo en la elaboración de un plan sin intervenir en el patrimonio de la empresa, con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, la liquidación de la actividad del deudor.

Aunque entraremos en más detalles cuando corresponda, estas son de manera sintetizada las consecuencias de la última reforma acontecida en nuestro ordenamiento, la cual anticipamos seguramente no será la última y definitiva.

3. Contexto jurídico y evolución de la mediación concursal en España

3.1. Inicios de la mediación genérica en nuestro país

La mediación como forma alternativa de resolución de conflictos no es algo nuevo, ni mucho menos. El nuevo paradigma de justicia se origina en Estados Unidos a partir de la década de los 70, con el impulso de las ADR o en castellano Mecanismos Alternativos para la Solución de Conflictos (en adelante MASC), aunque el verdadero surgimiento de la idea de una forma de resolución del conflicto más adecuada que la meramente judicial se creó en el mismo país décadas antes, debido a la gran crisis y el crack del 29. Dejando el estudio y la influencia del derecho comparado para más adelante, aunque advirtiendo de que nos seguirá acompañando a lo largo del análisis sobre todo a través del Derecho Europeo, nos centramos en el inicio y la aparición de la mediación en la realidad jurídica española.

La cultura de resolución de conflictos en nuestro país ha sido siempre litigante, totalitariamente judicial, y conflictiva⁷. Seguimos teniendo normas en activo desde el siglo XIX, como la cuestionada Ley de Enjuiciamiento Criminal, y tanto los principios generales

⁶ Versa sobre la conocida estigmatización de las empresas condenadas al concurso por parte de diversos actores de toda la economía, PULGAR EZQUERRA, J. (enero-marzo de 2022). Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores. *Revista de Derecho Mercantil* (323). pág. 12

⁷ Concretiza de esta manera la cultura de los ADR en nuestro país SOLETO MUÑOZ, H. (2016). Mediación civil y mercantil; Presente y futuro de la normativa sobre resolución de conflictos. *Cuadernos Digitales de Formación*, 34. pág. 2

del derecho como las formas y los procedimientos están anclados en siglos pasados. A pesar de presumir de modernos e innovadores en amplias facetas de nuestra sociedad, en la cultura jurídica y en su funcionamiento seguimos teniendo una mentalidad tradicional, arcaica y conservadora, defendida y reforzada por una Constitución inmutable. De todos modos, esto es así por muchos y variados factores, cuyo interesante análisis se escaparía de nuestro objetivo en la realización de este trabajo.

Afortunadamente, el siglo XXI ha traído consigo un nuevo paradigma de justicia en la mayoría de los países desarrollados, y el ordenamiento español no es una excepción, dada su pertenencia a la Unión Europea y a la obligación de desarrollar normas en base a las directivas europeas. Esta evolución hacia un derecho más ágil y eficaz viene de la mano de la ansiada Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, suponiendo el mayor éxito de la Unión Europea a la hora de promover la consolidación de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE. Alternativa que vino fuertemente custodiada por la necesidad de aligerar el enorme cúmulo de litigios, tratando de disminuir la desmesurada cantidad de trabajo de los juzgados a la vez que se proponía una solución satisfactoria para las partes en cualquier controversia.

En España no se introdujo dicha directiva hasta el año 2012 mediante un Real Decreto, posteriormente sustituido por la LM, presentándose como una importante oportunidad para iniciar el proceso de cambio de la solución del conflicto jurídico en nuestro país. De hecho, la norma fue con el tiempo acogida con gran interés por parte de los operadores jurídicos como abogados, notarios, procuradores, asesores... quienes empezaron a incluir la mediación en su ámbito de conocimiento, con el fin de iniciar y consolidar la práctica colaborativa, renovando así la estructura unidireccional de nuestros sistemas de justicia⁸.

Como venimos diciendo, la LM es la primera regulación de la mediación a nivel estatal, precedida por diversas regulaciones autonómicas centradas sobre todo en el ámbito de la mediación familiar. Esta norma vino a ser complementada por el Reglamento en 2013 (Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos

⁸ En palabras de SOLETO MUÑOZ, H. (2016) *“La mediación ha pasado de ser una completa desconocida a una institución asumida por el sistema jurídico. Rechazada inicialmente por juristas de diferentes ubicaciones, se ha ido integrando en el sistema, si bien la frecuencia de su uso práctico queda por comprobar”*. La Mediación Concursal, especialidad de la Mediación Civil y Mercantil. Icade. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. N°98. págs. 78-101

de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles), que reguló de forma más extensa y detallada diferentes ámbitos de la institución de la mediación como el Registro del Ministerio de Justicia de los mediadores y otras cuestiones administrativas.

Se establecieron de esta manera los principios de la mediación, el procedimiento y la relación de este con el proceso judicial, excluyendo de la regulación a su vez determinados ámbitos materiales como la mediación penal, la laboral, la administrativa y la mediación en consumo, decisión bastante criticada por la doctrina⁹. De todos modos, el ámbito de la mediación concursal que a nosotros nos atañe no quedó excluido, convirtiéndose esta Ley en la regulación básica de la mediación concursal, complementada, a su vez -por supuesto-, por la Ley Concursal, ampliamente modificada y que recogería la figura del mediador concursal y las especiales relaciones del proceso concursal con el procedimiento de mediación. De esta manera, nació en España un instrumento que podríamos 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”*¹⁰.

Como analizaremos a continuación, si bien la LM recoge el régimen general de la mediación civil y mercantil en España, no es hasta la Ley 14/2013 cuando se regula la figura del mediador concursal, cuyo objetivo no era otro que agilizar y oxigenar el procedimiento concursal completamente judicializado, con resultados no muy prometedores, aportando un mecanismo extrajudicial que estudiaremos a continuación.

3.2. La aparición de la mediación concursal y la Segunda Oportunidad

La aparición de la llamada Mediación Concursal en nuestro país se da, como veníamos diciendo, con la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Esta Ley es y será ampliamente recordada en el ámbito concursal sobre todo por introducir dos figuras a nuestro ordenamiento; el AEP y el mediador concursal, por vez primera. En la creación de estas dos figuras destacaba la apuesta del legislador por añadir herramientas preconcursales a disposición de los empresarios

⁹ Id. ibídem. págs. 79-101

¹⁰ Define el concepto del nacimiento de la Mediación como herramienta resolutoria en el ordenamiento español, CARRETERO MORALES, E. (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Dykinson. págs. 79-80

insolventes, ya que ambas figuras las situamos en el ámbito del concurso. Con esta premisa, es fácil analizar que el propósito final del legislador no era otro que promover la actividad económica mediante la conservación de la empresa, quitándole peso al concurso, objetivo que se ha ido persiguiendo con todas y cada una de las reformas de la LC como ya hemos venido concluyendo. Y es que el temor por parte del posible deudor al concurso y a sus efectos, acababa disuadiendo a muchas personas animadas en un principio a lo que denominamos emprender. El legislador asume, de esta manera, algo que desde la doctrina se venía predicando varios años atrás¹¹, y que el propio Fondo Monetario Internacional determinó en 2014¹²; que el concurso es un proceso rígido que no está colaborando como se hubiese deseado en la superación de la crisis económica española.

Volviendo a la creación de las nuevas figuras concursales, el AEP lo podríamos considerar un instrumento de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, con independencia de su condición de personas físicas o jurídicas, cuyas características más reseñables son la celeridad y la flexibilidad gracias a la participación de los mediadores concursales, previamente designados por un notario o por un registrador mercantil¹³.

La finalidad de la aparición del AEP sería, por lo tanto, la de proporcionar una alternativa real al concurso de acreedores, para que los deudores calificados como insolventes puedan intentar alcanzar un acuerdo de plan de pagos respecto a sus créditos pendientes en un entorno mucho más flexible, y por ello más esperanzador, fuera del concurso.

La mediación concursal, por lo tanto, pasa a ser el eje de la apuesta preconcursal del legislador, siendo el mediador la columna vertebral del nuevo AEP, sin entrar en debates doctrinales que trataremos más adelante y que ponen de manifiesto sus dudas con respecto a la naturaleza de la mediación concursal, considerándola una figura híbrida entre la misma

¹¹ En la línea de otros muchos autores se manifiesta ITURRIOZ DEL CAMPO, J. (2009). Los procesos concursales en situación de crisis: características de su aplicación a las sociedades cooperativas. *Revesco N° 100 - La respuesta de la Economía Social ante una crisis global*. pág. 156. “La situación de crisis está suponiendo una reducción en el número de empresas que afecta a todas las formas jurídicas.[...] Como consecuencia se ha producido un aumento en el número de procedimientos concursales del 599% desde el primer semestre de 2007 al primero de 2009.”

¹² AAVV. (enero 2014). Jobs and Growth: Supporting the European Recover. International Monetary Fund. En particular en el capítulo II, redactado por Bornhorst, F. y Ruiz Arranz, M. pág. 22 tras señalar que “la deuda de las empresas españolas constituye el gran reto para la recuperación económica, subraya que los dos hándicap de nuestra economía son tanto la inflación, como el débil crecimiento económico, por lo que la superación de la crisis pasa por [...] introducir mayor flexibilidad en los calendarios de pagos, facilitando una salida limpia, preferiblemente fuera de los tribunales, [...]”

¹³ Así lo define BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La Ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos. *Cuadernos de derecho y comercio*. N° 61. pág. 90

mediación y el arbitraje¹⁴. De todos modos, como estudiaremos más adelante a lo largo de este trabajo, la figura del mediador y su escasa regulación impedirán de alguna manera el fortalecimiento de la figura y su adhesión práctica al sistema jurídico concursal.

Así pues, la ley 14/2013 plantea dos escenarios nuevos en el inicio del innovador instrumento extrajudicial que son, bien un acuerdo entre el deudor insolvente y sus acreedores intervenido por la figura del mediador concursal, o bien el resultado de un concurso consecutivo ante la imposibilidad de realizar dicho plan. Recordamos que el concurso consecutivo viene definido de esta manera en tanto en cuanto obliga a la previa utilización del AEP, no habiendo sido capaces el deudor y los acreedores de realizar el acuerdo por incumplimiento o anulación. Por ende, no eran pocos los autores que afirmaban que con esta reforma se estaba produciendo la “desjudicialización de la fase común del concurso de acreedores”¹⁵, al querer tramitar y agilizar todos los procesos sin sentenciarlos y agruparlos al temido concurso directamente.

En relación a la llamada Segunda Oportunidad, antes de la ya mencionada Ley 14/2013, el derecho de la insolvencia español recogido en la LC trataba de diferente manera a la persona jurídica de la persona física, precisamente cuando se producía la conclusión de un concurso con el pasivo insatisfecho, o lo que es lo mismo, conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa. Por aquel entonces, en la mayoría de los ordenamientos más importantes de nuestro entorno contaban con mecanismos de exoneración o liberación de las deudas no satisfechas por parte del deudor, como analizaremos en el próximo punto, por lo que el legislador español se veía obligado a cubrir dicha laguna.

La Ley 14/2013 reguló la segunda oportunidad en la LC mediante el “fresh start”¹⁶ o nuevo comienzo para el deudor persona natural que, cumpliendo los requisitos de buena fe,

¹⁴ Por consiguiente, en palabras de ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a.T. (2014). Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a.; LOPO LÓPEZ, M^a.A. (Coord.). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. pág. 495 “*Estamos ante una herramienta voluntaria continuativa de la actividad del deudor, sea empresario o profesional, que está pensada para las empresas solventes en activos y que por motivos puntuales o circunstanciales se encuentran en una situación de iliquidez que imposibilita el cumplimiento de sus obligaciones corrientes. Y, todo ello, sumado a la posibilidad del deudor de intentar un acuerdo extrajudicial dentro de un formato mucho más simple, más asequible, y más expedito que el propio concurso.*”

¹⁵ Plantea los nuevos escenarios después de la reforma, SÁNCHEZ MAGRO, A. (2015). Acuerdo extrajudicial de pagos. PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. (Dir.); PASTOR GARCÍA, D.; PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coord.). *Practicum Concursal 2015*. Aranzadi. pág. 978

¹⁶ LEONARDO ZORRILLA, L.A. (2016). La mediación concursal como negociación extrajudicial de deudas de empresarios. *Revista General de Derecho Procesal*. N^o40. pág. 29. En este sentido, el autor afirma que “*la redacción existente del art. 178.3 LC existente con anterioridad a la Ley 14/2013 ya preveía como efecto de la conclusión del concurso la extinción de deudas de la persona jurídica por resolución judicial junto con el cierre de la misma*”.

honestidad y colaboración con el concurso, se había visto destinado a la insolvencia por diferentes causas circunstanciales. Esta segunda oportunidad liberaba al deudor ex lege de las deudas no satisfechas dejándolo libre de cargas y permitiéndole de este modo una segunda oportunidad para poder llevar a cabo otra nueva aventura económico empresarial sin gravámenes previos.

Para conseguir dicha exoneración, la Ley exigía un presupuesto subjetivo que no era otro que haber intentado sin éxito el AEP, varios presupuestos objetivos, y unos presupuestos formales. Sin embargo, estas medidas no tuvieron un impacto en la realidad económica española al carecer de efectividad práctica en la protección de los deudores.

Es, por eso, que el 27 de febrero de 2015 el legislador promulga el RDL 1/2015 en aras de conseguir una reforma ambiciosa que extienda la exoneración de las deudas a un abanico mayor de deudores, como lo son todas las personas naturales, con independencia de si estas realizan una actividad económica o simplemente se trata de consumidores ordinarios.

En la misma exposición de motivos del Real Decreto-Ley, el legislador dejaba claro el objetivo de la perseguida segunda oportunidad: *“que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer”*.

De esta forma, el RDL 1/2015 pretendía potenciar y apostar por la segunda oportunidad flexibilizando el AEP y adecuándose a una realidad más práctica con el nuevo Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho o BEPI, ante la incapacidad de la anterior Ley de trasladar el objetivo de sus reformas al panorama real del derecho de la insolvencia.

3.3. Aproximación de la mediación general y concursal en el Derecho Comparado

Reparando en el análisis que venimos haciendo, podemos deducir que el sistema jurídico español, en general, ha sido profundamente conservador a lo largo de su historia. Es cierto que el amplio ámbito del Derecho no es propicio a dejarse llevar por la influencia extranjera con asiduidad, por las diferencias lógicas que se corresponden con las diferencias sociales, económicas y jurídicas de los países y estados en los que vivimos.

Afortunadamente, en este sentido, la pertenencia a la Unión Europea ha traído con el paso de las décadas una influencia muy positiva para el desarrollo de nuestro ordenamiento en diferentes y variados ámbitos. Un ejemplo de ello es que una gran mayoría de los actuales y futuros juristas de nuestro país han pasado algún periodo de su educación en algún país europeo, impregnándose de realidades y culturas jurídicas -y no jurídicas- diversas, impensables hasta hace relativamente poco. Y por supuesto, también España, como miembro de la Unión, arrastra la obligación de crear y desarrollar normas en base a las directrices de las regulaciones europeas, cosa que ha ayudado y mucho en la modernización y el progreso de nuestro sistema jurídico.

Todo esto que venimos anunciando se ha visto reflejado claramente en el ámbito de la institución de la mediación, y por supuesto, también de manera más específica en el de la mediación concursal. La idea de posibilitar la forma de resolución más adecuada para cada conflicto sin basarse únicamente en la vía judicial nació, como ya hemos comentado en más de una ocasión, en Estados Unidos en la década de los 70¹⁷. Debido a la globalización, creadora entre otras muchas cosas de un incremento de la complejidad y costes de los conflictos de las sociedades modernas de hoy en día, se desarrolla un contexto especialmente adecuado para la introducción y el impulso de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos¹⁸. De esta manera surgía el movimiento ADR en el país norteamericano, basándose en la crisis económica y social vivida tras el crack de 1929.

Para entender la acogida de los ADR en Europa debemos destacar la ventaja económica que suponía la introducción de estos métodos alternativos en países con sistemas de *common law* frente a los de *civil law*, dado a que en los sistemas de *common law* el coste de los procesos judiciales era y es bastante mayor¹⁹.

Así pues, fue Reino Unido quien implementó por vez primera la práctica de la mediación dada su compatibilidad y semejanza con un estado con un sistema jurídico de

¹⁷ De manera más detallada, SOLETO MUÑOZ, H. (2016). op. cit. pág. 5 “*El nuevo paradigma de justicia trae su origen en la famosa llamada conferencia Pound, “1976 national Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en la que el profesor SANDER ofreció la idea de que se ha de posibilitar la forma de resolución más adecuada al conflicto, surgiendo el concepto del tribunal multipuertas, “multi door courthouse”, en la que cada puerta sería una forma de resolución, tal como jurisdicción, mediación, arbitraje, evaluación de experto, etc.”*

¹⁸ Opina a estos efectos, MACHO GÓMEZ, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa. *Anuario de Derecho Civil, BOE julio 2014*. pág. 933 y ss.

¹⁹ IRIONDO PLAZA, A. (2014). La mediación como una solución definitiva de disputas legales. ABEL LLUCH, X. (Coord.). *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Bosch Editor. págs. 642 y ss

common law. Su buena acogida y aceptación inicial sirvieron de impulso para que las demás potencias europeas fijaran su atención en las ADR aun con sistemas de *civil law*, en especial, gracias a la insistencia en las Recomendaciones de la Comisión Europea y las Directivas, que comenzaban a contemplar dichas prácticas extrajudiciales de solución de conflictos como muy adecuadas. Respecto de ellas, en el ámbito civil y mercantil de la Unión Europea nos encontramos por vez primera en el Libro Verde (COM/2002/196)²⁰ -donde se expresa el interés de las instituciones de la Unión Europea- la prioridad política de los MASC, debido a que constituyen un beneficio para los ciudadanos mejorando, entre otras cosas, el acceso a la justicia, y sus resultados.

Contextualizando de manera más precisa la situación social europea, los estados miembros de la Unión Europea se estaban enfrentando a problemas de ineficiencia en la solución de conflictos, lo que llevó a fijar la atención en la crisis en el sistema judicial europeo. Como resultado, se impulsó la consideración de los mecanismos alternativos a los procesos judiciales como un principio fundamental para mejorar el acceso a la justicia, y en particular, se orientó la atención hacia la mediación como una solución extrajudicial eficiente y económica, utilizando un procedimiento adaptado a las necesidades específicas de las partes involucradas²¹.

Por consiguiente, la mediación en sentido general vino a ser regulada, como ya habíamos anunciado, mediante 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.

En nuestro entorno más cercano dentro de la realidad social de los países de la Unión Europea, la mediación entre sociedades mercantiles como mecanismo de resolución de conflictos es un éxito²². Más allá de Estados Unidos, en países como Francia o Inglaterra se trata de un método de utilización frecuente y reconocido. El país galo presume de la regulación más extensa de los ordenamientos de nuestro entorno en mecanismos de

²⁰ El objetivo de este Libro Verde es proceder a una amplia consulta de los medios interesados sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior. (2002). Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. (COM/2002/0196)

²¹ Sostiene de la misma manera CANDELARIO MACÍAS, M^a.I. (2015). *El Mediador Concursal*. Tirant lo Blanch. pág. 119

²² Así lo cataloga VALCÁRCEL GARCÍA, M. (2014). Acuerdo de mediación en asuntos mercantiles. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a.; LOPO LÓPEZ, M^a.A. (Coord.). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. pág. 3998.

prevención tales como la *conciliation* regulada en el *Code de Commerce*, la *surendettement* o la *sauvegarde* como procedimiento judicializado²³. En el caso del país inglés, varios juristas habían constatado el caso de coexistencia de un régimen general concursal con normativa no necesariamente concursal, de igual manera que en el ordenamiento belga, dotado de la figura de un mediador de empresa creado en la Ley de Continuidad de Empresas, de 2009.

De otro lado, países como Portugal -con su Código de insolvencia y Recuperación de Empresas- y Alemania compartían un modelo de regulación paraconcursal algo más parecido al nuestro, permitiendo la liberación del pasivo insatisfecho al cumplir una serie de requisitos. Y de igual forma, el ordenamiento italiano regulaba la posibilidad de un acuerdo de reestructuración de deudas bastante flexible, acercándose en parecido a nuestro ordenamiento.

En todo caso, resulta evidente que tal como se indicaba en el Preámbulo de la nombrada Ley 14/2013, en los países de nuestro entorno se fueron estableciendo a lo largo de la segunda década del siglo XXI mecanismos paraconcursoales similares al AEP del sistema concursal español, con la mencionada finalidad de proteger el tejido empresarial nacional, y atendiendo al efecto de la constante y creciente evolución de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos a nivel global.

Para centrarnos en el objeto principal de nuestro trabajo, que no es otro que analizar en profundidad las que bajo nuestro punto de vista son las dos figuras más destacadas del derecho preconcursal español de los últimos años -el ya derogado mediador concursal y el recién creado experto en reestructuraciones-, vamos a empezar a analizar la figura olvidada del mediador concursal.

4. Mediación concursal en el anterior Derecho preconcursal

4.1. Mediación civil -genérica-, explicación breve

Sabemos que la mediación como institución llegó a España de la mano de la LM, la cual introdujo el elegido mecanismo alternativo de solución de conflictos por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico.

²³Apunta SOTILLO MARTÍ, A. (2013). Segunda Oportunidad y Derecho Concursal. *Seminario Interdisciplinar Facultad Derecho Valencia*.

Este suceso no hizo más que aumentar el debate doctrinal que se venía dando en nuestro país acerca de la situación del sistema jurisdiccional español, que no se encontraba -y sigue sin encontrarse- en su mejor época, y que daba rienda suelta a variadas críticas lideradas por numerosas vertientes ideológicas. Esquematizando dicho debate, podemos encontrar por un lado los que menospreciaban todo tipo de técnicas extrajudiciales como las ADR, defendiendo que la necesaria mejora del sistema jurisdiccional pasaba por seguir añadiendo recursos económicos y legislativos al sistema. En el otro lado se encontraban los que compartían la necesidad de renovar el sistema, reforzándolo con comportamientos y figuras extrajudiciales enlazadas al actual sistema judicial de una manera acorde. En un contexto donde la reciente crisis económica había dejado también en evidencia las carencias del ordenamiento jurídico nacional, los defensores de esta última vertiente ponían de manifiesto su máximo argumento, que no era otro que preguntar y predicar en voz alta cómo había contribuido el sistema jurisdiccional actual a hacer frente a la crisis, si había ayudado a la supervivencia de empresas y empresarios, al desempleo, y en definitiva, al bienestar general²⁴.

Dejando debates a un lado, queremos aclarar que la mediación tiene muchísimos ámbitos de aplicación muy variados entre sí. Esta institución de resolución de conflictos abarca temas tan sociales como los conflictos en materia familiar, escolar o vecinal, y temas más formales como los conflictos de índole civil, gubernamental o administrativa, entre otros. Sin embargo, es importante aclarar que la mediación no resulta aplicable en cualquier situación, ni es la solución a todos los problemas del sistema jurisdiccional. Y, por supuesto, estos métodos ADR no pretenden ni se plantean sustituir o reemplazar a la jurisdicción. De hecho, los juristas especialistas en la institución de la mediación desaconsejan su uso en determinadas circunstancias, ya sea por temas meramente legales, como por simple logística y eficiencia para llegar a un acuerdo en cualquier situación. En este sentido, la LM dejó fuera de su marco de actuación los asuntos penales, laborales y los relacionados con el consumo.

La exclusión de la mediación penal nos parece razonable en tanto que el sistema penal no guarda relación alguna con asuntos civiles o mercantiles y cuenta con su propia normativa, que es más rigurosa y condicional. De hecho, en los casos penales, persiste un debate entre los expertos acerca de la viabilidad de aplicar la mediación, con opiniones a favor y en

²⁴ Posicionándose a favor de técnicas extrajudiciales y reflexionando sobre la necesidad de una urgente reforma, entre otros autores del momento, NAVAL RECIO, A. (1999). Crítica de nuestro sistema procesal. *Revista del Poder Judicial*. N°53

contra. En este sentido, la mediación penal no busca únicamente el perdón del infractor, sino que va más allá al buscar una compensación que satisfaga de manera más completa a la víctima, ya sea mediante indemnización económica o la ejecución de ciertos trabajos a su favor²⁵.

En el ámbito laboral, la exclusión de la mediación parece lógica dado que la legislación laboral ya emplea mecanismos para la resolución extrajudicial de disputas laborales. La normativa establece un procedimiento legal que requiere, antes de recurrir a la vía judicial, intentar resolver las controversias ante los Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación de las Consejerías de Trabajo de las diversas Comunidades Autónomas (SMAC). Solo en los casos en que no se logra un acuerdo, se procede con la presentación de la correspondiente demanda ante la Jurisdicción Social. No obstante, no nos vamos a poner a analizar si en la práctica funciona de esta manera teóricamente aceptable o no.

La última de las exclusiones, referente a los actos vinculados al consumo²⁶, podría considerarse inicialmente como parte de los asuntos de naturaleza civil, pero la ley misma excluye expresamente su regulación en este sentido. Se suelen incluir, además, dentro de los casos que deben quedar fuera del ámbito de la mediación, aquellos en los que una de las partes enfrenta trastornos emocionales graves o no puede gestionar sus asuntos de forma autónoma, dado lo delicado e imposibilitante de dicha condición.

Por lo tanto, se evidencia que, como hemos adelantado, la mediación no constituye la solución universal para todos los casos, sino que hay ciertos contextos en los cuales un procedimiento diferente como el judicial sería más aconsejable. Aun así, recordamos que la introducción de este tipo de ADR se implementa como respuesta a los defectos prácticos de la jurisdicción, presentando a la ciudadanía una variedad de técnicas o procedimientos

²⁵ Reforzando nuestras palabras, ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2009). La alternativa jurisdiccional que funciona. *XVII Congreso de Estudios Vascos: Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza = Innovación para el progreso social sostenible (17. 2009. Vitoria-Gasteiz)*. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012. ISBN: 978-84-8419-232-9. págs. 1937-1965. “La mediación penal pone al agresor en frente de la víctima, con el objetivo de que aquél repare el daño causado al tiempo que se responsabiliza de las transgresión de las normas sociales y penales cometida, sintiendo el arrepentimiento e interiorizando su culpa y aquellas normas de convivencia que ha infringido, contribuyendo así a la paz social de la comunidad. Se satisfacen así los intereses de la víctima, del victimario y de la sociedad.”

²⁶ Sobre la importancia de una regulación propia referente al ámbito del consumo, BLANCO CARRASCO, M. (2009). La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro. *Anuario jurídico y económico escurialense, XLII*. págs. 129-152

basados en la voluntad y autonomía de las partes, con el ánimo de solucionar de manera más flexible y privada las discrepancias²⁷.

Acercándonos al ámbito concursal de la mediación que vamos a tratar a continuación y que es pilar fundamental de nuestro trabajo, adelantamos que nos vamos a colocar ante una mediación particular, especial y específica, diferente en muchos aspectos de la mediación civil y mercantil genérica, pero por la que el legislador apostó fuerte en la reforma de la Ley Concursal, en la ya mencionada Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como intento de respuesta a la crisis económica.

4.2. Mediación Concursal

4.2.1. Definición y configuración

La mediación concursal empresarial se regulaba en la LC, donde se le dedicó tras su introducción un título entero -el décimo, denominado “el acuerdo extrajudicial de pagos” ya conocido- y algún que otro precepto. Escribimos en pasado para dar a entender que es una institución preconcursal ya derogada -dando paso a nuevas figuras preconcursales como el experto en reestructuración-, derrotada por un sistema que no supo ni quiso acogerla. Pero no, por ello, vamos a dejar de analizarla y estudiarla para traer a colación todos sus puntos fuertes y las numerosas mejoras que podía haber traído a nuestro ordenamiento, en general, y a nuestro derecho concursal y preconcursal, en particular.

De hecho, la misma razón por la que se configuró la mediación concursal de una manera peculiar pone de manifiesto la importancia que podía haber tenido en nuestro sistema, y la clara apuesta del legislador por esta institución como forma de reactivar la economía²⁸. Esa razón de regulación específica no era otra que el interés social y político de garantizar la permanencia de las empresas. Pero no era la única. Según varias ramas de la doctrina²⁹, la respuesta reside en la complejidad intrínseca de los procedimientos concursales y en los especiales vínculos del propio procedimiento de acuerdo extrajudicial con el proceso concursal. Los defensores de esta regulación específica de mediación concursal que se aleja

²⁷ Resaltando el beneficio de ambas partes (*win-win*) implicadas en la resolución de su disputa, explica ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2009). *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*. Navarra, Thomson Reuters-Civitas. ISBN 978-84-470-3221-1. págs. 22-28

²⁸ Comparte una opinión muy similar, SOLETO MUÑOZ, H. (2016). *op.cit.* págs. 79-101

²⁹ Expone sus argumentos para la necesidad de una regulación específica CARRASCO PERERA, A. (2013). Los nuevos mediadores concursales. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N°872. Sección Opinión. Editorial Aranzadi, S.A. pág.3

en parte de la propia mediación genérica -diferencias que trataremos con más detalle posteriormente- defienden su postura y la razón de ser de dicha regulación “personalizada” apoyándose en varios puntos.

Por un lado, la voluntad del legislador de mantener el tejido empresarial del territorio nacional, muy mermado por los efectos de la crisis, evitando el concurso tan temido por las empresas y empresarios de la mano de mecanismos nuevos y prometedores. De la misma manera, no solo siguiendo la voluntad del legislador, sino también con el ánimo de atender a la voluntad de todos los particulares implicados en el bienestar económico general. Otra razón de peso para esta regulación específica concierne a la particular complejidad de las disputas empresariales relacionadas con el concurso y la viabilidad de las empresas, debido a factores como la diversidad de participantes, las relaciones entre deudores y acreedores o las diferentes naturalezas de las deudas -entre otros-, que sin una norma específica y concreta carecerían de facilidades para iniciar la mediación, ya de por sí muy falta de tradición en nuestro país.

No podemos dejar de lado la ya conocida complejidad del procedimiento del concurso de acreedores, incentivada por las carencias en regulación ofrecidas hasta ahora por el ordenamiento, y la necesidad de vincular dicho procedimiento con la mediación. Y, por último, razón que comentaremos en el apartado del estatuto jurídico del mediador, la confirmación de que el mediador concursal debería ser una persona específicamente cualificada, escapando de los requisitos básicos de los mediadores genéricos del ámbito civil y mercantil regulados en la LM³⁰.

De esta manera, el legislador configuraba la mediación concursal dotándola de un carácter unilateral. Es decir, mientras que la voluntariedad de las partes es la base sobre la cual se apilan los cimientos de la institución general de la mediación, en la concursal reinaba el lema de la protección al deudor, inclinándose claramente por una de las partes. Bajo la idea de que este mecanismo extrajudicial de solución de conflictos había sido creado con el objetivo de respaldar la continuidad de las empresas, y a su vez, de la economía en general, el legislador cambiaba el carácter consensual de la mediación genérica por el carácter “social” o “público” de la mediación concursal. De esta manera, a lo largo de los siguientes puntos resaltaremos la importancia del deudor y el peso que adquiere este durante el procedimiento, de la mano de particularidades como el inicio de la mediación únicamente a instancia del

³⁰ Así lo defiende SOLETO MUÑOZ, H. (2016) op.cit. págs. 80-101

deudor que cumple unos requisitos, o las consecuencias obligatorias para el acreedor aun no habiendo asistido a las negociaciones o habiéndose opuesto a las mismas³¹.

Acabando con la configuración básica de la figura, la LC delimitaba qué personas y bajo qué condiciones podían acudir a la mediación concursal. Sobre la condición subjetiva, el deudor que inicia el procedimiento podía ser persona física -empresarios según la legislación mercantil, los que ejercen actividades profesionales a los efectos de la Seguridad Social, o incluso trabajadores autónomos- o jurídica, reflejando el efecto de las reformas de la propia LC que amparaban a un abanico más amplio de deudores.

Por otro lado, bajo la condición objetiva la LC obligaba a las personas físicas a encontrarse en un estado de insolvencia actual o que considerasen que iban a estarlo en breve, sin que su pasivo vigente superara la cantidad de 5 millones de euros. En cambio, a las personas jurídicas se les requería el estado efectivo de insolvencia actual, que en caso de darse el concurso no se diese un proceso que revista especial complejidad, y disponer de recursos suficientes para cubrir los gastos propios del acuerdo. Estos requerimientos no hacen más que reforzar la idea compartida de que la intención primera del legislador es enfocar la institución de la mediación concursal en los autónomos y las PYMES, que forman el grueso del tejido económico empresarial de nuestro país³².

Respecto a los acreedores, la norma no les imponía más requisitos para ser partes del proceso que los derivados de su condición. De hecho, queremos resaltar el hecho de que se les obligaba a acudir a la reunión -salvo a los exentos acreedores públicos-, aun encontrándonos en un mecanismo ADR caracterizado por su voluntariedad y consenso.

En cualquier caso y dejando de lado el resto de peculiaridades de la configuración de la mediación concursal frente a la general, en cuanto a mecanismo ADR, es necesario que

³¹ Una medida de castigo de los acreedores y protectora del deudor, entendible únicamente por la finalidad pública de la mediación a la que nos referimos. En esta línea, PULGAR EZQUERRA, J. (2015). Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad. *Diario La Ley*. N° 8538.

³² ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2016). La mediación concursal empresarial en cuanto paradigma de las posibilidades de los mecanismos ADR. Estudio crítico de su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español. *Justicia en tiempos de crisis; Cuadernos Digitales de Formación*. EHU-UPV/CGPJ. N°53. ISBN 978-84-9082-483-2 pág. 8

reine la buena fe de todas las partes³³. Si el mediador de turno manifestara la carencia de buena fe, pondría fin al proceso y daría inicio al concurso consecutivo.

4.2.2. Principios generales

La LM regula en sus primeros artículos (en adelante arts.), concretamente y de manera expresa en los arts. sexto, séptimo, octavo y noveno, los principios informadores de la institución de la mediación en general, que gozan de una importancia reconocida dentro de los ADR. Dejando el recién mencionado y muy analizado por la doctrina principio de la buena fe a un lado, nos vamos a centrar en el resto de principios generales, ya que no todos ellos resultan aplicables en su totalidad en la mediación concursal. De hecho, esta afirmación ha desatado a lo largo de los años posteriores a la creación de esta figura infinidad de debates doctrinales acerca de la naturaleza del mediador concursal y de su agrupación o no dentro de la institución de la mediación, debido a sus resaltadas diferencias con el mediador civil y mercantil.

Como ya hemos adelantado con anterioridad, el principio de voluntariedad y libre disposición de las partes regulado en el artículo (en adelante art.) sexto es vulnerado claramente por la configuración de la mediación concursal llevada a cabo por la Ley 14/2013. Sin entrar en más detalles procedimentales, hemos dejado claro que en la regulación del AEP logrado durante la mediación concursal, acreedores que no habían dado su consentimiento se podían ver obligados a cumplir dicho acuerdo alcanzado por el deudor y una mayoría de los demás acreedores. En contraposición, el principio de voluntariedad incluye, tanto la libertad de acogerse al procedimiento de mediación, como la de abandonarlo una vez iniciado, ya que no puede forzarse a persona alguna a realizar una mediación. Sin embargo, vemos que en la regulación vigente hasta la última reforma de la LC se mostraba un claro distanciamiento con lo establecido en ese art. 6 de la LM: “3. *Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo*”.

En relación al resto de principios establecidos en la LM, como son la imparcialidad de los mediadores, la neutralidad y la confidencialidad, podríamos decir que la persona

³³ Buena fe exigida en el Código Civil (arts. 7 y 1258) y en la LM (arts. 6.2 y 10.2). De hecho, la LM exige que las partes presten colaboración y apoyo permanente a la actuación del mediador, manteniendo la adecuada deferencia hacia su actividad (art 10.3). Remarca la importancia de la buena fe del deudor, ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). Concurso de acreedores de persona física, fresh start y mediación concursal. La rehabilitación del deudor. *Diario La Ley*. Nº 8172

mediadora deberá actuar con total honestidad y entereza³⁴. El problema surge cuando el legislador toma la decisión de que el mediador concursal, en caso de producirse la imposibilidad de llegar a un acuerdo en el AEP o con la nulidad de dicho acuerdo, se convierta en administrador concursal una vez habiendo iniciado el concurso consecutivo, asumiendo las tareas y deberes típicos de un administrador concursal de hecho.

Esta cuestión fue una de las más criticadas por la doctrina y por la amplia esfera de profesionales que abarca el derecho concursal, quienes mostraban su desacuerdo con que el mediador concursal fuese quien se convierta efectivamente en posterior administrador concursal³⁵. La crítica residía, en resumidas cuentas, en que de esta manera, cabía la posibilidad de que se perdiese la neutralidad del mediador debido a su interés personal en una posible doble retribución como mediador-administrador, y por otro lado, que se daba pie a perder también la confidencialidad del proceso de mediación debido a la capacidad del administrador concursal de traer bienes del deudor al concurso mediante las acciones de reintegración. Y claro, el conocimiento de dichos bienes se habría podido basar en la información adquirida durante el procedimiento preconcursal actuando como mediador.

La confidencialidad regulada en el art. 9 de la LM exige que las partes, incluido el mediador general, no pueden revelar conocimientos adquiridos durante el procedimiento de mediación, aun habiendo sido citados como testigos en un proceso judicial. En el caso de los mediadores concursales, podríamos decir que este principio cobra especial relevancia dado a que surge un problema vinculado al propio procedimiento, debido a que, como ya hemos reconocido, el mediador-administrador puede tener acceso a una información esencial en base a las acciones reintegradoras o a la posterior calificación del concurso.

Este problema se abordó en la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid de 11 de octubre de 2013, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley de Apoyo a Emprendedores y cuestiones concursales, para concretar el alcance del conflicto y las decisiones a tomar. En dicha reunión se concluyó que el acceso al conocimiento de información sensible sobre la actividad económica del deudor, debía quedar garantizado por el deber de la confidencialidad y que, por consiguiente, se había de imposibilitar su uso en

³⁴ Siguiendo a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2014). Mediador: Siete trazos para un perfil. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a. (Coord.) *La Ley Concursal y Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. pág. 378. En palabras del autor, “Estos principios entroncan con la personalidad de un mediador recto, insobornable, intachable y del que no haya duda de su probidad, lo que se concreta en la integridad como rasgo irrenunciable de todo mediador concursal.”

³⁵ Expone su crítica y desconfianza, CASTILLEJO MANZANARES, R. (2013). La figura del mediador concursal en el “acuerdo extrajudicial de pagos”. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*. Nº 1. pág. 36

acciones de reintegración o calificación del concurso. No obstante, también se concluyó que, dada la reconocida especialidad del mediador concursal respecto del mediador general, se consideraba la posibilidad de excepcionar el deber de confidencialidad *“específicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal”*.

En definitiva, la contradictoria conclusión de la reunión de Magistrados no hizo sino incrementar el malestar y las dudas de los profesionales afectados, que no vieron solventado el problema. En suma, varios autores³⁶ advirtieron sobre el peligro de la vulneración al deber de confidencialidad, elemento clave para el impulso de la mediación concursal en el ordenamiento estatal, y pusieron de manifiesto que este hecho reflejaba la realidad de la dificultad práctica a la hora de llegar a acuerdos guiados por mediadores.

En conclusión, lo que percibimos nosotros es que en la anterior regulación el legislador no acabó de encontrar la conexión necesaria entre la figura del mediador concursal y el administrador concursal, y, ante la necesidad de reformas y parches manifestados por la realidad ineficiente del proceso concursal y la presión política, optó finalmente por eliminar la figura del mediador del procedimiento preconcursal y probar suerte en la creación del experto en reestructuraciones. Trataremos este punto en las conclusiones generales del trabajo.

4.2.3. Estatuto del mediador concursal

Dando entrada de lleno al análisis de la figura del mediador, podemos decir que el mediador concursal se constituye como un auxiliar del deudor, un profesional suficientemente cualificado responsable de verificar la información que se le haga llegar y tratar de impulsar un acuerdo entre dicho deudor y el resto de acreedores. La flexibilidad de la que gozaba su figura, característica clave dentro del instituto de la mediación y una de las razones, a nuestro entender, por la cual el legislador se inclinó por esta figura como mecanismo preconcursal, permitía al mediador concursal adaptar los preceptos que le ofrecía la Ley a cada procedimiento concreto.

Como trataremos a continuación, su rol no era únicamente el de dirigir la negociación, sino que siendo su función principal impulsar el AEP, básicamente trataba de buscar la

³⁶ Exhibe la siguiente duda manifestando su escepticismo, CASTILLEJO MANZANARES, R. (2013). op.cit. pág. 36. *“¿Qué concursado se va arriesgar a dar información que después pudiera favorecer las interposiciones de acciones de reintegración por parte del administrador concursal?”*

supervivencia del deudor, y su posterior reincorporación a la actividad económica y financiera. De hecho, podríamos decir que los mediadores concursales llevaban a cabo una función social de mantenimiento y rescate de una empresa o profesional, dado que, de fracasar en la consecución del acuerdo y de iniciarse el concurso, casi con total seguridad dicha empresa acabaría desapareciendo.

4.2.3.1. Condiciones y nombramiento

Antes de iniciar con los detalles y requisitos del nombramiento de esta figura poco conocida en nuestro sistema, debemos responder a la siguiente pregunta: ¿Quién podía ser mediador concursal?

La figura del mediador concursal, ya sea persona física o jurídica, debía cumplir con la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, siguiendo los requerimientos generales establecidos por la LM. Estos requisitos los establece dicha Ley en su art. 11, pudiendo ejercer como mediadores generales los que: (i) se hallen en plenas facultades para ejercer sus derechos civiles, (ii) ostenten título universitario o de formación profesional en grado superior, (iii) tengan una formación específica en mediación adquirida mediante cursos prácticos impartidos por instituciones acreditadas y (iv) tengan a su disposición un seguro equivalente que cubra las posibles responsabilidades que se deriven de sus actuaciones.

Además de las condiciones generales, el mediador concursal debía cumplir con las condiciones específicas establecidas para un mediador específico como es el mediador concursal. Y es que el propio conocimiento de los procesos de mediación concursal exigía la especialización en materia de insolvencia, dado a que, como ya sabemos, el mediador concursal acabaría ejerciendo en muchas ocasiones como administrador concursal. Muestra de todo ello es que la LC en su art. 233.1. requería, además de las condiciones generales para los mediadores ya examinadas, reunir las condiciones requeridas en el art. 27 de la misma Ley para actuar como administrador concursal.

Por lo tanto, hasta la entrada en vigor de un desarrollo reglamentario sobre administradores concursales promovido por el TRLC que aún hoy día aguarda a su entrada en vigor -si bien en octubre del 2023 se ha publicado el proyecto de dicho reglamento y, por lo

tanto, entendemos que no se hará esperar mucho más tiempo³⁷-, se precisaba ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva y haber acreditado formación especializada en derecho concursal (o ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal).

Numerosos autores y juristas especializados en materia concursal dejaban claro que la regulación futura de la figura del mediador concursal iba a estar en manos del diseño reglamentario del estatuto del administrador concursal, y ponían de manifiesto sus deseos de que esta regulación se constituyese de forma coordinada y clara, impulsando la realidad práctica de la figura de nuestro mediador³⁸. Muy a su pesar, el posterior TRLC borraría del mapa la figura controvertida del mediador y optaría por un experto en reestructuraciones.

Más allá de los requisitos y condiciones para convertirse en mediador concursal, para su correcto nombramiento respecto a la Ley, el mediador concursal -a diferencia del civil y mercantil- debía estar inscrito de manera obligatoria en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, quien suministraría una lista reuniendo cada inscripción para su posterior publicación. Como detalle, la propia LC admitía el supuesto en el que una Cámara Oficial o el Consorcio de Compensación de Seguros actuarán como mediadores concursales en supuestos específicos que consideramos no merece la pena analizar.

Una vez publicada la lista oficial de mediadores concursales en el BOE, se procedía a su nombramiento, competencia atribuida a los Notarios o a los Registradores mercantiles, siguiendo eso sí el orden del listado publicado. Tras la necesaria aceptación del cargo por el propio mediador, el Notario o Registrador correspondiente comunicaban al juez competente la elección, y esta se procedía a publicar en el Registro civil y en el resto de registros públicos que correspondiere para cada caso³⁹.

³⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA. (4 de octubre de 2023). Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Reglamento de la Administración Concursal. Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Real%20Decreto%20RGTO%20Admon%20Concursal.pdf>

³⁸ En esta línea se expresaba RAMOS CALVO, M^a D. (2019). Régimen Jurídico de la Mediación Concursal en el Derecho Español (Tesis Doctoral). Universidad de Alicante, España. pág. 181. *“La regulación futura de la figura del mediador concursal dependerá del futuro diseño reglamentario -ante la deslegalización forjada-, al remitirse al futuro reglamento algunos aspectos esenciales del estatuto del administrador concursal. Sería deseable que en dicha redacción futura se incardinara de forma coordinada la regulación del mediador concursal.”*

³⁹ Rescata PRATS ALBENTOSA, L. (2014). La mediación en el pre-concurso. *Revista de Mediación*, vol.7. N^o 1. págs. 70-80

4.2.3.2. Funciones

La LC establecía las competencias asumidas por el mediador concursal detalladas en varios arts. del Título X, dedicado al AEP. Unido al propósito de dicho acuerdo, la labor del mediador se orientaba hacia la reestructuración de la deuda existente con el objetivo primordial de evitar la apertura del concurso de acreedores.

La legislación le asignaba al mediador concursal la función principal de "impulsar y controlar el normal desarrollo del procedimiento", sin actuar en nombre del deudor ni desempeñar un papel de negociador. Es decir, su función se resumía en mediar entre las partes para facilitar la consecución de un acuerdo de pago de las deudas.

De manera sintética, las funciones encomendadas al mediador concursal durante el procedimiento del AEP incluían: (i) fomentar la conciliación entre las partes, (ii) garantizar el cumplimiento de los requisitos de publicación y publicidad establecidos, e (iii) impulsar los trámites del procedimiento. Sin embargo, por otro lado, encontramos las funciones que surgen una vez que las partes habían aprobado el acuerdo, que comprendían: (iv) la función de supervisión o control del cumplimiento del acuerdo, y (v) las responsabilidades asumidas como administrador concursal en caso de haberse declarado el concurso consecutivo.

4.2.3.2.1. La función de mediador en el AEP

Para el cumplimiento de estas funciones el mediador debía realizar acciones concretas como convocar a los acreedores, redactar un plan de viabilidad o incluso un plan de continuación de la actividad económica del deudor.

Así pues, la LC anterior a la revolucionaria reforma del 2020 disponía que el mediador concursal, primeramente, debía comprobar y analizar toda la documentación del deudor para comprobar la existencia de todos los créditos y subsanar los errores que podrían obstaculizar el procedimiento del AEP. Después, convocaría a las partes, deudor y acreedores, a una reunión cuya finalidad no iba a ser otra que alcanzar un acuerdo de pago, y, sobre todo, identificar y tasar la identidad de todos los acreedores convocados y las cuantías y demás características de sus respectivos créditos. Para dicha convocatoria, el mediador debía remitir una propuesta de AEP a los acreedores, incluyendo en ella un plan de pagos -detallando las medidas de mora y de espera contempladas en dicho plan- acompañado por un plan de viabilidad -exponiendo las nuevas obligaciones que se crearían de aprobar el plan de pagos- y un plan de continuación de la actividad empresarial del deudor.

Pudiendo los acreedores modificar la propuesta o elaborar una nueva, se remitía a una votación regulada pendiente de unas mayorías específicas que no detallaremos, por el hecho de no tener cabida en nuestro actual reglamento, quedándose a nuestro juicio carentes de importancia. En caso de aprobación de la propuesta, se elevaba a escritura pública. Y en caso de no aprobarse, de terminarse las negociaciones antes de lo previsto por desacuerdos o de insuficiencia de masa activa, el mediador solicitaría inmediatamente la declaración de concurso consecutivo⁴⁰.

4.2.3.2.2. La función de supervisor del cumplimiento del AEP e instar al concurso consecutivo

Tras haberse aprobado el AEP surgía una nueva función para el mediador concursal, que no era otra que convertirse en el supervisor del acuerdo, con el propósito claro de que este se cumpliera. Esta competencia atribuida por la ley despertó otro debate en la doctrina, resumido en dos opiniones contrapuestas: quienes afirmaban que la nueva función guardaba coherencia y seguía la sintonía de las anteriores funciones atribuidas⁴¹, y quienes calificaban la competencia de desorbitada e inexigible para un mediador, defendiendo que los acreedores podían a su vez denunciar el incumplimiento del acuerdo ante el juzgado, garantizando así el efectivo cumplimiento del AEP por parte del deudor bajo la clara amenaza de ser declarado en concurso, sin necesidad de determinar una función expresa de vigilancia para el mediador⁴².

4.2.3.2.3. La función de administrador concursal

Una vez el juez declaraba el concurso consecutivo del deudor, el hasta ahora mediador concursal pasaba a ser designado administrador concursal, concurriendo las condiciones estipuladas en el anterior art. 242.2.2ª LC. De esta manera se daba la conversión de la figura de naturaleza híbrida mediador-administrador que hemos venido anticipando y que trajo numerosas críticas y diversidad de opiniones.

⁴⁰ Describe el procedimiento, recalando la importancia de la toma de decisiones del mediador, CANDELARIO MACÍAS, M^a.I. (2015). op.cit. pág. 108

⁴¹ Defiende su posición CALENDARIO MACÍAS, M^a.I. (2015). op.cit. pág. 109

⁴² En contraposición, LEONARDO ZORRILLA, L.A. (2016). op.cit. pág. 46. En palabras del propio autor “[...] considero cercana mi postura a entender como razonable que la función de vigilancia encomendada al mediador sea “desorbitada” en tanto cuanto que, al legitimar la norma a los acreedores para denunciar el incumplimiento del acuerdo ante el juzgado competente, se garantiza de forma suficiente el efectivo cumplimiento del acuerdo por parte de deudor bajo la posibilidad de ser declarado en concurso a instancia de los afectados.”

Por consiguiente, la aceptación del cargo de administrador concursal extendería las funciones del anterior mediador, funciones, tanto de carácter procesal, como propias del deudor o del órgano de administración determinado.

4.2.3.3. Retribución del cargo

Dejando atrás las funciones y una vez situado de mejor manera el rol de la figura del mediador en el precurso, con el análisis de la retribución que recibían los mediadores concursales por el ejercicio de sus cargos entramos en otro de los puntos más problemáticos y enrevesados de toda la figura preconcursal, que no hizo sino aumentar el debate de la verdadera eficiencia y necesidad de los mediadores en el proceso concursal, dado a que los esfuerzos realizados por el legislador de introducir este mecanismo ADR en un sistema tan regulado y sofisticado como el derecho concursal no se vieron reflejados en la realidad económico social del momento.

Para allanar un poco nuestra explicación y ponernos en contexto, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su ahora derogada disposición adicional octava, en lugar de establecer normas específicas para la remuneración de los mediadores concursales remitía a *las normas establecidas o por establecer para la remuneración del sistema de los administradores concursales*.

En primer lugar, debemos darle especial importancia al momento de la aceptación del cargo por parte del mediador, pues la retribución debía quedar reflejada en el acta del nombramiento; así lo disponía el antiguo art. 1.1 párr. 2 LC. Ahora bien, no es hasta el 6 de febrero de 2018, con la entrada en vigor de la Instrucción relativa a la designación de Mediador Concursal, cuando se le permite al mediador concursal, al igual que a los administradores concursales, conocer una estimación del importe global de las deudas, bienes, y derechos del deudor para poder proponer al juez la fijación de sus honorarios mediante solicitud.

De hecho, compartimos la idea de que era razonable abonar el cincuenta por ciento de la retribución dentro de los cinco días posteriores al nombramiento del mediador concursal, al igual que sucedía con los administradores concursales. De esta manera, se permitía adecuar la cantidad de su retribución en base a cómo se desarrollase el concurso y las posibles variaciones de los bienes y derechos.

La LC a lo largo de sus preceptos sobre la retribución del mediador fiaba el establecimiento de las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal a un futuro desarrollo reglamentario que nunca llegó, y que ya en 2015 ansiaba la ayuda de un nuevo reglamento sobre administradores concursales, que -recordemos- hoy día no está todavía en vigor, para al menos aplicar la malgastada analogía. Dichos preceptos, al menos, establecían tres criterios para la valoración de la retribución: el tipo de deudor, su pasivo y activo, y el éxito alcanzado en la mediación.

Muchos autores⁴³ ya comenzaron en su día a poner de manifiesto lo que venimos manifestando nosotros, que la remisión a un futuro desarrollo reglamentario debía haberse producido en abril de 2015. Por si esto fuera poco, la remisión en bloque a las normas de retribución de la administración concursal para fijar la remuneración del mediador no era del todo posible en muchas ocasiones, dado a que recordemos, la figura del mediador concursal y la del administrador concursal son de naturalezas totalmente diferentes, tanto en funciones, como en responsabilidades.

La “solución” temporal a esta situación bochornosa fue introducida por la disposición adicional segunda del RDL 1/2015, refrendado por la Ley 25/2015, que hacía referencia al tipo de deudor para reducir los honorarios del mediador. Dicho precepto establecía como parámetro base el activo y pasivo inicial del deudor, cantidad a la que se le añadía unas reducciones en función del tipo del deudor ante el que nos encontrásemos en cada proceso, que variaba entre un 70 y un 30 %.

Para hacernos una mejor idea de lo aparentemente injustificadas que resultaban estas reducciones en la realidad, hemos decidido rescatar los casos reales que detalla M^a Dolores Ramos Calvo en su crítica al sistema de retribución establecido⁴⁴, que opinamos dotan de claridad y perspectiva al debate de la eficiencia del sistema. La autora cuenta, por ejemplo, que en el caso de un deudor soltero, con unos ingresos mensuales de 1.800€, con un sólo

⁴³ “*El régimen de responsabilidad del mediador concursal genera dudas puesto que no existe ninguna previsión especial al respecto, y los del administrador concursal y mediador no coinciden*”. Afirma en este sentido, entre otros, GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2015). *El Acuerdo extrajudicial de pago. Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid. ISBN 978-84-89315-79-2. págs. 136-161

⁴⁴ La autora critica duramente el régimen de retribución, poniendo en duda el futuro de la institución, RAMOS CALVO, M^a.D. (2019). op.cit. pág. 209. “*Estos porcentajes entrañan unas injustificadas retribuciones en el mediador [...] De ahí el escaso éxito de la figura del mediador y, por ende, de la mediación concursal, pues no es concebible que de un profesional del que se exige una formación cualificada como se ha expuesto, el mantenimiento de un seguro y el sometimiento a unos estándares de actuación cuyo incumplimiento conllevaría una elevada responsabilidad, soporte a su coste un procedimiento que en la mayoría de los casos no llegaría ni a los límites de los ejemplos expuestos*”.

vehículo como activo y ciertas deudas procedentes de préstamos al consumo, el mediador asignado cobró la cantidad irrisoria de 30€ por la tramitación del AEP. Por mencionar otro caso, en un supuesto de unidad familiar compuesta por un matrimonio y dos hijos menores, trabajando únicamente uno de los miembros obteniendo 1.000€ mensuales, con un activo compuesto por una vivienda hipotecada y dos vehículos, y deudas procedentes de un proyecto empresarial fallido, la retribución final para el mediador fue de 370€, tras haber tramitado el AEP e instar posteriormente el concurso consecutivo.

Simplemente, podríamos dar por finalizado nuestro trabajo manifestando que de ahí el escaso éxito de la figura del mediador, y a su vez, de la mediación concursal. Nos parece incomprensible, junto a la mayoría de la doctrina⁴⁵, que un profesional al que se le exigen tales niveles de formación cualificada, de responsabilidad e incluso la obligatoriedad de un seguro reciba tales retribuciones. Y, en suma, también nos parece reprochable que no se contemplase otro incremento de la retribución total que el que atiende al éxito en la consecución del acuerdo, dejando de lado cualquier otro incentivo como la dificultad o especial complejidad del proceso.

4.2.3.4. Responsabilidad civil

Es entendible que, dado el requerimiento de las condiciones para el ejercicio del cargo de mediador concursal y posible posterior administrador, y a tenor de la importancia -tanto económica, como social- que adquirirían sus funciones, de su falta de diligencia o inobservancia se derivarían responsabilidades. Sin embargo, una vez más la inexistencia de un estatuto jurídico propio de mediador concursal impedía medir el alcance exacto de dicha responsabilidad⁴⁶, que trataremos de delimitar algo más a continuación.

La primera conclusión que hallamos es que queda claro que nos encontramos ante una responsabilidad civil subjetiva, a tenor del art. 14 LM que establece que la aceptación de la mediación correspondiente obliga a los respectivos mediadores a cumplir el encargo con diligencia y lealtad, incurriendo, de no ser así, en responsabilidades por daños y perjuicios causados. Por lo tanto, el mediador respondía por estos daños en base al régimen general de

⁴⁵ “No es concebible que de un profesional del que se exige una formación cualificada como se ha expuesto, el mantenimiento de un seguro y el sometimiento a unos estándares de actuación cuyo incumplimiento conllevaría una elevada responsabilidad, soporte a su coste un procedimiento que en la mayoría de los casos no llegarán ni a los límites de los ejemplos expuestos.” También es del mismo parecer RAMOS CALVO, M^a.D. (2019). op.cit. pág. 211

⁴⁶ Persistente en la crítica dirigida al legislador ante la falta de normas legales necesarias, GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2013). op.cit. págs. 136-161

responsabilidad civil contractual, o lo que es lo mismo, cuando estos eran causados por dolo, culpa o negligencia. Dicho de otra manera, la responsabilidad existirá cuando concurren los siguientes supuestos: la realización de un acto u omisión, que genere un daño, así como un nexo causal entre los actos realizados y el daño ocasionado. Excluiríamos, por ende, que nos encontramos ante una responsabilidad objetiva⁴⁷.

También queremos dejar constancia de que se trata de una obligación de medios, que no de resultados, dado que la verdadera obligación del mediador no era la de consensuar un acuerdo extrajudicial efectivo, si no poner todos sus medios para tratar de conseguirlo. De hecho, vistos los resultados de dichos acuerdos hasta la derogación de la figura del mediador concursal, la mayoría concluían con la no consecución del AEP⁴⁸.

Al margen de la responsabilidad civil, y ante la inexistencia de preceptos legales específicos de un estatuto del mediador concursal, la LC, mediante una responsabilidad específica intuida de su régimen disciplinario, contemplaba en el régimen previsto para los administradores concursales en los arts. 35 y 36 que el deudor debería instar el nombramiento de un nuevo mediador ante el notario o registrador, cuando fuese necesario. La única consecuencia que podrían decidir el notario o el registrador sería, en el caso, la de la pérdida de la remuneración por parte del mediador. Sin perjuicio, eso sí, de la responsabilidad por daños y perjuicios que acabamos de señalar, pretendida tanto por el deudor, como por los acreedores que se hubieran visto afectados.

4.2.3.5. Incompatibilidades y prohibiciones

Como no podía ser de otra manera, el apartado de incompatibilidades y su nula regulación refleja de la misma manera las carencias que ya venimos comentando en todo nuestro análisis del estatuto jurídico del mediador concursal. El hecho de no tener un estatuto jurídico propio, como es obvio, traía consigo la inseguridad jurídica de la propia figura, tanto por parte de los profesionales aptos a realizar las funciones de mediador, como de los beneficiarios del mecanismo extrajudicial, que no eran otros que los diferentes deudores y acreedores.

⁴⁷ Como bien explica GIMENO BEVIÁ, V. (2016). El seguro de responsabilidad civil obligatorio de los administradores concursales: delimitación cuantitativa y otras cuestiones controvertidas. *La administración concursal: VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*. ISBN 978-84-9059-672-2. págs. 723-738.

⁴⁸ Conclusión alcanzada tras el estudio de la figura del AEP por VIVERO DE PORRAS, M.C. (2017). Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Tirant lo Blanc. pág. 207

El legislador, para solventar dichas lagunas y carencias de la LC en cuanto a las incompatibilidades y prohibiciones del mediador concursal, optó por remitir a lo dispuesto en materia de nombramiento de *expertos independientes*. A gran parte de la doctrina, a la que nos adherimos, le sorprendió dicha elección, hasta el punto de calificarla como incomprensible. Y es que no se entendía cómo para completar las lagunas interpretativas existentes se remitiera al régimen de expertos independientes cuando se hubiera podido optar por la regulación del régimen general de mediadores civiles, o incluso hacer alusión al régimen de administradores concursales, como se venía dando en los diferentes ámbitos hasta ahora analizados⁴⁹.

La primera cuestión que habría de preguntarse era la de a qué *expertos independientes* se refería la norma. Es decir, si el experto nombrado era aquel regulado por el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante RRM), o si el legislador se refería al experto encargado de verificar los antiguos acuerdos de refinanciación recogidos en la propia LC. Como es normal, las diferentes interpretaciones que se podían sacar comprometían la legitimidad de la figura del mediador⁵⁰.

Siguiendo una dirección más lógica y dejando de lado las dificultades que nos presenta la propia remisión a la RRM, las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para los mediadores concursales serían las establecidas para los administradores concursales en la propia LC. Los arts. que las regulaban han sufrido cantidad de reformas los últimos años, y si tuviéramos en consideración la norma en vigor hoy en día, dichos arts. serían el 64 y el 65. Estos arts. de la TRLC establecen que no podrán ser nombrados administradores concursales, y por ende, tampoco mediadores concursales, los incapacitados para ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad ilimitada; quienes hubiesen prestado servicios profesionales al deudor o a personas relacionadas con él o hubiesen tenido alguna relación socioeconómica con el deudor en los últimos 3 años; y quienes se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas. De la misma manera, en el

⁴⁹ Crítica esta situación FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2014). El estatuto jurídico del mediador concursal, *Revista de Derecho Mercantil*. Nº. 292. pág. 346. “se trata de una remisión que en los términos en los que viene recogida es ciertamente criticable. De entrada, porque podría pensar que el legislador lo tenía mucho más fácil. Bien podía remitirse a las normas sobre mediación civil, donde se contempla el Estatuto del mediador en su título III; o bien hacer una remisión al régimen de los administradores concursales, habida cuenta que también la Ley Concursal, en el capítulo II del Libro II regula el “Estatuto Jurídico de los administradores concursales”. Solución, a mi juicio, mucho más acertada que la remisión prevista en la norma.”

⁵⁰ En nuestro apoyo, critica la indeterminación del legislador CANDELARIO MACÍAS, M^a.I. (2015). op. cit. pág. 67.

punto de prohibiciones la norma establece que no podrán ser nombrados administradores concursales quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por aplicación de lo dispuesto la misma ley.

Una vez analizada la legislación concursal sobre la materia, deberíamos hacer una remisión más que conveniente a la legislación que se regula en la LM, sobre las incompatibilidades y recusaciones del mediador civil y mercantil. Las causas de incompatibilidades y recusación del mediador se regulan el art. 13 apdo. 5º y son las siguientes, prohibiéndose: (i) todo tipo de relación personal, contractual o empresarial con una de las partes; (ii) cualquier interés directo o indirecto en el resultado de la mediación; (iii) que el mediador, o un miembro de su empresa u organización, hayan actuado anteriormente a favor de una o varias de las partes en cualquier circunstancia, con excepción de la mediación.

La remisión a este precepto de mediación general nos parece adecuada dado que, recordemos, la figura del mediador concursal se desarrolló con aspectos de la figura del mediador general que regula la LM, salvando las diferencias y particularidades que hemos resaltado hasta ahora y que acentuaremos más adelante.

En resumen, no existe una regulación sistemática en la LC sobre causas de incompatibilidad y prohibiciones del mediador concursal, sino que debemos remitirnos a otros preceptos de la propia Ley y a otra normativa como es la LM. En nuestra opinión, ante las lagunas mencionadas sería más favorable aplicar las causas reguladas en estas normas que las que remite el legislador, todo ello dejando claro y poniendo de relieve una vez más la problemática ausencia de un estatuto propio.

4.2.4. Procedimiento

Para concluir con el análisis exhaustivo y formal de la mediación concursal vamos a hablar ahora sobre el procedimiento -que no proceso⁵¹-, sobre el que ya hemos adelantado algunas pinceladas a la hora de detallar las funciones propias del mediador. El procedimiento de mediación concursal era iniciado por el deudor con el objetivo de conseguir una quita, espera o dación en pago que le permitiese seguir con su actividad económica y mantener sus relaciones jurídico empresariales, al mismo tiempo que permitía a los acreedores el cobro de parte de sus créditos. Claro está, todo con ayuda de un mediador colaborador.

⁵¹ Puntualizando de manera expresa para diferenciar y no confundir ambos términos, ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2016). op.cit. pág. 12

El deudor que cumplía los requisitos analizados debía solicitar la designación de un mediador al registro correspondiente, o al notario, en su caso. Este, tras corroborar que la solicitud estaba correctamente formulada y que se cumplían todos los requisitos, procedería a nombrar a un mediador y a publicar su elección de la forma que hemos analizado en puntos anteriores. De la misma manera, si no se cumplían los requisitos inadmitía la solicitud, pudiendo el deudor iniciar otra o subsanar aquella.

En este momento se daba inicio al verdadero procedimiento de mediación. El mediador debía comenzar a ejercer sus funciones, y el deudor podía continuar con su actividad empresarial sin ser declarado en concurso, si bien debía abstenerse de realizar cualquier acto fuera de lo cotidiano que pudiera poner en riesgo su patrimonio⁵². Los acreedores, por su parte, no podían iniciar ninguna ejecución sobre los bienes o derechos del deudor mientras durase la negociación, ni realizar ningún acto con el ánimo de mejorar su posición respecto al deudor en los próximos 3 meses, en aras de un posible concurso. La LC también dispuso que los créditos sometidos a la negociación mediadora no producirían intereses.

Según los derogados preceptos de la LC, el mediador comenzaría comprobando en 10 días los datos y documentación del deudor, formándose y preparando el contexto que se debatiría y negociaría en la reunión que debía convocar junto al deudor y a todos los acreedores en un plazo máximo de 2 meses⁵³. Uno de los puntos más importantes de las tareas del mediador sería preparar una propuesta de AEP sobre cada uno de los créditos pendientes de pago, que remitiría a todos los acreedores, como tarde, 20 días antes de la reunión convocada. Esta propuesta, realizada con el consentimiento del deudor, debía contener un plan de pagos, un plan de viabilidad, un plan de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones que puedan surgir, un plan de continuación de la actividad profesional del deudor, y un plan específico para el pago de los créditos de derecho público⁵⁴.

⁵² Muestra la cautela que debe llevar el deudor en dicha situación PRATS ALBENTOSA, L. (2014). op.cit. pág. 75

⁵³ Para que la mediación funcione, es necesario que el mediador pueda investigar todo aquello que considere relevante, siendo indispensable la colaboración por parte del deudor, y de los acreedores, en su caso. Cuanta más colaboración, más probabilidades de éxito tendrá la negociación. Reforzando esta idea, ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). Mediación concursal, una visión positiva. *Estrategia financiera: revista para la dirección financiera y administrativa*. N°329

⁵⁴ En este sentido, el autor critica la excesiva preocupación del legislador por el crédito público: “¿Qué pretende que se ayude a las PYMES únicamente con el esfuerzo de los particulares? Ciertamente, este interés por la supervivencia del crédito público choca con la finalidad social de la institución.” ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2016). op.cit. pág. 14

Asimismo, los acreedores disponían de 10 días para realizar modificaciones a la propuesta ofrecida o comunicar su propia propuesta, y agotado ese plazo, se llegaba a la reunión, moderada por el mediador. Todos los acreedores convocados estaban obligados a asistir a dicha reunión, salvo los que se hubiesen posicionado a favor o en contra de la propuesta con anterioridad. Sin entrar en más detalles y especificaciones concretas, el objetivo de la reunión no era otro que llegar a un acuerdo general, valiéndose de la flexible figura del mediador concursal que, aunque se veía obligado a actuar en un marco muy regulado por la LC, disponía así de cierta libertad para gestionar la reunión y las negociaciones a su manera, respondiendo de manera más personal a las necesidades y objetivos de cada acreedor en concreto. Al fin y al cabo, ahí residía una de las claves que ya hemos resaltado más de una vez de la figura del mediador concursal.

Terminando el análisis del procedimiento, queremos concluir dejando de manifiesto una crítica repetida en la doctrina, que no es otra que la brevedad de tiempo que ofrecía la LC a la misma mediación. Entendiendo que uno de los fines perseguidos en las reformas concursales anteriores -y actuales- era la de disminuir el tiempo de espera de los concursos, no creemos que se le tuviese que meter tanta prisa al mediador en sus negociaciones, dado que, como bien sabemos, ciertos procesos constan de una alta pluralidad de acreedores y conflictos complicado⁵⁵.

4.2.5. Diferencias y peculiaridades de la mediación concursal respecto a la general.

Con el ánimo de agrupar y sintetizar las diferencias entre la mediación general, conocida como mediación civil y mercantil, y la mediación concursal, nos disponemos a traer a colación características en su mayoría mencionadas a lo largo del trabajo. Por ello, recalamos que solo nos vamos a centrar en las diferencias que compartía la institución específica, regulada por la LC tras su entrada en vigor en el panorama concursal gracias a la Ley 14/2013, respecto de la primaria.

La principal diferencia entre las dos instituciones reside en que la mediación general pertenece al Derecho Civil, mientras que la mediación concursal pertenece al Derecho Mercantil, considerado como un derecho civil especial. De esta base parten el resto de

⁵⁵ En nuestra misma línea, refiriéndose al “ritmo frenético del proceso”, PARDO IBÁÑEZ, B. (2015). La mediación concursal. Una experiencia práctica. *Diario La Ley*. N°. 8490

disparidades que vamos a mencionar, ayudándonos a entender de mejor manera el porqué del fracaso de la mediación concursal en el sistema preconcursal.

Como ya sabemos, el mediador concursal podía convertirse en administrador concursal. Es, por ello, que además de los requerimientos generales que establece la LM para todo mediador, los mediadores concursales debían reunir también las condiciones de un administrador concursal -como la inscripción obligatoria en el Registro Concursal o los requisitos de formación y capacitación de la actividad-⁵⁶. En sentido contrario, los mediadores civiles y mercantiles -en su mayoría psicólogos o trabajadores sociales- no tienen la obligación de tener conocimiento sobre la materia, teniendo la opción de convocar a expertos en la materia que les asesoren.

Ahondando en la cualidad muchas veces adquirida de mediador-administrador, llegamos a la diferencia en el tratamiento del principio de la confidencialidad entre ambas mediaciones, ya mencionado. El mediador concursal debía cumplir el secreto profesional y su confidencialidad a la vez que, una vez convertido en administrador, debía investigar el patrimonio del deudor para preparar el concurso consecutivo con la mayor veracidad posible. De esta manera, el legislador acepta la vulneración del principio de confidencialidad considerado tan importante en el instituto de la mediación⁵⁷.

Siguiendo con la semejanza con la que se han aplicado los principios generales de la mediación en la creación de la figura del mediador concursal, esta segunda figura no es elegida libremente por las partes, vulnerando de esta manera el principio de voluntariedad y libre disposición. Dada la importante función social que realizan los mediadores concursales, sólo podrán ser elegidos las personas que reúnan los no pocos requisitos, y siguiendo un orden secuencial mediante un sistema garante de la objetividad del proceso y de la imparcialidad⁵⁸.

⁵⁶ Recalca, a nuestro juicio de manera correcta, la necesaria cualificación de los mediadores SOLETO MUÑOZ, H. (2016). op. cit. pág. 6. *“El legislador ha entendido que la complejidad del procedimiento concursal y las graves consecuencias que puede tener la actividad de un sujeto no informado apoyan la elección de un mediador fuertemente informado sobre la materia concursal, de ahí que en el sistema diseñado en la LC se favorezca la elección de un mediador concursal que tenga las condiciones para actuar como un administrador concursal”*.

⁵⁷ En palabras de Pérez-Serrabona González, *“la obligación de confidencialidad, de secreto incluso, por parte del mediador; no se garantiza ni se exige en el caso de la mediación concursal, aunque solo sea por el hecho de que podrá convertirse en administrador concursal, cuyas funciones difieren de las de mediador”*. PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L. (2015). *El estatuto del mediador. Tratado de Mediación en la resolución de conflictos*. Tecnos. págs. 142-143.

⁵⁸ Vuelve a reforzar la necesaria formación y la objetividad en el nombramiento de los mediadores concursales FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a. (2015). op.cit. pág. 15

Diferencia también a ambos mediadores su sistema de retribución. Como ya hemos analizado, el pago del mediador concursal dependía del tipo de deudor, de su pasivo y activo, y del éxito alcanzado con el AEP, mientras que en la mediación genérica son las partes las que fijan la cantidad y forma de pago del mediador de manera libre.

Señaladas las diferencias más significativas que hemos encontrado, podemos concluir diciendo que el mediador concursal realizaba una actividad más intensa que la de su coetáneo. Tenía más facultades de participación de manera activa, supervisando los acuerdos consensuados, llegando incluso a instar al concurso consecutivo ante el tribunal. En resumidas cuentas, el mediador concursal traspasaba los límites de la LM, pero estando legitimado para ello por la LC.

4.3. Ventajas de la Mediación Concursal.

Es difícil exponer las ventajas de una institución apartada de la regulación de hoy en día, puesto que parece que los puntos positivos que llevaron al legislador a elegirla como mecanismo preconcursal se han disipado. No obstante, lo que podríamos considerar como fracaso de la mediación concursal en nuestro ordenamiento no tiene relación directa con las características y virtudes de la misma, sino que está fundado en otros factores como el contexto económico y sociopolítico, entre otros. Dicho esto, en este apartado venimos a nombrar las muchas ventajas que presentaba este mecanismo ADR en nuestro sistema preconcursal, ventajas proyectadas en un ámbito social y económico, de alcance público y privado, pero que se vieron mermadas por la poca confianza puesta por parte de los profesionales y del propio legislador, tanto en la figura del mediador concursal como en la institución de la mediación.

Las ventajas que más rápido nos vienen a la cabeza al pensar en los beneficios de la mediación concursal son las facultades propias del instituto de la mediación. Estas virtudes inherentes a los mecanismos ADR se enfrentaban a la realidad de un proceso concursal duro, temido, tanto por deudores, como por acreedores, y que como bien sabemos en su gran mayoría de las veces acababa condenando a la empresa a la liquidación, con la consiguiente crisis social -pérdida de empresas creadoras de fuentes de empleo- y económica -pérdida del tejido empresarial y por ende de las contribuciones tributarias de dichos sujetos-.

La primera que queremos destacar es la flexibilidad y capacidad de adaptación propia de la mediación. La mediación concursal, aunque se haya configurado de manera más

regulada, permite un enfoque más flexible y adaptativo para resolver disputas en comparación con los procedimientos meramente judiciales. En el contexto preconcursal, las partes tienen la oportunidad de diseñar soluciones personalizadas con la ayuda del mediador que se ajusten a sus necesidades y circunstancias específicas. Aquí creemos conveniente recordar el fin de cada una de las reformas de la LC que se fueron aconteciendo la última década, y de manera resumida podríamos concluir que el objetivo perseguido no era otro que abaratar los costes temporales -y económicos- del procedimiento concursal y mitigar los impactos de las crisis cíclicas. La posibilidad de que los deudores y acreedores envueltos en una situación crítica como la posible disolución de una empresa puedan llegar a acuerdos personales -acuerdos adecuados a situaciones y características concretas- de manera libre para pactar soluciones y evitar así el concurso, era una de las mayores bazas de la apuesta por la mediación concursal.

Otra ventaja de la mediación concursal propia de los mecanismos ADR es la disminución de la confrontación, lo que resulta en una mejor preservación de las relaciones comerciales entre el deudor y sus acreedores con el objetivo de prolongar y fortalecer los lazos sociales y profesionales. Evitar la hostilidad que provoca la vía judicial y promover soluciones pacíficas y dialogantes ayuda a preservar dichas relaciones, colaborando a mantener la continuidad de la empresa, que recordemos es el fin concreto perseguido por el legislador.

Sin duda alguna el punto fuerte de la mediación concursal residía en el ahorro de costes. Costes temporales teniendo en cuenta el colapso del sistema de justicia en nuestro país, del que no se libran los tribunales mercantiles, ante el aumento exponencial de los concursos de acreedores frente a las diferentes crisis que hemos vivido. Pero también costes económicos para las empresas y empresarios, relacionados con la vía judicial, además del impacto socioeconómico que pueden llegar a tener sobre estos la mala publicidad de las demandas judiciales y situaciones de concurso de acreedores. El hecho de que el mercado conozca que una empresa se encuentra en una situación económica precaria, dificulta la posibilidad de salir de la mala situación económica en la que se encuentra inmersa, dando comienzo a un círculo vicioso que concluye con la liquidación y desaparición de la empresa, dejando a primera vista tres víctimas. Un deudor hundido incapaz de saciar sus deudas viendo su patrimonio altamente perjudicado, acreedores peleando por recuperar créditos que la gran mayoría no cobrará, y en última instancia, el bienestar social y económico de la sociedad.

Estas ventajas, entre otras más concretas y detalladas que se quedan fuera del alcance de nuestro trabajo, hacían de la mediación concursal una opción más que atractiva para muchas empresas y partes involucradas en situaciones de insolvencia en España. Sin embargo, como recalcamos en el siguiente punto, quedó claro que la efectividad de la mediación dependía no sólo de la disposición de las partes para participar de buena fe en el proceso, sino de la confianza del Estado en impulsar y regular una institución con poca tradición en nuestro país.

4.4. Desventajas de la Mediación Concursal.

Centrándonos ahora en los posibles aspectos negativos de la mediación concursal, queremos aclarar que, salvo algunos detalles del funcionamiento del mecanismo que sí consideramos apropiado clasificar como desventajas o aspectos a mejorar, la mayoría de los puntos a criticar vienen fundados por la falta de confianza y conocimiento del sistema de la mediación concursal en nuestro ordenamiento. Siendo esto, a nuestro juicio y como reflejaremos en las conclusiones del trabajo, asignatura pendiente del legislador, y, en definitiva, del Estado.

La primera desventaja inherente a la configuración de la mediación concursal por parte del legislador, es la posibilidad de que el mediador fuese nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo. Nuestra crítica va unida a la pérdida del principio de confidencialidad, que afectaría de pleno en la eficacia del mecanismo pudiendo perder el deudor la confianza depositada en el mediador concursal⁵⁹. Como ya hemos comentado a lo largo de nuestro texto, pocos deudores estarían dispuestos a compartir toda su información patrimonial con una persona que pueda ser el encargado de administrar dichos bienes y deudas, para ejecutarlos. Por otro lado, también opinamos que este mismo hecho se podría ver desde una perspectiva opuesta, considerando que el deudor se vería más presionado para consensuar el AEP ante esta situación, y de este modo serviría como incentivo.

Asimismo, consideramos una desventaja la decisión del legislador de excluir a los acreedores de Derecho Público en el AEP. Resulta incuestionable que el legislador quiso anular los efectos del acuerdo sobre los créditos públicos existentes sobre el patrimonio del deudor, sin tener en cuenta el origen de estos. La nuestra se suma a muchas de las críticas

⁵⁹ La gran mayoría de la doctrina estimaba conveniente la desvinculación entre ambas figuras. Entre otros, CASTILLEJO MANZANARES, R. (2013). op.cit. pág. 36 o FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2014). op.cit. pág. 378

relacionadas con esta sobreprotección, ya que podía comprometer las posibilidades de éxito del mecanismo preconcursal condicionando al deudor de mayor manera⁶⁰.

El resto de las desventajas significativas de la mediación concursal vienen de la mano de la crítica a la organización y a la puesta en escena de este mecanismo por parte del legislador. La necesidad de combinar un mecanismo esencialmente privado -un acuerdo entre particulares- con el objetivo de alcanzar un fin esencialmente público -el mantenimiento del tejido empresarial, y al fin y al cabo, el bienestar socioeconómico- convertía en tarea ardua la de regular el instituto preconcursal de la mediación⁶¹.

No obstante, consideramos que, tras analizar el recorrido de la LC en nuestro ordenamiento, la regulación llevada a cabo y sus respectivas mejoras han sido deficientes e insuficientes, abriendo debates doctrinales en multitud de puntos del sistema y confrontando a las diferentes posiciones e ideologías de entre los profesionales en materia concursal. Si unimos esta realidad al hecho de que tradicionalmente en España, a diferencia de lo sucedido en otros países, no han cuajado los métodos alternativos de solución de conflictos, y que la labor de concienciación e impulso de estos mecanismos por parte de las administraciones de justicia ha sido bastante precaria, no hacen sino sumar piedras al gran problema de la mediación concursal, la idílica concepción teórica de la figura frente a la inexistente aplicación y eficiencia práctica.

5. Planes de reestructuración en el actual Derecho preconcursal.

5.1. Configuración de la nueva institución preconcursal.

Con la publicación de la LRTRLC, Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, el legislador español transpone la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en adelante DRI), trayendo con ello una reforma estructural del sistema de insolvencia español.

⁶⁰ Entre otros autores, muestra su disconformidad FERNÁNDEZ SEIJO, J.M^a. (2015). op.cit. pág. 15

⁶¹ “*Es como intentar mezclar el aceite y el vinagre. Es innegable que el legislador ha hecho lo que ha podido y le debemos reconocer el mérito y el demérito correspondiente.*”. En nuestra misma línea, ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2016). op.cit. pág 20

Con esta norma, se pretende afrontar una vez más las limitaciones manifestadas por el sistema concursal en general, de la mano del poco uso práctico que se les ha dado a los instrumentos preconcursales creados hasta la fecha en las anteriores reformas -entre ellos la analizada mediación concursal-, que no tenían otro fin que dotar de eficiencia al sistema de insolvencia posibilitando una reestructuración temprana y de menor coste, descongestionando a su vez el procedimiento concursal. Con esta última reforma, los autores confirman que ya no es el concurso de acreedores la figura central del sistema, sino que se pone el foco en el concepto de la insolvencia con el ánimo de elaborar instrumentos de carácter preventivo que configuran el Derecho preconcursal, y que se han visto regulados de manera novedosa en el segundo libro de la LRTRLC⁶².

De esta manera, surgen los planes de reestructuración como elemento primordial del fortalecido sistema preconcursal, siendo la principal alternativa al concurso de acreedores, conocidamente temido y estigmatizador, sustituyendo así los antiguos AEP⁶³. Con estos planes, la intención del legislador no es otra que tender acuerdos entre acreedores y deudores que permitan un rediseño del pago de las deudas pendientes, ideando así efectos positivos para ambas partes: asegurar la continuidad de la actividad profesional del deudor y proteger el pago de las retribuciones consensuadas. Para ello, se crea la nueva figura del experto en reestructuraciones que analizaremos a fondo en los siguientes puntos, un híbrido entre el administrador concursal y el mediador concursal, que de manera neutral asesorará a ambas partes a lo largo del procedimiento preconcursal.

Volviendo a la DRI, el principal propósito expuesto, con el mercado común europeo en mente, no es otro que aumentar la eficacia de los procedimientos concursales y preconcursales disminuyendo su duración y costes⁶⁴. Y es que en España, según los datos publicados en 2022 por el Consejo General del Poder Judicial⁶⁵, los procedimientos concursales tuvieron una duración media de 33,6 meses, por los 55 meses del 2019, con lo

⁶² Resaltan la importancia que ha adquirido el derecho preconcursal en el sistema, AZNAR GINER, E., BOSCH SÁNCHEZ, A., CALVÉ PÉREZ, M., ... ZUBIZARRETA URCELAY, V. (2023). Reestructuraciones e Insolvencia. *Tirant lo Blanch*. ISBN 978-84-1147-975-2. pág. 528

⁶³ Describe el concurso de acreedores, PULGAR EZQUERRA, J. (enero-marzo de 2022). op.cit., pág. 5

⁶⁴ Resume de manera precisa el claro objetivo de la norma europea BRENES CORTÉS, J. (2020). Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*. Nº14. pág. 47.

⁶⁵ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2022). *Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales - Órganos Unipersonales. Juzgados de lo Mercantil*. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Concursos>

que todo eso conlleva respecto a las probabilidades de cobro por parte de los acreedores y la saturación de los juzgados competentes. Nadie duda de lo acertado del enfoque de la Directiva, pero el problema es que viene siendo el mismo desde la LC de 2003, necesitando de un verdadero cambio efectivo tanto en la teoría como en la realidad práctica.

Centrándonos de pleno en los planes de reestructuración, su origen viene de la mezcla y del perfeccionamiento de los acuerdos de refinanciación y de los AEP, figuras desaparecidas tras la LRTRLC debido a su escasa utilización, como venimos comentando. El actual ordenamiento concursal define en su art. 614 el plan de reestructuración como la modificación en las condiciones del activo, pasivo, fondos propios, transmisión de bienes o unidades productivas de la empresa en funcionamiento, con el fin de maximizar el valor de la empresa, manteniendo la actividad y favoreciendo, tanto al deudor, como a los acreedores⁶⁶.

Para ello, el legislador propone un presupuesto subjetivo, permitiendo acudir a los planes de reestructuración, tanto a personas físicas, como jurídicas que realicen una actividad profesional o empresarial, exceptuando del precepto a organismos públicos y demás entes de derecho público, microempresas -debido a su expresa regulación que detallaremos más tarde- y alguna que otra excepción como las entidades de crédito. Así, el procedimiento de reestructuración estaría dirigido a medianas y grandes empresas con una gran influencia en el tejido empresarial de nuestro país, pero superadas ampliamente en número por las microempresas o micropymes, para las cuales se establece un procedimiento concursal especial y simplificado con el objetivo de lograr la tan ansiada eficacia y eficiencia del sistema.

Por parte del presupuesto objetivo, la norma implanta una novedad con respecto al estado de insolvencia de la empresa necesario para poder optar a la reestructuración. Además de la conocida situación requerida de insolvencia actual o inminente por parte del deudor, se amplía el rango a una probabilidad de insolvencia, excluyendo fijar un ratio numérica financiero-contable de probabilidad. De esta manera, el concepto se abre a la diversidad

⁶⁶ Analiza la definición ofrecida por el legislador MARTÍN GÓMEZ, I. (2022). Derecho, legislación y políticas públicas en el marco de los ODS. Capítulo 4. Consideraciones sobre la transposición al derecho español de la Directiva 1023/2019 sobre reestructuración preventiva, agilización de procedimientos concursales y exoneración de deudas. Dykinson, pág. 78.

interpretativa de la jurisprudencia, permitiendo así una temprana actuación que pueda maximizar las opciones de mantener la actividad del deudor⁶⁷.

Terminando con el breve análisis de la configuración del mecanismo de reestructuración, las fases del mismo están bastante diferenciadas: la negociación del plan de reestructuración donde el deudor y acreedores comienzan a estipular los devenires de la nueva estructura de la sociedad; la aprobación y formalización del plan agrupándose los acreedores en distintas clases⁶⁸ dependiendo de sus intereses crediticios bajo la supervisión del experto que hará cumplir las mayorías expuestas en la norma; y la facultativa homologación judicial del plan, necesaria solo para proteger los efectos del plan ante los acreedores o socios disidentes y las acciones rescisorias.

5.2. El experto en la reestructuración y su estatuto jurídico

La novedosa figura preconcursal del experto en reestructuraciones, inspirada en gran medida en el administrador concursal pero dotado de características propias del antiguo mediador concursal, se regula de manera no muy extensa en los arts. 672 al 681 LRTRLC. Esta sobria regulación de su estatuto jurídico ha vuelto a despertar críticas en una doctrina cansada⁶⁹ de lagunas legislativas, que deberán ser completadas por la jurisprudencia a medida que avance la utilización del experto, siendo recomendable también un desarrollo reglamentario propio de la institución dependiendo de la incidencia que tenga el experto en sus actuaciones -recordemos que su presencia no es preceptiva en todos los casos-.

⁶⁷ “La delimitación del presupuesto objetivo se hace, como se apuntó, sobre la base de una doble ampliación. De una lado, no acota en modo alguno el grado de probabilidad del riesgo de insolvencia, por lo que, más allá de excluir la mera posibilidad, no tratándose solo de un riesgo abstracto, sino concreto, la norma nacional excluye fijar un ratio numérica financiero-contable de probabilidad. Se abre a la diversidad interpretativa jurisprudencial. De otro, sí ha optado por un horizonte temporal intermedio en vez de establecer uno más largo (3 años) o dejarlo a una cláusula general o norma de textura abierta.” Puntualiza MOLINA NAVARRETE, C. (2022). Aspectos sociolaborales de la nueva reforma concursal: ¿Remercantilización vs. Socialización?. *Bomarzo S.L.* ISBN 978-84-18330-17-9. pág. 33

⁶⁸ Se trata de un nuevo concepto fundamental en los planes de reestructuración, al que se dedican los artículos 622 y ss LC. Tomando como punto de partida que los acreedores afectados por el plan votarán agrupados por clases de créditos, la norma señala que en la creación de las clases habrá que atender a la existencia de un interés común de los integrantes de cada una de ellas, presumiendo que existiría ese interés común entre los créditos que comparten rango en el concurso de acreedores, sin perjuicio de que pudieran separarse los créditos de un mismo rango concursal en distintas clases cuando existan “razones suficientes que lo justifiquen” (art. 623). Especifica de manera concreta sobre esta nueva materia BUIL ALDANA, I. (2020). Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº 33. págs. 283-294.

⁶⁹ NIETO DELGADO, C. (2022). El experto en materia de reestructuración: el laberinto del nombramiento. *Lefebvre*. Nº108. págs. 1-2. El autor realiza una amplia crítica sobre la escasa regulación de la figura del experto en reestructuración, incluso resalta que “no hay Jornada, Congreso o Seminario en los últimos meses que no dedique al menos una sesión a destacar los despropósitos de su regulación”.

5.2.1. Nombramiento

Comenzando por el nombramiento del experto en reestructuración, el legislador español ha optado por seguir la delimitación regulada en la DRI, que se perfila en dos vertientes: la objetiva, en relación al cuándo del nombramiento, y la subjetiva, respecto a los requisitos necesarios para poder ser elegido experto. La vertiente objetiva dota a los Estados de libertad para decidir el nombramiento del experto, dado a que no lo cataloga como un elemento obligatorio en todos los procedimientos de reestructuración para así reducir costes económicos y temporales, agilizando el sistema y promocionando -que no obligando- a su vez el mecanismo de reestructuración. Aun así, también se establecen una serie de supuestos donde sí será preceptiva la participación del experto. Nuestro legislador, además, opta por ampliar los supuestos objetivos quedando las opciones de nombramiento de esta manera: será preceptivo el nombramiento cuando el juez lo considere oportuno y cuando se solicite la homologación del plan -en el supuesto de que más de una clase de acreedores o un socio voten en contra-; será, en cambio, facultativo, cuando lo solicite el deudor o los acreedores que representen más del 50% del pasivo -o 35% en su caso especial-.

La peculiaridad de la ley española respecto a la DRI reside en la introducción del nombramiento del experto a instancia del deudor, con el objeto de que los planes de reestructuración se conviertan en un instrumento ampliamente utilizado para la preservación del tejido empresarial. Sobre todo, dadas las estadísticas y pronósticos que auguran un aumento claro en los procedimientos concursales en nuestro país⁷⁰, como ya se ha ido viendo en este segundo trimestre de 2023.

Respecto a la vertiente subjetiva del procedimiento de nombramiento, la nueva reforma recoge las siguientes condiciones a cumplir por los futuros expertos: ser persona natural o jurídica, española o extranjera, y poseer conocimientos en materia jurídica, financiera y empresarial, dado a la importancia de la figura del experto que debe examinar la viabilidad de la empresa.

En suma, la ley acepta poder ser nombrado experto cumpliendo los requisitos establecidos para los administradores concursales, que hoy día se han visto actualizados por

⁷⁰ “En el segundo trimestre de 2023 el número de deudores concursados alcanza la cifra de 5.934, lo que supone un incremento del 108,06% respecto al mismo período del año anterior, y un aumento del 21,23% respecto al trimestre anterior. Los concursos de personas jurídicas, empresas, tan sólo aumentan un 18,3% respecto al mismo período del año anterior”. COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. (11 de agosto de 2023). Estadística del Procedimiento Concursal 2º Trimestre 2023. Recuperado de <https://www.registradores.org/-/estadistica-del-procedimiento-concursal-2023>.

el esperado proyecto de Real Decreto⁷¹ que desarrolla el reglamento de los administradores concursales. A falta de aprobarse y entrar en vigor, los novedosos requisitos son los siguientes: poseer titulación universitaria, superar un examen de aptitud profesional teórico práctico y contar con un seguro de responsabilidad civil.

La regulación de los requisitos necesarios siempre ha sido una cuestión generadora de críticas ante la imposibilidad de convencer a toda la doctrina. Y más, como ha venido sucediendo con la figura del administrador concursal, al no existir reglamento alguno en el que figuren el acceso a una profesión nueva como la del experto, incrementando la inseguridad entre los potenciales candidatos.

Sin entrar en detalles sobre el procedimiento de nombramiento del experto en reestructuración, que la nueva Ley regula de manera incierta en sus arts. 672, 673 y 676, queda claro que serán los órganos jurisdiccionales, ante la falta de norma específica, quienes establezcan los criterios que deberán seguir los jueces a la hora de nombrar a los expertos para cada caso, dado que no se establece ninguna lista o registro. Cuestión altamente importante después de la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona 12802/2022, de 29 de noviembre de 2022⁷², donde se describe la actuación del juez en el precurso como residual y comedia a verificar el cumplimiento de los requerimientos, siguiendo la misma dirección establecida por la DRI bajo el principio de mínima intervención judicial.

5.2.2. Deberes y Principios Generales

La normativa confiere al experto la responsabilidad de actuar con diligencia, adhiriéndose a los conocidos principios de independencia e imparcialidad que caracterizan a la figura. Así, sin importar si su designación proviene del deudor o de los acreedores, el experto se asegurará de que el plan de reestructuración avance de manera adecuada y no de que los acreedores o al deudor cumplan con el cometido del plan.

Al igual que sucedía con la incertidumbre respecto a los deberes de confidencialidad e imparcialidad de los mediadores concursales, la doctrina ya se ha manifestado expresando sus

⁷¹ MINISTERIO DE JUSTICIA. (4 de octubre de 2023). op.cit.

⁷² SJM N°2 Barcelona 12802/2022, de 29 de noviembre de 2022. CENDOJ. La Sentencia manifiesta lo siguiente: *“Por lo demás, ha de significarse que la designación del Experto en reestructuraciones le corresponde en exclusiva a los acreedores por expresa disposición legal y que el juez solo debe efectuar un control de legalidad, atendidos los parámetros legalmente tasados de los artículos 674 y 675 del TRLC, así como verificar que a la solicitud de nombramiento se acompañan los documentos del artículo 672-2 del mismo texto legal.”*

dudas⁷³ de que, efectivamente, se cumpla con los deberes y principios establecidos, sobre todo al ser deudores o acreedores los que paguen la retribución del experto. Volviendo de nuevo a la trascendente Sentencia 12802/2022 del Juzgado Mercantil N°2 de Barcelona, el deudor Grupo Celsa cuestionó la imparcialidad de Lexaudit -propuesto como experto en reestructuración por la mayoría de los acreedores- bajo el razonamiento de que eran los propios acreedores los que iban a retribuir a la empresa mercantil especialista. Sin embargo, el órgano dictaminó que Lexaudit cumplía con los requisitos de independencia e incompatibilidad previstos en el art. 675 LRTRLC, y que no cabía lógica que aceptase que la empresa especialista no cobrase por sus servicios. Aun así, la sentencia establecía que: *“esto no significa que la labor del experto no pueda ser objeto de un escrutinio minucioso y detallado por parte del deudor o de los acreedores. El resultado de su trabajo en el ejercicio de su función puede y debe estar sometido a crítica y valoración...”* dando pie a posibles impugnaciones debidamente argumentadas.

Siguiendo con el vínculo entre el deber de imparcialidad y la retribución de los expertos, apreciamos un problema ya manifestado que no es otro que la posible comparación de deberes y principios de los expertos en reestructuración con los administradores concursales. La norma concursal, ratificada por el nuevo proyecto de Reglamento de los administradores, que propone novedades con respecto a la retribución pero mantiene el mismo sistema, garantiza la independencia e imparcialidad de los administradores concursales debido a que solo pueden cobrar mediante un arancel con cargo a la masa activa. No obstante, como ya hemos adelantado y profundizaremos en el apartado de la retribución, en el caso del experto son los solicitantes los que abonan sus honorarios, entrando así en una posible contradicción. Vemos necesario un desarrollo legislativo que haga referencia a las normas de retribución de los nuevos expertos.

5.2.3. Funciones

La nueva LRTRLC concede dos funciones fundamentales al experto en reestructuraciones en su art. 679: asistir a deudor y acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan, y elaborar todos los informes que le sean exigidos por el Juez competente. Sin establecer una lista exhaustiva con todas y cada una de las funciones

⁷³ Comparte su recelo MARTÍNEZ SANZ, F. (2022). Aproximación al experto en reestructuraciones en el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*. N°6. pág. 41

llevadas a cabo por el experto, la legislación española se separa de la DRI al no incorporar como función el control del patrimonio del deudor durante las negociaciones. Salvo en casos concretos como el procedimiento especial de microempresas, el experto no podrá disponer sobre los bienes y derechos que formen el patrimonio del deudor, convirtiéndose así en un elemento crucial que caracteriza la naturaleza del experto y lo distingue del administrador concursal, dándole proximidad con la figura del mediador.

Por lo tanto, el experto en reestructuraciones valorará la viabilidad del plan y desplegará funciones de asesoramiento y mediación, conforme a la reciente jurisprudencia⁷⁴. Con el ánimo de definir de manera más completa las funciones del experto, queremos detallar las siguientes actuaciones de la figura: elaborará un informe dirigido al juez para la ampliación de la suspensión de ejecuciones, conforme a las disposiciones establecidas en el art. 602 LRRLC; debe emitir informe para extender los efectos de las comunicaciones, de acuerdo con lo estipulado en el art. 607, teniendo a su vez la facultad de requerir al juez la revocación de dicha prórroga -art. 608-; emitirá, a su vez, el certificado que confirma el cumplimiento de las mayorías necesarias durante la votación para la aprobación del plan de reestructuración de acuerdo con lo dispuesto en el art. 634 del mismo texto; se encarga de elaborar un informe acerca del valor de la entidad deudora como empresa en funcionamiento, con el propósito de facilitar la homologación de los planes (art. 639); y, por último, dentro del ámbito de las microempresas sí que posee la autoridad para disponer y administrar el patrimonio del deudor en determinadas situaciones. Además, participa activamente en la elaboración del plan de continuidad para los deudores y cuenta con facultades relacionadas con la ejecución de acciones rescisorias.

Así, podríamos concluir diciendo que las responsabilidades del experto en reestructuraciones se enfocan en respaldar a todas las partes involucradas en la fase preconcursal, desempeñando estas funciones de manera imparcial para asegurar la protección tanto de los acreedores como del propio deudor y proporcionando al Juez cuantos informes le sean necesarios para la toma de decisiones.

5.2.4. Retribución del cargo

Como no podía ser de otra manera en la dirección que veníamos anticipando, uno de los aspectos que más revuelo ha generado en torno a la creación de la figura del experto en

⁷⁴ SJM N°2 Barcelona 12802/20233, de 29 de noviembre de 2022. CENDOJ.

reestructuraciones ha sido el relativo a la retribución de su cargo. La DRI no se manifiesta en relación a los honorarios de esta figura, si no que se limita a recalcar la importancia de la correcta retribución que deben percibir los administradores concursales con el afán de conseguir unos procedimientos más ágiles y más baratos. Sin directrices básicas, el legislador español ha optado, en oposición a lo realizado sobre otras cuestiones, por no dedicar directamente ni un artículo a la causa de la retribución del experto; si bien lo menciona en algunos preceptos. En definitiva, la retribución del experto genera problemas respecto a quién la debe abonar, cuánto se debe abonar, y en qué momento.

En relación a la persona encargada de satisfacer los honorarios del experto, la LRTRLC hace referencia a los acreedores, quienes, en caso de solicitar la actuación del experto, serían los mismos encargados de satisfacer su retribución. Este es el único aspecto sobre el que se pronuncia la norma, y ya hemos encontrado algunos autores que lo critican⁷⁵, argumentando que, en el caso de medianas y grandes empresas -donde ocurrirán la mayoría de las actuaciones de los expertos-, los acreedores pueden ejercer presión sobre el deudor para que acabe pagando él mismo los honorarios, debido a la posición de influencia que adquieren.

Aunque no compartimos esta opinión, nos parece sorprendentemente preocupante que el legislador haya optado por no manifestarse en cada uno de los demás supuestos de solicitud del experto. Cuando el experto sea solicitado por el deudor, por ejemplo, entendemos aplicando la analogía que será el encargado de abonar la retribución, no estando demasiado seguros de ello dada la delicada situación de insolvencia probable, inminente o actual del deudor. ¿Pero qué sucederá cuando sea el Juez quien estime oportuno la solicitud del experto?

Respecto a la cuantía de la retribución no podemos afirmar nada. Haciendo una comparación con la legislación en la misma materia de los administradores concursales, a falta de su aprobación y entrada en vigor, el proyecto de Real Decreto del nuevo Reglamento de la administración concursal propone la novedad de la creación de una cuenta de garantía arancelaria gestionada por el ministerio de Justicia y financiada por las aportaciones obligadas de los administradores, para garantizar la retribución en los casos de los concursos con insuficiente masa activa⁷⁶. El problema es que el legislador sigue sin pronunciarse acerca

⁷⁵ Ejemplo de dichas críticas son GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, E. & ARLABAN GABEIRAS, B. (2022). Los planes de reestructuración. *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*. N°59. págs. 30-70

⁷⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA. (4 de octubre de 2023). op.cit.

de los expertos en reestructuración, y si bien podríamos basarnos en este nuevo sistema de retribución de los administradores -que recordemos no es todavía oficial y pretende sustituir al actual arancel de derechos, añadiendo incentivos por eficacia y diligencia pero también disminuciones por incumplimiento de plazos o faltas -, la analogía no podría considerarse una opción correcta debido a las amplias diferencias de las actuaciones y responsabilidades de una figura y de otra. En suma, la nueva retribución planteada se abona, como el antiguo arancel, por fases del concurso, siendo completamente distintas a las fases de la actuación del experto en el precurso.

Con esta última consideración llegamos a la tercera incógnita, el cuándo. Desafortunadamente, nuestra respuesta es la misma. La ley dispone que deberá satisfacerse en plazos, como es entendible teniendo en cuenta todo el procedimiento. ¿Qué sucederá cuando el deudor entre en concurso y sea incapaz de satisfacer la retribución del experto? ¿O si simplemente no quedan bienes suficientes tras la aprobación del plan de reestructuración?

Queda claro que la propia existencia y futuro de la figura del experto en reestructuraciones pasa por un futuro reglamento donde se esclarezcan todas las interrogantes que venimos manifestando. Queremos ser optimistas al considerar que la pronta entrada en vigor del nuevo reglamento de los administradores concursales ayudará a la hora de delimitar los pormenores de la retribución del experto. De esta manera, al menos hasta la entrada de una nueva reforma de la norma concursal o la publicación de un nuevo reglamento para el experto en reestructuración, los jueces y magistrados deberán aplicar la analogía de una manera más acorde a las peculiaridades de la figura del experto.

5.2.5. Responsabilidad civil

Como toda profesión, el experto en reestructuraciones deberá realizar su trabajo con diligencia e imparcialidad, pudiendo incurrir en responsabilidades derivadas de daños o perjuicios ocasionados. El art. 681 LRRLC así lo regula, asemejando el precepto a la responsabilidad establecida para el administrador concursal.

La DRI, en uno de sus muchos considerandos, impone a los Estados Miembro la obligación de incluir mecanismos de supervisión e inspección de la actuación del experto, no siendo necesario crear figuras nuevas para estas funciones. Por lo tanto, se entiende que será el juez competente quien realice esta supervisión, suposición algo contradictoria a los objetivos marcados por la misma Unión Europea de mínima intervención judicial. En suma,

la Directiva establece sanciones disciplinarias, administrativas y penales, además de otras medidas como la reducción de honorarios, para el caso en el que el experto incurriera en incumplimiento de sus obligaciones. El ordenamiento español, por su parte, no contempla sanciones parecidas, limitándose a regular la responsabilidad civil del experto en el artículo anteriormente señalado.

Siguiendo el patrón de la responsabilidad del administrador concursal, se le obliga al experto en reestructuración a tener suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, sea persona física o jurídica. Hasta la futura aprobación del proyecto del reglamento de la administración concursal, la responsabilidad de los administradores se regulaba -se sigue regulando- en el Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, regulación que ha sido incorporada en su totalidad - *“por motivos de sistemática y mejor comprensión de la regulación de esta figura”*⁷⁷-al contenido del nuevo reglamento, derogando el decreto.

Esta ordenación establece cuestiones esenciales como la suma asegurada, las limitaciones temporales del seguro y en definitiva qué actuaciones comprende. Pero claro, el administrador concursal, aunque pueda compartir cualidades con la figura del experto, tiene unas actuaciones y en consecuencia unas responsabilidades bastante diferentes, por el simple hecho de que las funciones del primero son de naturaleza ejecutiva y decisoria, mientras que las del segundo son de carácter consultivo y mediador. La lógica jurídica hace pensar que, por lo razonado, el alcance del seguro del experto en reestructuración será de menor cuantía que el del administrador.

En cuanto al criterio de imputación por las actuaciones, al ser la figura del experto en reestructuración una novedad en nuestro ordenamiento, careciendo de experiencia práctica será el tiempo y la propia jurisprudencia la que acote la diligencia demandada⁷⁸. Y es precisamente aquí donde entra en juego de nuevo la importancia de la jurisprudencia más reciente, para delimitar todos los detalles no estipulados en los preceptos mencionados y dar respuesta a los interrogantes que nos surgen. ¿Qué cuantía deberá adquirir la póliza del experto? ¿En qué condiciones y qué funciones quedarían cubiertas?

Rescatamos a propósito la Sentencia 12802/2022 ya mencionada, del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, ya que ha obtenido una relevancia enorme en cuanto a establecer los

⁷⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA. (4 de octubre de 2023). op.cit. preámbulo. Cap IV.

⁷⁸ Concluyen en este aspecto AZNAR GINER, E., BOSCH SÁNCHEZ, A., CALVÉ PÉREZ, M., ... ZUBIZARRETA URCELAY, V. (2023). op.cit. pág. 896

criterios para tapar las lagunas que ha dejado el legislador. Uno de los temas tratados en el recurso de reposición presentado por Grupo Celsa -como deudor demandante, recordamos- es precisamente la vulneración del art. 681 LRTRLC sobre responsabilidad civil, al considerar que la póliza de cuatro millones contratada por el experto Lexaudit -nombrado por los acreedores- no era suficiente ante los eventuales daños derivables de su actuación. Grupo Celsa se amparaba en la falta de legislación específica sobre el experto en reestructuraciones, pero el Juez competente resolvió que *“el certificado del seguro responsabilidad civil de Lexaudit que asciende a un importe de 4.000.000 € cumple sobradamente con las exigencias del artículo 681.2 de la Ley Concursal y del propio Real Decreto 1333/2012 en relación con el seguro y garantía de los administradores concursales.”* Por lo tanto, al hacer referencia a la regulación específica del administrador concursal, dio pie a la utilización de dicha analogía para delimitar las futuras controversias que se fueran dando.

En conclusión, seguimos viendo cómo el legislador se sustenta en la legislación del administrador para completar las claras lagunas existentes en la nueva norma concursal respecto al estatuto del experto. Aunque pueda ser una opción adecuada en determinados casos, queremos resaltar que dadas las diferencias en las actuaciones de ambas figuras no siempre se va a poder optar por esta solución, por lo que vemos necesaria la aprobación de un reglamento específico del experto en reestructuraciones, con el objeto de completar todas las lagunas e impulsar el desempeño de una figura preconcursal sobre la que se ha depositado tanta confianza tras los fiascos acontecidos en las últimas reformas.

5.2.6. Incompatibilidades y prohibiciones

Con independencia de la vía escogida, no se podrá nombrar como experto a las personas -físicas o jurídicas- que hayan prestado “servicios relacionados con la reestructuración” al deudor o a personas especialmente relacionadas con esta en los dos últimos años, salvo que dichos servicios se deriven de un nombramiento previo como experto (art. 675 LRTRLC). No somos los únicos a los que nos llama la atención que la incompatibilidad afecte solamente a la conexión con el deudor y no con los acreedores, y que los denominados “servicios relacionados con la reestructuración” puedan crear confusiones interpretativas⁷⁹.

⁷⁹ Ibidem. pág. 886. *“Cabe llamar la atención sobre el hecho de que la incompatibilidad afecta únicamente a los profesionales que hubieran prestado tales servicios al deudor, pero no así para alguno de los acreedores; y, de otra, la amplitud del concepto de “servicios relacionados con la reestructuración” es susceptible de generar casos “fronterizos” o dudosos.”*

De la misma manera, el segundo punto del art. 675 prohíbe ser nombrado experto a los que se encuentren en situación de incompatibilidad respecto del deudor en la legislación de auditoría de cuentas -remisión al art. 16 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas-. Rescatando uno de los preceptos de esta Ley, no podrán ser expertos en reestructuración de un deudor: quienes tengan la condición de miembro de órgano de administración, directivo, apoderado o empleado y el responsable del área económico-financiera; quienes tengan un interés significativo respecto del deudor; quienes realicen cualquier operación relacionada con instrumentos emitidos, garantizados o respaldados por el deudor; quienes soliciten o acepten obsequios o favores salvo que sean intrascendentes; o quienes presenten servicios de contabilidad al deudor.

Esta remisión, como hasta ahora, se inspira en la postura adoptada por el legislador para el régimen de incompatibilidades del administrador concursal, cuyo nuevo reglamento no se manifiesta al respecto, por lo que entendemos que la remisión ha de mantenerse. El problema es el mismo de siempre. Las funciones del auditor de cuentas son distintas a las desempeñadas por el administrador o el experto, por lo que la referencia a dicha Ley de Auditoría de Cuentas hace que sean inaplicables numerosos preceptos, teniendo que ser una vez más la jurisprudencia quien solvete la problemática situación.

La constante equiparación del experto en reestructuración con el administrador concursal, inmersos ahora en el régimen de prohibiciones e incompatibilidades, nos hace plantear una cuestión que nos evoca la dificultosa y cuanto menos cuestionable transformación del mediador en administrador concursal que proponía la legislación anterior a la reforma de la LC que supuso la creación de la LRTC: ¿Es posible la conversión de un experto en reestructuración a administrador concursal cuando el plan no llegue a buen puerto y se invoque, en consecuencia, el concurso? Podríamos pensar -aplicando la sensatez- que un experto en reestructuración, conociendo ya todas las nimiedades del caso concreto, actuaría de buena manera como administrador concursal pudiendo ahorrar costes económicos y temporales. Pero el legislador, conocedor seguramente de que uno de los pilares del fracaso de la figura del mediador concursal fue la controversia doctrinal suscitada por la conversión del mediador en administrador, no comete el mismo error y prohíbe explícitamente dicha mutación en el art. 65.4 LRRTC: *“No podrá ser nombrado administrador concursal quien en la negociación de un plan de reestructuración hubiera sido nombrado experto en la reestructuración.”*

Algunos expertos en la materia han criticado -como siempre- esta prohibición, si bien la mayoría acepta que está destinada a mantener la diligencia del experto, quizás tentado de hacer fracasar el plan para ser nombrado posteriormente administrador, y así optar a una mayor retribución⁸⁰. Nosotros nos decidimos a seguir el razonamiento de esta mayoría, no queriendo tropezar dos veces con el mismo canto.

5.3. Especial mención al experto en la reestructuración en las microempresas

No queriendo explayarnos en nuestro análisis de la figura del experto, creemos conveniente traer a colación una de las novedades más destacables de la LRTRLC en cuanto afecta a un mayor requerimiento en la figura del experto. Esta novedad no es otra que la creación del nuevo Libro III, dedicado exclusivamente a la parte más importante del tejido empresarial español: las microempresas.

Se entiende por microempresa “aquella empresa que haya empleado durante el año anterior a la solicitud de inicio del procedimiento especial una media de menos de diez trabajadores y tenga un volumen de negocio anual inferior a setecientos mil euros, o un pasivo inferior a trescientos cincuenta mil euros, según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la solicitud.”. Rescatando los datos ofrecidos por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa en su informe de fin de año de 2022⁸¹, el total de empresas españolas ascendía a 2.936.363, de las cuales la increíble cifra de 2.740.662 -entre autónomos y empresas de menos de 9 trabajadores- entrarían dentro de la catalogación como microempresa, un 93,24%. Sin analizar a fondo todo lo que ese porcentaje supone, queremos resaltar que el legislador ha optado por crear un procedimiento ágil, reduciendo al máximo los costes procesales que tan grande impedimento suponían para el mantenimiento de estas empresas cuando se volvían insolventes.

La nueva regulación refunde en uno dos procedimientos, proponiendo el procedimiento de liquidación y el de continuación, siendo ambos facultativos, y brinda al experto en reestructuraciones la posibilidad de actuar en ambos planes, tanto a él, como al administrador concursal, e incluso le dota de las facultades de administración y disposición del patrimonio del deudor, que recordemos antes no poseía (art. 594). Para la doctrina, en el

⁸⁰ Forma parte de esa mayoría FACHAL NOGUER, N. (2022). El experto en la reestructuración. Thomson Reuters Aranzadi, pág. 6

⁸¹ MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. (2022). Cifras PyME. Datos de diciembre de 2022. *Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa*. Recuperado de <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>

procedimiento especial de microempresas estas dos figuras son idénticas *-fungibles o intercambiables*⁸²⁻, lo que hace que la participación del experto en estos procedimientos pueda aumentar de manera exponencial, acrecentando la importancia de la figura del experto y convirtiéndola en más atractiva en muchos aspectos.

Aunque estas escuetas consideraciones encuentran varias carencias en la regulación, que deberán ser subsanadas, una vez más, por la jurisprudencia, no son sino muestra de que nos encontramos ante una nueva figura llamada a tener un papel muy relevante⁸³ en el seno de las reestructuraciones empresariales, núcleo del nuevo derecho concursal.

5.4. Ventajas de la figura del experto en los planes de reestructuración

Una vez analizadas las características clave de la nueva figura del experto en reestructuraciones, podemos deducir los aspectos que opinamos son más favorables para la correcta implementación de la figura, y, sobre todo, su continuidad en el nuevo paradigma concursal, que -recordemos- ahora gira en torno al precurso.

La ventaja más clara que vemos en el contexto del experto es la propia confianza que ha mostrado el legislador en la última reforma del TRLC a favor de la necesidad de impulsar y potenciar el precurso, situándolo en el eje del sistema. Esta confianza que quizás era menos intensa en cada una de las anteriores apuestas por nuevas figuras concursales -expertos en refinanciación o mediadores concursales-, permite a la figura del experto en reestructuración una base más sólida para poder desplegar sus cualidades y empezar a generar resultados satisfactorios acorde de lo esperado. Prueba de ello es la introducción de la interpretación por la probabilidad de insolvencia, ampliando el presupuesto objetivo de candidatos a optar a un plan de reestructuración y adelantando el tiempo de reacción para fomentar la continuidad de las empresas.

La segunda ventaja más destacable para el próspero devenir de esta figura la encontramos en la próxima entrada en vigor por fin de un reglamento para administradores concursales, que dará pie a una mejor interpretación jurisprudencial que complete las no escasas lagunas legislativas. Dado el hábito de acudir a los preceptos relacionados con el administrador concursal para delimitar el estatuto del experto en reestructuraciones, tener una

⁸² Rescatamos la, a nuestro juicio, acertada descripción de MARTÍNEZ SANZ, F. (2022). op.cit. págs. 31-32.

⁸³ Valoran de esta manera en las conclusiones generales de su trabajo, AZNAR GINER, E., BOSCH SÁNCHEZ, A., CALVÉ PÉREZ, M., ... ZUBIZARRETA URCELAY, V. (2023). op.cit. pág. 897

norma concreta a la que remitir dichas lagunas proporciona más estabilidad en relación a la posible inseguridad jurídica que pudiera crearse debido a la novedad de la figura del experto.

Entrando en ventajas más concretas derivadas de la actuación del experto, queremos resaltar el toque ADR de la figura y esa conexión con el anterior mediador concursal. El hecho de que el experto en reestructuración no pueda disponer del patrimonio del deudor, y la no necesidad de llegar a un acuerdo de manera obligatoria, crean el ambiente extrajudicial perfecto para que el experto pueda mostrar sus habilidades negociadoras y asesoras en un entorno de menor confrontación. De esta manera, se fomentan los principios de los mecanismos ADR que creemos que encajan de manera inmejorable con las exigencias, objetivos y características del precurso.

La decisión del legislador de crear un procedimiento especial para microempresas es un acierto, dado el peso que estas tienen en nuestro tejido empresarial. Igualmente, la simplicidad procesal con la que se ha regulado el procedimiento permite al experto intervenir en un ámbito del derecho concursal que se prevé altamente utilizado, dado al gran número de micropymes asentadas en nuestro país. Esta faceta no hace sino amplificar y diversificar el rango de actuación del experto, catalogando la figura como más atractiva y significativa en comparación con las anteriores creaciones preconcursales, caídas en desuso.

Por último, queríamos destacar como ventaja el simple hecho de que el legislador ha tenido la opción de aprender de sus innumerables fracasos previos, por lo que cuenta ahora con una mayor diversidad de herramientas para optimizar sus apuestas de mejora del sistema concursal. Claro ejemplo de ello es la correcta decisión de prohibir visiblemente la posibilidad de que el nombrado como experto acabe convirtiéndose en administrador concursal. En la anterior reforma, uno de los puntos que acabó hundiendo a la figura del mediador concursal fue la más que criticada conversión en administrador, entrando en contradicción con los principios de su propia institución y siendo uno de los argumentos principales de los detractores del mecanismo ya derogado.

5.5. Desventajas de la figura del experto en los planes de reestructuración

Al igual que hicimos con la figura del mediador, del estudio de la figura del experto asoman varias desventajas o aspectos negativos a tener en cuenta para el buen desarrollo de su actividad. De hecho, queremos destacar que las desventajas que vamos a exponer vienen de la mano de la comedida y sobria regulación que ha confeccionado el legislador para la

ordenación del experto en reestructuraciones, considerando que una apuesta del Estado encaminada a cambiar el paradigma concursal y preconcursal debería gozar de una buena base normativa, vistos los precedentes.

Esta escasa regulación que venimos manifestando ha dado pie a que, tanto el legislador, como los jueces mercantiles competentes, acudan sumamente a las disposiciones legales referidas al administrador concursal, máxime con la próxima entrada en vigor de su nuevo reglamento. Aunque hemos clasificado esta realidad dentro de las ventajas, queremos dejar claro que un abuso de la analogía o de la remisión de estos preceptos para la delimitación de las funciones del experto, puede resultar en una mayor inseguridad jurídica sobre esta figura. Como hemos expuesto a lo largo del estudio del experto, no siempre se pueden aplicar los preceptos legales propios de la administración concursal, dada la manifiesta disparidad entre ambas figuras.

Buena muestra de ello son las dudas que nos asoman respecto a la retribución, responsabilidad civil o las incompatibilidades expresadas para los expertos en reestructuración. Empezando por estas últimas, la doble remisión llevada a cabo por el legislador acaba remitiendo a la norma de los auditores de cuentas, notoriamente lejanos al experto preconcursal. Luego, respecto a la responsabilidad civil, estableciendo la norma concursal los límites de la cuantía del seguro obligatorio para los administradores concursales, no se pronuncia acerca de la del experto, entendiéndolo nosotros que debería ser menos abultada teniendo en cuenta la menor responsabilidad económica de este. Pero, sin duda, el aspecto más cuestionable es el de la retribución. Nada dice la norma sobre las cuantías a percibir por parte del experto, limitándose a dictaminar que los encargados de satisfacer los honorarios serán los que soliciten los servicios del experto. De este modo, quedan sin clarificar varios detalles relacionados con la retribución, creando dudas, por ejemplo, para cuando la solicitud de experto recaiga sobre el juez: ¿Se pretende crear un fondo de garantía salarial como el previsto en el nuevo reglamento para los administradores?

Estas desventajas expresadas deberán ser reparadas en consecuencia por la jurisprudencia, o por un futuro reglamento específico, con el fin de disipar los efectos de la inseguridad jurídica.

6. Comparación crítica de las dos figuras analizadas: el mediador concursal y el experto en la reestructuración

6.1. Diferencias y similitudes

Una vez analizadas a fondo las dos figuras a nuestro tenor claves en la evolución del paradigma preconcursal del derecho de insolvencia español, vamos a tratar de acercar posturas entre ellas para compararlas desde un punto de vista jurídico y atemporal, dado que no han coincidido estando en vigor simultáneamente.

Por empezar con las similitudes compartidas entre ambos mecanismos, tanto el mediador concursal, como el experto en la reestructuración, perseguían el mismo fin desde su creación: agilizar el sistema concursal, abaratando los costes temporales -y económicos- del procedimiento, para mitigar así los impactos de las crisis cíclicas en el tejido empresarial de nuestro país. La persecución de este objetivo se llevaba a cabo, claro está, desde un mismo contexto, situándose ambos en el momento preconcursal y siendo los dos fruto de las consecuencias derivadas de sendas directivas europeas.

Seguidamente, da la “casualidad” de que ambas figuras comparten rasgos muy parecidos en el ejercicio de sus funciones, que salen a la vista en la definición de cada una. Si afirmamos que esta figura puede facilitar la negociación entre las partes, ayuda a los deudores a reestructurarse y a facilitar las decisiones judiciales cuando surja alguna diferencia entre las partes, no nos queda claro si esta definición de funciones es propia de la elegida por el legislador para el mediador concursal o para el experto en la reestructuración. De la misma manera ocurre, si declaramos que la función principal de la figura no es otra que la de impulsar y controlar el normal desarrollo del procedimiento, sin actuar en nombre del deudor, resumiendo en mediar entre las partes para facilitar la consecución de un acuerdo de pago de las deudas. ¿Mediador o experto?

Por ende, para una correcta aproximación es necesario asumir la cercana naturaleza de ambos mecanismos, siendo los dos facultativos -no necesarios en el transcurso del procedimiento concursal salvo en determinadas situaciones-.

Dando pie a las disparidades entre sendas figuras, creemos oportuno comenzar diciendo que, a diferencia del mediador concursal, el experto en la reestructuración no pertenece a ninguna institución en concreto ni a ninguna otra colectividad que conlleve una

serie de rasgos y cualidades características. Como hemos observado al inicio del trabajo, el mediador concursal no deja de ser un mediador especializado en el ámbito concursal. Esto conlleva la asunción de encasillar, de alguna manera, a su figura dentro de los principios generales y deberes propios del instituto de la mediación, en particular, y de los mecanismos ADR, en general.

Por otro lado, otro importante rasgo diferencial entre ambas figuras es la naturaleza híbrida de la que gozaba el mediador concursal, controvertida, cuanto menos. Recordemos que el antiguo mediador, cuando una de las partes incumplía el AEP consensuado o cuando directamente no era posible acordar ningún plan, iniciaba el concurso consecutivo a instancia del juez, pudiendo convertirse en posterior administrador concursal de no incurrir en ninguna incompatibilidad. Esta causa generó un amplio debate doctrinal que acabó condenando la efectividad de la figura, puesto que puso en duda la vulneración de varios principios esenciales de la institución de la mediación como la confidencialidad, quebrando la confianza de profesionales y particulares llamados a utilizar el mecanismo preconcursal. El legislador, por consiguiente, decide no dotar de esa hibridez al nuevo experto, suprimiendo el concurso consecutivo y limitando las capacidades funcionales del profesional nombrado, probablemente con el ánimo de evitar más debates doctrinales presagiosos de fracaso.

Entrando en diferencias más concretas, cabría destacar que los expertos en reestructuración, para ser aptos para desempeñar dichas funciones, deben o bien cumplir los requisitos previstos para los administradores concursales, o bien demostrar conocimientos especialmente jurídicos, financieros y empresariales, así como experiencia en materia de reestructuraciones. En cambio, a los mediadores concursales se les requería cumplir, tanto con los requerimientos propios de un mediador, como los de un administrador concursal. Además, los mediadores, para ser nombrados, debían estar de manera preceptiva inscritos en las listas específicas del Registro concursal, mientras que para los expertos no se prevén listas ni inscripciones de ningún tipo.

En relación a las funciones, por ejemplo, podemos decir que el mediador concursal debía realizar acciones concretas como redactar un plan de viabilidad o, incluso, un plan de continuación de la actividad económica del deudor. Por el contrario, sobre el experto recae el deber de confeccionar una serie de informes preceptivos mencionados, así como aquellos otros informes que pudiera encomendar el juez, sin asumir responsabilidad alguna en el diseño del plan o el desarrollo negociador del mismo.

Por último, queremos destacar que, aunque en un principio ambas figuras no podrán disponer sobre los bienes y derechos que formen el patrimonio del deudor, el procedimiento especial para microempresas, totalmente diferenciado del concurso de acreedores ordinario, concede al experto la posibilidad de disposición y administración del patrimonio del deudor. Esto distingue al experto de la naturaleza mediadora y lo acerca a la figura del administrador concursal, influyendo en la esencia de su figura, formando una de las diferencias más notorias.

6.2. La elección final del legislador

Este apartado predecesor de las conclusiones generales del trabajo no trata de adivinar la elección final del legislador para bautizar una de las dos figuras analizadas como ganadora de una especie de concurso -valga el juego de palabras-. Ni mucho menos. De hecho, queda claro que la elección final del legislador ha sido la del experto en reestructuraciones, dado que es el único de los dos mecanismos que sigue en vigor, siendo también el de creación más reciente. En este punto queremos tratar de explicar, bajo nuestro punto de vista y de manera breve, por qué razón ha optado finalmente el legislador por decantarse por el experto en reestructuraciones.

La mejor manera de buscar una respuesta a esa pregunta es analizando el por qué del fracaso de la figura del mediador concursal dentro del sistema de insolvencia español. Desde hace años, como ya sabemos, dada la insostenible situación de colapso del sistema judicial en toda la Unión Europea, se ha tratado de promover el uso de los ADR -sobre todo en materia civil y mercantil- como métodos distintos a la vía judicial. El primer y principal intento en España en ese sentido fue la ya mencionada LM de 2012, fruto de la transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, dado el poco peso que ha adquirido esta Ley a día de hoy, podemos justificar su efectivo fracaso en las siguientes razones elementales: (i) la ignorancia general sobre los ADR por parte de la ciudadanía, (ii) la falta de publicidad e impulso institucional, (iii) la falta de interés o confianza en el sistema por parte de los jueces y otros profesionales, que, salvo algunas excepciones llevadas a cabo por auténticos valedores del sistema y, a pesar del apoyo institucional del Consejo General del Poder Judicial, no derivan a mediación multitud de asuntos que podrían ser mediables y, no menos importante (iv) la abierta oposición de una gran parte de los abogados, a pesar de las indicaciones deontológicas de la profesión emanadas de los respectivos Colegios y del Consejo General de la Abogacía.

Con el propósito de abordar la clara falta de utilización de la mediación extrajudicial en la resolución de conflictos, el Gobierno presentó una nueva iniciativa en 2019: el “Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación”⁸⁴, a día de hoy archivado sin discusión en la Cámara. La finalidad principal de esta ley era promover la mediación mediante la implementación obligatoria de una sesión informativa de mediación antes del proceso judicial, aplicable a un conjunto limitado de asuntos.

Finalmente, el Gobierno presentó el "Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia" el 19 de abril de 2022, publicado en su totalidad en el Boletín Oficial de las Cortes Generales con fecha 22 de abril⁸⁵. Este proyecto de ley, que abarca diversas medidas destinadas a acelerar el funcionamiento de los órganos judiciales, fue remitido a las Cortes para su discusión, y, en última instancia, su aprobación. Sin embargo, a día de hoy esta norma todavía no ha sido aprobada, por lo que el proyecto podría experimentar cambios significativos durante su tramitación, no pudiendo considerarse como definitivo. Aún así, es necesario destacar que las disposiciones incluidas en este Título serán aplicables exclusivamente a asuntos civiles y mercantiles, excluyendo entre otras las materias concursales que a nosotros nos atañen.

Con lo analizado hasta ahora podemos concluir fácilmente que nuestro país no consta de tradición ADR. Los respectivos intentos por parte del legislador de integrar estos mecanismos alternativos de solución de conflictos han resultado mayoritariamente deficientes -sí que es verdad que en otros ámbitos como el familiar o el laboral la aceptación ha sido mayor-, pero más si cabe en el ámbito del derecho concursal.

Comprendiendo la complejidad del mundo concursal, habría que hacer un esfuerzo mayor por parte de todos los actores y participantes -desde el deudor más pequeño hasta el abogado más influyente- para introducir e implementar estos mecanismos alternativos que, recordemos, sí funcionan en otros países, siendo su productividad ampliamente contrastada. Pero todo ello pasa por comenzar a educar a los futuros juristas y economistas mediante un sistema educativo que contemple asignaturas universitarias destinadas exclusivamente al estudio y análisis de los ADR, para poder tener esa toma de contacto inicial y poder así

⁸⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA. (2019). Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. Recuperado de <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>

⁸⁵ CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (22 de abril de 2022). Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOE 121/000097. Recuperado de https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

iniciar una carrera profesional con dos opciones definidas de solucionar un conflicto: la vía judicial, y la vía extrajudicial o relativa a los ADR.

Digamos de manera informal que el contexto hace mucho. Y analizado el escollo que le supuso a la figura del mediador la poca tradición ADR en nuestra sociedad, podemos argumentar que el contexto en el que se creó la figura del experto era más propicio a tener una mejor acogida -habrá que esperar un par de años para hablar de éxito o fracaso-. El legislador, consciente de sus anteriores intentos fallidos en la creación de figuras preconcursales, y tras haber vivido otra gran crisis como la del COVID 19 afectando a todo el tejido empresarial, sobretodo a las microempresas y a los autónomos, ha contado con más herramientas para confeccionar una figura que se adapte a las necesidades localizadas de un sistema que seguía haciendo aguas.

Ejemplo de ese aprendizaje son los rasgos de naturaleza mediadora mantenidos en el experto en reestructuración. Como hemos analizado, el experto no deja de ser un mediador, con la flexibilidad y la capacidad adaptativa que los define, pero revestido de una forma más formal y convincente; al menos para la mayoría del elenco de profesionales del derecho que tenemos. Encima, el legislador ha eliminado el tema más controversial de la anterior figura del mediador, quitando la conversión en administrador concursal por parte del mediador, aprendiendo de su error con el fin de crear una figura mayormente aceptada. La creación del procedimiento especial para microempresas no es sino otro ejemplo de esa lección aprendida.

Por último, forma parte de ese contexto más favorable la próxima puesta en marcha del reglamento de la administración concursal, que servirá de base firme para afianzar la figura del experto cuando más lo necesite. Al mediador concursal, a su pesar, le faltaron ayudas.

7. Conclusiones

En muy resumidas cuentas, y tras la comparación crítica de los dos mecanismos, consideramos apropiado anunciar que nos encontramos ahora mismo en un momento de transición e inflexión en el Derecho Concursal. Vistos los fracasos legislativos acontecidos hasta la fecha, y ante la inoperancia de los intentos por dotar de eficiencia al procedimiento concursal -y preconcursal-, nos situamos ante un nuevo intento por parte del legislador de alcanzar los objetivos propuestos, de la mano del experto en reestructuración.

Por consiguiente, de nuestro análisis sobre las dos figuras clave en el nuevo paradigma del derecho preconcursal extraemos las siguientes conclusiones:

PRIMERA. Las ADR funcionan, los que hacemos que no terminen de funcionar de manera adecuada en nuestro ordenamiento somos nosotros. Queda contrastado que estos métodos de solución de conflictos han progresado mucho en otros países -en algunos no tan lejanos a nuestro entorno-, pero la falta de tradición y el conservadurismo reticente mostrado por los profesionales de diferentes sectores del mundo jurídico español, continúa dificultando la total aceptación e inclusión de estos mecanismos en nuestra justicia.

Opinamos que es más necesaria que nunca la importante labor de concienciación e impulso de estos mecanismos por parte de las administraciones de justicia. El Estado debería intervenir de mayor manera para el establecimiento de las ADR, publicitando el diverso elenco de opciones y figuras, e incluyendo el estudio de cada una de ellas en los programas educativos universitarios. Educando de esta manera a los futuros juristas y especialistas en derecho, llamados a tomar el relevo generacional de los profesionales actuales, daríamos un gran paso para poder afrontar la solución del conflicto jurídico con ambas percepciones en mente: la vía judicial y la extrajudicial.

SEGUNDA. Como ya veníamos adelantando, **las ADR no son la solución a todos los problemas** que se presentan en nuestra realidad jurídica. Hay ámbitos concretos -señalados en nuestro trabajo- que se quedan fuera del alcance de estos mecanismos alternativos por su particular dificultad y naturaleza. Por tanto, no siempre serán la solución, **pero ayudan, y mucho.**

Y es que estos métodos ADR no pretenden, ni se plantean, sustituir o reemplazar a la jurisdicción. Su objetivo es simplemente colaborar con el sistema actual, ofreciendo otros puntos de vista, para poder disminuir la confrontación y la animadversión que genera el propio sistema judicial, conocido por la gran mayoría de la ciudadanía como única vía de solución de conflictos. Individualizar y personalizar las disputas permite adaptar las herramientas de nuestro sistema para cada caso, con el ansiado objetivo de encontrar la solución más adecuada y descongestionar los tribunales. Pero, para la consecución de estas metas, se requiere un esfuerzo mayor por parte de todos y cada uno de los actores y participantes en cada conflicto -desde jueces y abogados, hasta acusados y demandantes-, además de, en especial, más confianza por parte del Estado.

TERCERA. La mediación concursal se presentaba como una mediación particular y específica, escapando de la mediación civil genérica. La complejidad intrínseca del procedimiento concursal, la necesidad de vincular dicho procedimiento con la institución de la mediación y el objetivo primordial de mantenimiento del tejido empresarial, llevaron al legislador a tomar la decisión de vulnerar principios esenciales de la propia mediación -confidencialidad y voluntariedad- a la hora de configurar la figura del mediador.

De esta manera, el legislador cambiaba el carácter consensual de la mediación genérica por el carácter “social” o “público” de la mediación concursal. **A nuestro tenor, resultó ser una decisión acertada,** dada la importancia de las aspiraciones de la nueva figura, que necesitaba tanto el carácter flexible y adaptativo de un mediador, como la cualificación y rigidez normativa propias del ámbito concursal. No compartimos, en definitiva, la opinión de los detractores de la configuración de la figura del mediador concursal, que argumentaban la deslealtad a los principios generales propios de la institución de la mediación, en particular, y de las ADR, en general.

CUARTA. Las razones principales de la caída en desuso y posterior derogación de la figura del mediador concursal fueron, tanto la posible conversión del mediador en administrador concursal, como la falta de una regulación específica en la que sustentarse cuando fuese necesario.

El problema surge cuando el legislador toma la decisión de que el mediador concursal se convierta en administrador concursal una vez habiendo iniciado el concurso consecutivo, asumiendo las tareas y deberes típicos de un administrador concursal de hecho. Esta cuestión altamente criticada por una amplia esfera de profesionales del derecho concursal, debilitaba la neutralidad y confidencialidad necesarias del mediador concursal, y dificultaba la comprensión de la composición de una figura ambigua. Esto no hizo sino incrementar la desconfianza sobre el mecanismo y menguar el atractivo necesario para captar mediadores potenciales.

Del mismo modo funcionó el hecho de que, en los años de vigencia de la figura del mediador concursal, no existiese norma específica alguna que regulase de manera más extensa y apropiada el estatuto de los administradores concursales. Al no disponer de una norma a la que remitir las lagunas de una figura ya de por sí poco aceptada, la aceptación e integración del mediador concursal en el ordenamiento se tornó insostenible, siendo necesario derogar su mecanismo en la siguiente reforma de la LC. Por no mencionar, claro está, el

hecho de que el propio mediador concursal carecía de reglamento específico, más allá de escasos preceptos regulados en la norma general.

QUINTA. Una vez analizados a lo largo del trabajo los obstáculos a los que tuvo que hacer frente la figura del mediador debido a la poca tradición ADR en nuestra sociedad, podemos concluir que **el contexto en el que se creó la figura del experto es más propicio a tener una mejor acogida**. El legislador, consciente de sus anteriores intentos fallidos en la creación de figuras preconcursales, y tras lidiar con otra gran crisis como la del COVID 19 afectando a todo el tejido empresarial -sobretudo a las microempresas y a los autónomos-, ha contado con más herramientas para confeccionar una figura que se adapte a las necesidades de un sistema que seguía sin alcanzar la efectividad y eficiencia que se le exigían.

En pocas palabras, el aprendizaje adquirido por lo acontecido, pero sobre todo, la próxima puesta en marcha de un reglamento de la administración concursal -a falta de la aprobación de un proyecto muy avanzado y respaldado-, conforman la base firme de un contexto más favorable sobre la que deberá afianzarse la figura del experto. Al mediador concursal, como decíamos, le faltaron ayudas.

SEXTA. La entrada en vigor de la LRTRLC afrontaba una vez más las limitaciones manifestadas por el sistema concursal en general, de la mano del poco uso práctico que se le ha dado a los instrumentos preconcursales creados hasta la fecha. Se sigue persiguiendo el recurrente objetivo de dotar de eficiencia al sistema de insolvencia para posibilitar una reestructuración temprana y de menor coste, descongestionando a su vez el procedimiento concursal y los juzgados competentes. Con esta última reforma, se pone el foco en el concepto de la insolvencia con el ánimo de elaborar instrumentos de carácter preventivo que configuran el Derecho preconcursal.

En la misma línea, consideramos apropiado **destacar la apropiada configuración de los presupuestos objetivo y subjetivo de los nuevos planes de reestructuración**. El legislador simplifica y clarifica el presupuesto subjetivo, permitiendo acudir a los planes de reestructuración tanto a personas físicas, como jurídicas, que realicen una actividad profesional o empresarial, exceptuando del precepto a las microempresas -debido a su expresa regulación-. Respecto al presupuesto objetivo, en nuestra opinión uno de los avances más importantes **en el objetivo de lograr la tan ansiada eficacia y eficiencia del sistema, la norma establece una novedad con respecto al estado de insolvencia de la empresa necesario para poder optar a la reestructuración**. Se extiende el rango de actuación a una

probabilidad de insolvencia, excluyendo, por el momento -y en contra de nuestro parecer-, fijar un ratio numérica financiero-contable de probabilidad. De esta manera, el concepto se abre a la diversidad interpretativa de la jurisprudencia, permitiendo así una temprana actuación que pueda maximizar las opciones de mantener la actividad empresarial.

SÉPTIMA. Uno de los aspectos que más controversia ha generado en torno a la creación de la figura del experto en reestructuraciones ha sido el relativo a la retribución de su cargo. Y es que un atributo tan importante como la retribución del experto sigue generando dudas respecto al quién, al cuándo, y al cuánto. La nueva norma tan solo hace referencia al deber de los acreedores de abonar la retribución del experto cuando lo hayan solicitado, dejando una larga lista de interrogantes para el resto de los supuestos.

A falta de su aprobación y entrada en vigor, el proyecto de Real Decreto del nuevo Reglamento de la administración concursal propone la novedad de la creación de una cuenta de garantía arancelaria gestionada por el ministerio de Justicia y financiada por las aportaciones obligadas de los administradores, para garantizar la retribución en los casos de los concursos con insuficiente masa activa. Si bien podríamos basarnos en este nuevo sistema de retribución de los administradores, la analogía no podría considerarse una opción correcta debido a las amplias diferencias de las actuaciones y responsabilidades de una figura y de otra.

Nos parece sorprendentemente preocupante que el legislador haya optado por no manifestarse en torno a la configuración de la retribución del experto, mayormente después de las críticas recibidas en la regulación del anterior mediador concursal, que llevaron a derogararlo. Queda claro que la propia existencia y futuro de la figura del experto en reestructuraciones pasa por un futuro reglamento donde se esclarezcan todas las interrogantes que venimos manifestando. De esta manera, al menos **hasta la entrada de una nueva reforma de la norma concursal o la publicación de un nuevo reglamento para el experto en reestructuración, los jueces y magistrados deberán aplicar la analogía de una manera más acorde a las peculiaridades de la figura del experto.**

OCTAVA. Para nosotros, **el gran acierto del legislador** a la hora de configurar y delimitar el estatuto del experto en la reestructuración, **no es otro que haber suprimido la posibilidad de que el experto se transformase en administrador posterior del concurso,** en caso de no llegar a ningún consenso en la reestructuración. El legislador aprende y decide eliminar el tema más controversial de la anterior figura del mediador, aprendiendo de su error

con el fin de crear una figura mayormente aceptada. Ejemplo de ese aprendizaje son los rasgos de naturaleza mediadora que sí han sido mantenidos en la composición del experto en reestructuración. Como hemos observado a lo largo de todo el trabajo, el experto no deja de ser un mediador, con la flexibilidad y la capacidad adaptativa que los define, pero revestido de una forma más formal y convincente. Eso sí, esta vez sin esa hibridez que caracterizaba al mediador.

En definitiva, el experto está llamado a liderar la fase preconcursal, en la que el legislador ha depositado en esta nueva Ley gran parte de su confianza, y un rasgo creador de debates doctrinales y que obtuvo tantas críticas debería ser apartado por el bien de la prosperidad de la figura.

NOVENA. La elección del legislador de establecer un proceso especial para microempresas es acertada, dada la importancia que estas tienen en la estructura empresarial de nuestro país. La simplificación del procedimiento permite que los expertos intervengan en un área del derecho concursal que se espera que sea muy utilizada, insistimos, dado el gran número de microempresas establecidas en el territorio español -93,24% del total de las empresas-. Esta característica no solo amplía y diversifica el ámbito de acción del experto, sino que también **hace que la figura del experto en reestructuración sea más atractiva y significativa** en comparación con las creaciones preconcursales anteriores, que han caído en desuso.

De esta manera, y tras la confianza mostrada por el legislador y ratificada por el contexto favorable anteriormente descrito, disminuye la inseguridad jurídica respecto a una nueva figura preconcursal, factor clave en el asentamiento y prosperidad del mecanismo del experto en reestructuración. El crecimiento exponencial de la actuación del experto demuestra una vez más que nos encontramos ante una nueva figura llamada a tener un papel muy relevante en el seno de las reestructuraciones empresariales, núcleo del nuevo derecho concursal, y pilar fundamental en el mantenimiento del tejido empresarial del territorio nacional.

DÉCIMA. Aunque hemos destacado en más de una ocasión el éxito del legislador a la hora de optar por la figura del experto en reestructuración, la sobria regulación que ha confeccionado para su ordenación, ha dado pie a que, tanto el legislador, como los jueces mercantiles competentes, acudan en masa a las disposiciones legales referidas al administrador concursal, máxime con la próxima entrada en vigor de su nuevo reglamento.

Como hemos expuesto a lo largo del estudio del experto, no siempre se pueden aplicar los preceptos legales propios de la administración concursal, dada la manifiesta disparidad entre ambas figuras.

Dicho esto, queremos dejar claro que vemos necesaria la aprobación de un reglamento específico del experto en reestructuraciones, con el objeto de completar todas las lagunas e impulsar el desempeño de una figura preconcursal sobre la que se ha depositado tanta confianza, tras los fracasos acontecidos en las últimas reformas. **La propia existencia y futuro de la figura del experto en reestructuraciones pasa por un futuro reglamento donde se esclarezcan todas las interrogantes** que venimos manifestando, y no nos podemos permitir tropezar dos veces con la misma piedra. El éxito del sistema concursal será con reglamento específico del experto, o no será.

8. Bibliografía

ARRUTI BENITO, S. (2022). Las ADR desde la perspectiva de género: retos y desafíos emergentes en el modelo de justicia actual. *Externalización de la Justicia civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*. José Carlos Muinelo Cobo, Irune Suberbiola Garbizu (coords.). Sonia Calaza López (dir.), Ixusko Ordeñana Gezuraga (dir.). Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1147-240-1. págs. 39-74

AZNAR GINER, E., BOSCH SÁNCHEZ, A., CALVÉ PÉREZ, M., ... y ZUBIZARRETA URCELAY, V. (2023). Reestructuraciones e Insolvencia. Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1147-975-2. pág. 528

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2014). La Ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos. *Cuadernos de derecho y comercio*. N° 61. Dykinson. pág. 90

BLANCO CARRASCO, M. (2009). La alternativa de la mediación en conflictos de consumo: presente y futuro. *Anuario jurídico y económico escurialense, XLII.* págs. 129-152

BRENES CORTÉS, J. (2020). Algunas cuestiones relevantes que suscita la regulación contenida en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, en materia de instrumentos de alerta, exoneración de deudas y segunda oportunidad. *Revista Lex Mercatoria. Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*. N°14. pág. 47

BUIL ALDANA, I. (2020). Algunas cuestiones relativas a la formación de clases de acreedores y socios en la directiva de reestructuración temprana y su transposición al derecho español. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. N° 33. págs. 283-294

CAMPUZANO, A. B. (2021). La configuración de los marcos de reestructuración preventiva en la directiva europea sobre reestructuraciones e insolvencia. *Deonomi*, vol.1-42. pág. 22

CANDELARIO MACÍAS, M^a.I. (2015). El Mediador Concursal. Tirant lo Blanch. ISBN 9788490865262. pág. 119

CARRASCO PERERA, A. (2013). Los nuevos mediadores concursales. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. N°872. Sección Opinión. Editorial Aranzadi, S.A. pág. 3

CARRETERO MORALES, E. (2016). La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia. Dykinson. ISBN 978-84-9148-058-7. págs. 79-80

CASTILLEJO MANZANARES, R. (2013). La figura del mediador concursal en el “acuerdo extrajudicial de pagos”. *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*. Nº 1. pág. 36

EMPARANZA SOBEJANO, A. (2022). Los deberes de los administradores sociales en situaciones de proximidad a la insolvencia. *El concurso y la conservación de la empresa: debates sobre nuestra inminente nueva Ley Concursal*. HERBOSA MARTÍNEZ ,I. (coord.). Editorial Aranzadi. ISBN 978-84-1124-930-0. págs. 567-579

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M^a.T. (2014). Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a.; LOPO LÓPEZ, M^a.A. (Coord.). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. pág. 495

FACHAL NOGUER, N. (2022). El experto en la reestructuración. Thomson Reuters Aranzadi. pág. 6

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (2014). Mediador: Siete trazos para un perfil. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a. (Coord.) *La Ley Concursal y Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. ISBN 978-84-9059-795-8. pág. 378

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2014). El estatuto jurídico del mediador concursal, *Revista de Derecho Mercantil*. Nº. 292. pág. 346

FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2015). La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad. Bosch. ISBN 978-84-9090-324-7. págs.18-22

GELI FERNÁNDEZ-PEÑAFLORES, E. & ARLABAN GABEIRAS, B. (2022). Los planes de reestructuración. *Actualidad Jurídica. Uría Menéndez*. Nº59. págs. 30-70

GIMENO BEVIÁ, V. (2016). El seguro de responsabilidad civil obligatorio de los administradores concursales: delimitación cuantitativa y otras cuestiones controvertidas. *La administración concursal: VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*. ISBN 978-84-9059-672-2. págs. 723-738

GONZÁLEZ NAVARRO, B. (2023). La Ley concursal, en constante evolución: Últimas Reformas. *Blas A. Gonzalez Abogados*. pág 1

GÓRRIZ LÓPEZ, C. (2015). El Acuerdo extrajudicial de pago. *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid. ISBN 978-84-89315-79-2. págs. 136-161

IRÁCULIS ARREGUI, N. (1999). Aproximación al problema teórico de la insolvencia en las Sociedades Cooperativas. *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo: International Association of Cooperative Law Journal*. ISSN 1134-993X, ISSN-e 2386-4893. N°. 33. págs. 109-148

IRIONDO PLAZA, A. (2014). La mediación como una solución definitiva de disputas legales. ABEL LLUCH, X. (Coord.). *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*. Bosch Editor. págs. 642 y ss.

ITURRIOZ DEL CAMPO, J. (2009). Los procesos concursales en situación de crisis: características de su aplicación a las sociedades cooperativas. *Revesco N° 100 - La respuesta de la Economía Social ante una crisis global*. Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. Escuela de Estudios Cooperativos. pág. 156

LEONARDO ZORRILLA, L.A. (2016). La mediación concursal como negociación extrajudicial de deudas de empresarios. *Revista General de Derecho Procesal*. N°40. pág. 29

MACHO GÓMEZ, C. (2014). Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa. *Anuario de Derecho Civil*, BOE. pág. 933 y ss.

MARTÍN GÓMEZ, I. (2022). Derecho, legislación y políticas públicas en el marco de los ODS. *Capítulo 4. Consideraciones sobre la transposición al derecho español de la Directiva 1023/2019 sobre reestructuración preventiva, agilización de procedimientos concursales y exoneración de deudas*. Dykinson. pág. 78

MARTÍN OSANTE, J.M. (2023). Aproximación a la figura del experto en la reestructuración. *Estudios de la insolvencia del País Vasco: novedades introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal: Jornadas, Vitoria-Gasteiz*. ISBN 978-84-1163-591-2. págs. 117-133

MARTÍNEZ SANZ, F. (2022). Aproximación al experto en reestructuraciones en el proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal. *Revista General de Insolvencias y Reestructuraciones*. N°6. pág. 41

MOLINA NAVARRETE, C. (2022). Aspectos sociolaborales de la nueva reforma concursal: ¿Remercantilización vs. Socialización?. Bomarzo S.L. ISBN 978-84-18330-17-9. pág. 33

NAVAL RECIO, A. (1999). Crítica de nuestro sistema procesal. *Revista del Poder Judicial*. N°53.

NIETO DELGADO, C. (2022). El experto en materia de reestructuración: el laberinto del nombramiento. *Lefebvre*. N°108. págs. 1-2

ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2009). Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español. Thomson Reuters-Civitas. ISBN 978-84-470-3221-1. págs. 22-28

ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2009). La alternativa jurisdiccional que funciona. *XVII Congreso de Estudios Vascos: Gizarte aurrerapen iraunkorrerako berrikuntza = Innovación para el progreso social sostenible*. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2012. ISBN: 978-84-8419-232-9. págs. 1937-1965

ORDEÑANA GEZURAGA, I. (2016). La mediación concursal empresarial en cuanto paradigma de las posibilidades de los mecanismos ADR. Estudio crítico de su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español. *Justicia en tiempos de crisis; Cuadernos Digitales de Formación*. EHU-UPV/CGPJ. N°53. ISBN 978-84-9082-483-2. pág. 8

ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). Concurso de acreedores de persona física, fresh start y mediación concursal. La rehabilitación del deudor. *Diario La Ley*. N° 8172

ORTIZ HERNÁNDEZ, A. (2013). Mediación concursal, una visión positiva. *Estrategia financiera: revista para la dirección financiera y administrativa*. N°329

PARDO IBAÑEZ, B. (2015). La mediación concursal. Una experiencia práctica. *Diario La Ley*. N°. 8490

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L. (2015). El estatuto del mediador. *Tratado de Mediación en la resolución de conflictos*. Tecnos. ISBN 9788430965236. págs. 142-143

PRATS ALBENTOSA, L. (2013). El acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación concursal en la ley de emprendedores. *Abogacía Newsletter*. Nº 59/2013

PRATS ALBENTOSA, L. (2014). La mediación en el pre-concurso. *Revista de Mediación*, vol.7. Nº 1. págs. 70-80

PULGAR EZQUERRA, J. (2015). Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad. *Diario La Ley*. Nº 8538.

PULGAR EZQUERRA, J. (enero-marzo de 2022). Reestructuraciones preconcursales forzosas: el mejor interés de los acreedores. *Revista de Derecho Mercantil*. Nº323. pág. 12

RAMOS CALVO, M^a D. (2019). Régimen Jurídico de la Mediación Concursal en el Derecho Español (Tesis Doctoral). Universidad de Alicante, España. pág. 181

SAGASTI AURREKOETXEA, J.J (2005). El derecho concursal en el mercado de valores: el régimen jurídico del "Nominee". *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia / Manuel Olivencia (hom.)*. Vol. 5, (*Liquidación concursal, conclusión y reapertura del concurso, calificación del concurso, supuestos especiales*). UPV/EHU. ISBN 84-9768-182-7. págs. 5579-5664

SÁNCHEZ MAGRO, A. (2015). Acuerdo extrajudicial de pagos. PRENDES CARRIL, P.; PONS ALBENTOSA, L. (Dir.); PASTOR GARCÍA, D.; PRENDES FIGUEIRAS, L. (Coord.). *Practicum Concursal 2015*. Aranzadi. pág. 978

SOLETO MUÑOZ, H. (2016). La Mediación Concursal, especialidad de la Mediación Civil y Mercantil. Icade. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*. Nº98. págs. 78-101

SOLETO MUÑOZ, H. (2016). Mediación civil y mercantil; Presente y futuro de la normativa sobre resolución de conflictos. *Cuadernos Digitales de Formación*, 34. pág. 2

SOTILLO MARTÍ, A. (2013). Segunda Oportunidad y Derecho Concursal. *Seminario Interdisciplinar Facultad Derecho Valencia*. *El Cronista*. Nº 44

VALCÁRCEL GARCÍA, M. (2014). Acuerdo de mediación en asuntos mercantiles. MARTÍN MOLINA, P.B.; DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J.M^a.; LOPO LÓPEZ, M^a.A. (Coord.). *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*. Dykinson. pág. 3998

VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2014). Cooperativa y concurso. *Estudio de las relaciones jurídicas con sus socios*. Marcial Pons. ISBN 9788416212453

VIVERO DE PORRAS, M.C. (2017). Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Tirant lo Blanc. ISBN 978-84-9119-792-8. pág. 207

AAVV. (enero 2014). Jobs and Growth: Supporting the European Recover.. Capítulo II, redactado por Bornhorst, F. y Ruiz Arranz, M. International Monetary Fund. ISBN 9781484304464. pág. 22

COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. (11 de agosto de 2023). Estadística del Procedimiento Concursal 2º Trimestre 2023. Recuperado de <https://www.registradores.org/-/estadistica-del-procedimiento-concursal-2023>.

COMISIÓN EUROPEA. Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior. (2002). Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. (COM/2002/0196)

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (22 de abril de 2022). Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia. BOE 121/000097. Recuperado de https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (30 de marzo de 2012). Estadística Judicial del cuarto trimestre del 2011. Crecen los concursos de acreedores y disminuyen las reclamaciones de cantidad sociales y las ejecuciones hipotecarias. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.0cb0942ae6fbda1c1ef62232dc432ea0/?vgnextoid=657d850461366310VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextchannel=5070f20408619210VgnVCM100000cb34e20aRCRD&vgnnextfmt=default>

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. (2022). Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales - Órganos Unipersonales. Juzgados de lo Mercantil. Recuperado de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=29&anio=2021&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Concursos>

MINISTERIO DE INDUSTRIA, COMERCIO Y TURISMO. (2022). Cifras PyME. Datos de diciembre de 2022. Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa. Recuperado de <https://industria.gob.es/es-es/estadisticas/paginas/estadisticas-y-publicaciones-sobre-pyme.aspx>

MINISTERIO DE JUSTICIA. (2019). Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación. Recuperado de <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf>

MINISTERIO DE JUSTICIA. (4 de octubre de 2023). Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Reglamento de la Administración Concursal. Recuperado de <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Real%20Decreto%20RGTO%20Admon%20Concursal.pdf>

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N°2 de Barcelona 12802/2022, de 29 de noviembre de 2022. CENDOJ.