

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



**LA MEDIACIÓN EN EL ACUERDO
EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

**TRABAJO FIN DE MÁSTER PARA OPTAR AL TÍTULO DE MASTER
EN DERECHO PÚBLICO**

PRESENTADO POR

Fernando Isaac Yataco Herrera

Bajo la dirección de la Dra.

Clara Fernández Carron

Madrid, 2016

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE
MADRID**

FACULTAD DE DERECHO

**LA MEDIACIÓN EN EL ACUERDO
EXTRAJUDICIAL DE PAGOS**

TRABAJO FIN DE MASTER

Fernando Isaac Yataco Herrera

Directora: Clara Fernández Carron

Madrid, 2016

ABREVIATURAS

ADR	Alternative Dispute Resolution.
apdo.	Apartado.
AAP	Auto de la Audiencia Provincial.
art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
<i>Cfr.</i>	Confróntese.
coord., coords.	Coordinador, coordinadores
DMCM	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.
dir., dirs.	Director, directores.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DOUEL	Diario Oficial de la Unión Europea, Legislación.
<i>et al.</i>	Y otros.
EE. UU.	Estados Unidos.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LE	Ley 14/2013, Ley de Emprendedores.
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LM	Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y Mercantiles.
LMSO	Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda

	oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.
LRCon	Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
núm., núms.	Número, números.
<i>ob. cit.</i>	Obra citada.
pág., págs.	Página. páginas.
RD	Real Decreto.
RDL	Real Decreto Ley.
RDLSO	Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.
RDRPC	El Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal.
RPC	Registro Público Concursal.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
STSJM	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	10

CAPÍTULO I

LA MEDIACIÓN

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	15
2. CONCEPTO.....	17
3. ELEMENTOS.....	18
3.1. Partes.....	18
3.2. Mediador.....	15
3.3. Conflicto.....	19
4. OBJETIVOS.....	19
5. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS...19	
5.1. Con el arbitraje.....	19
5.2. Con la conciliación.....	17

CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN CONCURSAL

1. CONCEPTO.....	22
2. MARCO JURÍDICO.....	24
2.1. Recomendación nº 12/1986, de 16 de septiembre, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia.....	24
2.2. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	25

2.3. Código de Conducta Europeo para Mediadores.....	25
2.4. 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.....	25
2.5. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.....	26
2.6. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	26
2.7. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	27
2.8. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.....	28
2.9. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.....	33
2.10. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.....	34
2.11. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.....	35
2.12. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.....	36
2.13. Normativa a nivel autonómico.....	39
3. PRINCIPIOS INFORMADORES.....	40
3.1. Voluntariedad y libre disposición	41
3.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores.....	43
3.3. Neutralidad.....	44
3.4. Confidencialidad.....	45

CAPÍTULO III

EL MEDIADOR CONCURSAL

1. DEFINICIÓN.....	47
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	49
3. ¿EN QUÉ MOMENTO APARECE LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL EN LA NORMATIVA JURÍDICA ESPAÑOLA?.....	50
4. ¿POR QUÉ LA NECESIDAD DE UN MEDIADOR CONCURSAL?.....	51
5. ESTATUTO JURÍDICO.....	52
5.1. Condiciones para ejercer de mediador.....	52
5.1.1. Ser persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles.....	52
5.1.2. Poseer título oficial universitario o de formación profesional superior....	53
5.1.3. Formación específica y continua para ejercer la mediación.....	53
5.1.4. Otras condiciones o requisitos.....	55
6. RETRIBUCIÓN.....	56
7. NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL.....	57
8. PUBLICIDAD Y REGISTRO.....	59
8.1. El Registro Público Concursal.....	60
8.2. Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.....	61
8.3. Publicidad e inscripción en otros Registros.....	62

CAPÍTULO IV

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y EL CONCURSO CONSECUTIVO. FUNCIONES DEL MEDIADOR CONCURSAL ¿VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS?

1. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS.....	63
1.1. PRESUPUESTOS	65
1.1.1. Presupuesto subjetivo.....	65
a) Deudor persona natural.....	65
b) Deudor persona jurídica.....	65
1.1.2. Presupuesto objetivo: la insolvencia.....	65
1.2.3. OTROS PRESUPUESTOS.....	66
A) Para la persona natural.....	66
1. Estimación inicial del pasivo no superior a cinco millones de euros....	66
2. Aportar el correspondiente balance.....	66
B) Para las personas jurídicas	67
1. En caso de ser declaradas en concurso, éste no hubiere de revestir especial complejidad.....	67
2. Que cuenten con activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.....	67
1.2. LEGITIMACIÓN.....	67
a) El deudor persona física.....	67
b) El deudor persona jurídica.....	67
1.3. Efectos que produce el Acuerdo extrajudicial de pagos.....	68
1.4. El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos.....	69
2. EL CONCURSO CONSECUTIVO.....	70

3. FUNCIONES DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y EN EL CONCURSO CONSECUTIVO ¿SE VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN?.....	71
---	----

CAPÍTULO V

BREVES NOTAS DE DERECHO COMPARADO

1. Francia.....	80
2. Italia.....	83
3. Estados Unidos.....	84
CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90
JURISPRUDENCIA.....	96

INTRODUCCIÓN

Uno de los hechos que merecen un reconocimiento especial, es la creación de los medios alternativos de resolución de conflictos, tales como: el arbitraje, la negociación, conciliación y mediación. El primero de ellos como método heterocompositivo en el que un tercero resuelve; y los otros restantes como sistemas autocompositivos, métodos a los que las partes acuden voluntariamente, siendo éstas quienes llegan a un acuerdo.

La mediación se puede aplicar en casi todos los ámbitos donde haya un conflicto, los más utilizados por la sociedad son: el civil, penal¹, laboral, mercantil, familiar, socio-sanitaria, hipotecaria, intercultural, entre otras; siendo su finalidad, la de fomentar una cultura de paz.

En la mediación no hay ganadores ni vencidos, sino que es un proceso donde todos ganan. En el ámbito civil como en el concursal nace como consecuencia de ofrecer una solución

¹ En España no existe una reglamentación específica sobre mediación penal, se aplica en los casos de responsabilidad penal de menores y no en el Derecho penal de adultos. El art. 19.3. de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000, págs. 1422 – 1441), establece sobre sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima: “El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento”. Además se aplicarán los programas de mediación y reparación para los sujetos menores de 18 años que cometan determinados delitos, siempre que no exista violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos y se consiga la conciliación y reparación de la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe, podrá acordarse el desistimiento de la incoación del procedimiento (art. 19 de la antes citada Ley).

Asimismo, se contempla la mediación respecto a la aplicación de la pena en el art.84.1.1ª del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en el BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, págs. 33987 - 34058), precepto que establece lo siguiente: “1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado de las partes en virtud de mediación”.

A mayor abundamiento, el art. 15 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015, págs. 36569 – 36598) establece el acceso a las víctimas de los servicios de justicia restaurativa, respecto a la reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, siempre que se cumplan determinados requisitos.

Con relación a ello, la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), en su art. 10º de Mediación penal en el marco del proceso penal, establece: “1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán por que puedan tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales”. Publicado en el DOL (Diario Oficial de las Comunidades Europeas) 22 de marzo de 2001, núm. 82, pág. 1, Núm. Págs. 4.

Esta última norma europea, fue sustituida por la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

rápida, con la intención de mantener las relaciones entre deudor y acreedores, además, de generar un menor coste económico que la vía judicial.

Cabe mencionar que, el enrevesado sistema legal concursal español ha sufrido diversos cambios debido a la inestabilidad económica por la que atraviesa nuestro país. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal² (en adelante LC), en vigor desde el 1 de septiembre de 2004, fue promulgada en una época de estabilidad y para unificar las normas jurídicas concursales dispersas, regida bajo los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema. Sin embargo, la citada norma concursal no cumplió con las expectativas, trayendo como consecuencia la insatisfacción tanto de deudores como acreedores. Todo ello se refleja en los altos índices de procesos concursales que concluyen con la liquidación de las empresas³.

Los organismos internacionales como la ciudadanía reclamaban un cambio de rumbo, traducido en la adopción de nuevos instrumentos que pudieran solventar de forma exitosa los conflictos surgidos de una relación mercantil o de consumo; en la que tanto empresarios como la generalidad de las personas pudieran encontrar una solución efectiva y sin demoras en su tramitación.

El punto de partida para optar por nuevos mecanismos de procedimientos flexibles y que brindasen una solución al engorroso sistema concursal, lo estableció la Disposición adicional única de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁴ (en adelante LRCon), en la que se señalaba que: “El Gobierno deberá remitir a la Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca. Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal

² BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003, págs. 26905 – 26965.

³ En el ámbito nacional respeto de los actos de extinción, período 2015: sociedades anónimas: 1,928; limitadas: 21,862; otras: 2,051. Registro Mercantil Central, Estadística mercantil, [en línea], Madrid. Disponible en:

<http://www.rmc.es/documentacion/publico/ContenedorDocumentoPublico.aspx?arch=Estadisticas\ESTADISTICAS-2015.pdf>

⁴ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011, págs. 106745 – 106801.

efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza...”.

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁵ (en adelante LE), viene a ser una útil herramienta que pretende desjudicializar en algunos casos el proceso concursal. En ella se añadió un Título X a la LC denominado “Acuerdo extrajudicial de pagos” y se creó la figura del Mediador concursal. Dicha norma jurídica se enmarca dentro de lo que se denomina legislación de la segunda oportunidad y cuyo objetivo es, según los términos utilizados por el preámbulo de la citada Ley, el de “persuadir a los emprendedores a no quedar abatidos ante los fracasos conseguidos en un primer intento de negocio, que existe la posibilidad de emprender un nuevo rumbo, una nueva aventura, con más experiencia, madurez y sapiencia”.

Los principios generales de la mediación se propugnan en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁶ (en adelante LM) e incorpora al ordenamiento jurídico nacional 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 mercantiles⁷ (en adelante DMCM); si bien es cierto, dicha norma europea estaba dirigida a los litigios transfronterizos, tanto España como otros países de nuestro entorno regularon a nivel interno la institución de la mediación.

Los medios preconcursales o paraconcursales han tenido éxito en otros países de nuestro entorno. Los organismos internacionales han recomendado a España que adopte medidas legislativas urgentes para paliar el problema de la insolvencia tanto de empresas como de personas físicas; es por ello que se establecieron las medidas necesarias y reclamadas para afrontar la crisis económica por la que se atravesaba, integrando en nuestro ordenamiento jurídico los mecanismos preconcursales en los que la figura del mediador desempeña un papel preponderante. Si bien es cierto que se estaban dando los primeros pasos para cambiar el sistema concursal ello no fue suficiente, debido a que los legisladores no se atrevieron a incluir a las personas físicas dentro de los beneficios que atribuyeron a un determinado colectivo de empresarios, personas físicas que, por diferentes motivos,

⁵ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, págs. 78787 - 78882.

⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012, págs. 49224 - 49242.

⁷ DOUEL núm. 136 de 24 de mayo de 2008.

habían caído en situación de insolvencia, en muchos casos con la pérdida de la totalidad de su patrimonio.

Tales reclamos de una pronta solución a los problemas antes indicados, que se concretaron -aunque de forma insuficiente- con la promulgación del Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social⁸ (en adelante RDLSO) flexibilizando los acuerdos extrajudiciales de pagos e incluyendo a las personas naturales no empresarios.

Meses más tarde se promulgó la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social⁹ (en adelante LMSO). En su Disposición adicional primera se perfilaron las funciones de la mediación concursal; en la segunda, se establecieron los índices de retribución del mediador concursal; y, en la tercera, la no obligatoriedad de la representación por procurador del deudor persona natural en el concurso consecutivo. Se amplía el ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarias otorgándose un mecanismo procedimental simplificado en este caso. Se potencia la figura del Mediador Concursal, siendo factible que actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, en el caso de ser el deudor empresario, o los notarios en caso de ser personas naturales no empresarias. El art. 242 bis faculta al notario del domicilio del deudor en caso de ser éste persona natural no empresario, a desempeñar las labores de mediador concursal, iniciando las negociaciones para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos.

La figura del mediador concursal viene a desarrollar un rol esencial dentro de las etapas en las que interviene, tales como: en el Acuerdo extrajudicial de pagos y al inicio del concurso consecutivo. Existe conflicto en la doctrina en cuanto a su denominación de mediador concursal, toda vez que éste actúa en la etapa previa a la concursal, por lo que se ha venido manteniendo que en todo caso debería recibir el nombre de mediador pre-concursal.

La finalidad del presente trabajo es la de analizar si existen contradicciones entre las funciones que realiza el mediador concursal con las del mediador ordinario; si el primero de ellos, al desempeñar sus funciones, viene cumpliendo o no con la normativa y

⁸ BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2015, págs. 19058 - 19101.

⁹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015, págs. 64479 – 64543.

preceptos propios de la mediación o si, de un modo u otro, se vulneran los principios consagrados para la tal institución. Lo dicho se observa, por ejemplo, en la elaboración de las propuestas a las partes, concretadas en el plan de pagos y plan de viabilidad, situación ésta en la que se cuestiona el desempeño de la función de mediación; o con determinados supuestos relacionados con el principio de voluntariedad de las partes y el de imparcialidad. Lo mismo puede afirmarse con los casos de supuesta vulneración del principio de confidencialidad cuando el mediador concursal inicia el concurso consecutivo que ha de dar comienzo como consecuencia de la imposibilidad de lograr un acuerdo extrajudicial de pagos, por el incumplimiento de lo pactado o como consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado, pasando en estos casos el mediador concursal a ejercer las funciones de administrador concursal. A todo ello procuraremos ofrecer una respuesta a lo largo del presente trabajo.

CAPÍTULO I

LA MEDIACIÓN

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El conflicto es tan antiguo como la humanidad. Desde la época primitiva los seres humanos competían entre ellos por alimento, territorio u otros recursos, y para hacer frente a los embates de sus adversarios, la forma más común de defensa era la autotutela, es decir, tomarse la justicia por sus propias manos. El uso de la fuerza se convertía en el arma arrojada para vencer o imponerse al oponente.

Con el devenir del tiempo y con el crecimiento del grupo social, el uso de la fuerza decae para optar por nuevas formas de solución de las controversias, sin embargo, subsisten y se reglamentan ciertas formas autotelares como la legítima defensa¹⁰ entre otras. Posteriormente, aparecen métodos autocompositivos, en éstos, son las propias partes quienes resuelven el conflicto conforme a sus intereses.

En la autocomposición con la intervención de un tercero, éste trata de aproximar a las partes para que lleguen a una solución, quienes recurren a aquél «no para que les resuelva el conflicto mediante una decisión reglada o equitativa, sino para que les ayude a aproximar intereses y posiciones, y en definitiva, les ayude en la tarea de alcanzar un acuerdo¹¹». Tenemos como ejemplos de estos mecanismos de autocomposición: la mediación y la conciliación.

La solución *parcial* (el calificativo se opone a imparcial, no a total) del litigio ofrece, a la vez, dos perspectivas: o bien uno de los litigantes *consiente* el sacrificio de su propio

¹⁰ La legítima defensa es una eximente de responsabilidad criminal regulada en el art. 20.4 del Código Penal, que a la letra estipula: “El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: Primero.- Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas. Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

¹¹ ORTIZ PRADILLO, J.: “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, en IGLESIAS CANLE, I. (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 70.

interés, o bien *impone* el sacrificio del interés ajeno. En el primer caso tenemos una *autocomposición*; en el segundo supuesto, nos hallamos ante la autodefensa. El sacrificio, consentido o impuesto, que autocomposición y autodefensa implican, puede ser, tanto *unilateral* (como en el allanamiento) como bilateral (en la transacción); la diferencia esencial entre una y otra radica en la dirección del impulso subjetivo que las determina, lo que nos permitiría caracterizar de *altruísta* y de *egoísta*, respectivamente, a los dos subtipos en que se divide la solución *parcial* de los litigios. En lo concerniente a la solución *imparcial*, prácticamente se reduce a la que se obtiene mediante el *proceso*: dentro de él cabe, en este sentido, el *arbitraje*, y fuera de él ha de quedar *la mediación*¹².

En la búsqueda constante de nuevas formas de resolver controversias que otorguen mayores garantías, se crean los denominados mecanismos heterocompositivos. Precisa MORENO CATENA que las fórmulas heterocompositivas, son la tercera de las vías luego de la autotutela y la autocomposición, en las que un tercero impone una solución de carácter vinculante. Éste mecanismo de resolución de conflictos en los modernos ordenamientos jurídicos contempla dos formas: el arbitraje y el proceso jurisdiccional. El esquema básico de estos métodos se ha completado en el moderno sistema constitucional con la exigencia de motivación de la decisión, constituyéndose así en un instrumento imprescindible de legitimación política del poder de decisión¹³.

Cabe señalar que la resolución de conflictos estaba identificada en un primer momento, en las diferentes culturas, con la intervención de un tercero neutral, una autoridad que gozaba del reconocimiento de la colectividad y con facultades para resolverlos. Por lo tanto:

El tránsito desde las agrupaciones primitivas a lo que se conoce como sociedad política responde, en esencia, a un cambio en el método de resolución de conflictos, que sustituye la violencia privada por el monopolio público de la fuerza, ejercida por una autoridad, distinta de las partes y conforme a normas jurídicas preestablecidas¹⁴.

En el Derecho Romano existía la figura del mediador, entroncado en sus orígenes al ámbito familiar y al mercantil. En relación a este último ámbito señalar que el caso del

¹² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N.: Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución al estudio de los fines del proceso), Ed. Imprenta Universitaria, México, 1947, pág. 13.

¹³ “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 33.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 27 y 28.

que hoy conocemos como mediador mercantil, y al que las fuentes romanas llamaron *proxeneta*, resulta ser el intermediario más significativo de la Antigüedad...La mediación, entendida como acción de interponerse entre dos o más personas para concertar sus voluntades beneficiándoles, es la propia del proxeneta romano, figura dinámica en el comercio que se decanta durante el Principado, con unos rasgos distintivos que la diferencian de otros institutos afines. De escaso tratamiento en las fuentes jurídicas, a Ulpiano se debe la rúbrica *De proxenetis*, recogida en el *D. 50, 14*, única referencia expresa junto a una constitución imperial que aparece en el *Codex Iustinianus*; los *proxenetae* son los agentes que ponen en relación a dos o más partes para la conclusión de un contrato o para proponer negocios, dando con ello identidad jurídica a su naturaleza profesional y constituyendo la función típica de la mediación¹⁵.

En la era moderna, los sistemas alternativos de resolución de conflictos o *Alternative Dispute Resolution* (en adelante ADR¹⁶), se originan en los Estados Unidos (en adelante EE. UU.), en los años setenta del pasado siglo y son mecanismos distintos a la tutela jurisdiccional. La primera institución que asume la mediación a nivel mundial es el *Federal Mediation and Conciliation Service*, que aparece en 1947 en los EE. UU., circunscrita al ámbito laboral en un comienzo y ampliada posteriormente; estos ADR se fueron expandiendo a nivel mundial.

En Europa, ante la necesidad de mejorar el acceso a la justicia y ante la evidencia del buen funcionamiento de los ADR en los países con influencia anglosajona que venían utilizándolos, los Estados miembros de la UE mostraron su disposición para adoptar dichos métodos de solución de controversias, poniendo énfasis en la mediación. Para tal fin los organismos comunitarios emitieron recomendaciones y disposiciones para regular el uso de la mediación en los conflictos transfronterizos e incentivando a la vez su incorporación en el ordenamiento jurídico interno de cada país.

2. CONCEPTO

Mediante la mediación un tercero de forma independiente e imparcial trata de resolver los conflictos planteados por las partes, con la finalidad de evitar recurrir a los juzgados

¹⁵ GARRIDO ARREDONDO, J.: "Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano". Revista: Anuario de historia del derecho español, Nº 72, 2012, págs. 399-428. Recuperado de: DIALNET, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/301683.pdf>

¹⁶ Se denomina ADR al acrónimo de la expresión anglosajona *Alternative Dispute Resolution* que abarca todas aquellas formas de solución de disputas distintas a la vía jurisdiccional.

para dirimirlos. Es un acto que gira en base de la libre decisión de las partes en conflicto, basado en el principio de voluntariedad, y en la que actúa el mediador como instrumento para lograr un acuerdo.

El Código de Conducta Europeo de Mediadores¹⁷, define a la mediación de la siguiente forma: «...se entenderá por mediación cualquier procedimiento, con independencia de cómo se denomine o a él se refiera, en el que dos o más partes en un conflicto de intereses acuerden voluntariamente intentar resolverlo con la asistencia de un tercero, denominado en lo sucesivo, “el mediador”».

El art. 1 de la LM, conceptúa a la mediación del siguiente modo: “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

En nuestra opinión, la mediación se crea como un mecanismo por el que dos o más partes que mantienen un conflicto se ven imposibilitadas de resolverlo por sí mismas, requiriendo la intervención de un tercero sin facultad decisoria, a fin que coadyuve a encontrar una solución pacífica a sus desavenencias.

3. ELEMENTOS

3.1. Partes

Partes o mediados, son quienes recurren a un tercero imparcial para alcanzar un acuerdo a sus diferencias o conflictos. Tienen un papel activo en la mediación, al ser éstos los que finalmente resuelvan sus controversias.

3.2. Mediador

Es el eje central de la mediación, toda vez que su intervención en la misma va a determinar la avenencia de distintos pareceres a fin de conseguir un acuerdo entre las partes.

No tiene facultades decisorias, como sí las poseen el juez y el árbitro, y si las tuviera, desnaturalizaría su esencia. Intentará acercar posiciones o en todo caso proponer el acuerdo, pero nunca la solución es decidida ni impuesta a las partes.

¹⁷ Adoptado en reunión de expertos en mediación celebrada en Bruselas en julio de 2004. Texto disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf

3.3. Conflicto

Conflicto o controversia, es el elemento que mediante las técnicas y prácticas adecuadas va a ser objeto de disección para averiguar los verdaderos intereses o posiciones de los partícipes.

Es un elemento que acarrea distorsión a las relaciones sociales y, de mantenerse en el tiempo sin darle solución, éstas se deterioran, pudiendo ocasionar un enfrentamiento entre las partes implicadas.

4. OBJETIVOS

Entre los objetivos perseguidos por la mediación pueden destacarse, entre otros, los siguientes: facilitar el acceso a la justicia; descongestionar los tribunales; ofrecer una vía eficaz para la solución de los conflictos; buscar la paz y el orden social; crear un ambiente distendido; lograr una comunicación eficaz; escudriñar y delimitar los verdaderos intereses de los participantes; conseguir el afianzamiento de las propuestas aceptadas por ambas partes, mediante una posición común; promover entre las partes la búsqueda constante de soluciones creativas; fomentar el acuerdo y mantener la estabilidad de las relaciones entre las partes; flexibilizar el procedimiento; economizar el tiempo; lograr la obtención de un resultado consensuado entre los participantes.

Con relación al listado precedente debe destacarse que es fundamental para entender la esencia de la mediación el no perder de vista que ésta se centra en intereses en vez de en posiciones. Es por esta razón que la actuación del mediador ha de dirigirse a evitar que las partes se sitúen en posturas intransigentes que paralicen la negociación. Lo importante no es quien gane o pierda, sino establecer una solución que satisfaga las necesidades de cada participante¹⁸.

5. DIFERENCIAS CON OTROS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

5.1. Con el arbitraje

¹⁸ IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M: “La mediación civil y mercantil en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en IGLESIAS CANLE, I. (dir.), *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 157.

El arbitraje se encuentra regulado en el sistema jurídico español por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje¹⁹, pueden destacarse entre las diferencias con la mediación las siguientes:

a) El arbitraje es un método heterocompositivo de resolución de conflictos, donde necesariamente un tercero ofrece la solución y que las partes anticipadamente se comprometen a aceptar. Tal decisión (laudo arbitral) tiene carácter vinculante y de obligado cumplimiento. En cambio, la mediación es un mecanismo autocompositivo que busca una solución amistosa entre las partes y, en la que el mediador no tiene facultad de decisión.

b) El arbitraje cuenta con reglas preestablecidas; por el contrario, la mediación es un sistema flexible.

c) En los conflictos sometidos a la vía arbitral o judicial, quien resuelve impone una solución, parte del método vencedor-vencido. Frente a ello, las fórmulas de la mediación son la de ganador-ganador.

d) El árbitro resuelve el conflicto (éste se encuentra en una posición *supra partes*), mientras que el mediador únicamente propone una solución, que las partes pueden aceptar, rechazar o modificar (posición *infra partes*).

e) El árbitro tiene la facultad de resolver el conflicto sin intervención en ello de las partes. En la mediación el tercero involucra a los mediados, siendo estos quienes encuentran su propia solución.

f) El laudo arbitral emitido por el árbitro en el arbitraje tiene efectos ejecutivos propios; en tanto que en la mediación, el acuerdo puede tener mérito ejecutivo mediante su elevación a escritura pública.

5.2. Con la conciliación

El procedimiento de conciliación judicial se encuentra regulado en los arts. 139 al 148 del Título IX de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria²⁰.

¹⁹ BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003, págs. 46097 - 46109.

²⁰ BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015, págs. 54068 - 54201.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil²¹ (en adelante LEC), arts. 415 (intento de conciliación en la audiencia previa al juicio), art. 428.2 (exhortación del tribunal para llegar a un acuerdo).

a) Tiene aspectos comunes con la mediación; ambas son formas autocompositivas de solución de conflictos y en las que va a intervenir un tercero, de forma imparcial y que buscará el acercamiento de posturas, pero que no impone soluciones. Sin embargo, el mediador participa de manera activa, contribuye a la resolución del conflicto; mientras que el conciliador se mantiene mucho más pasivo, no aporta propuestas de acuerdo entre las partes, son ellas las que llegan a conciliar sus controversias.

b) En la conciliación, el conciliador puede guiar a las partes hacia una solución determinada, mientras que el mediador no sustituye ni adopta decisiones en nombre de las partes, facilita diversas salidas al conflicto.

c) En la conciliación el protagonismo de las partes es más restringido, toda vez que el conciliador interviene emitiendo opiniones para la solución del conflicto, mientras que en la mediación dicho protagonismo es más amplio y activo para las partes, debido a que el mediador no propone soluciones a la controversia.

d) La conciliación tiene carácter institucionalizado; la mediación es flexible, espontánea.

e) En la conciliación, el tercero propone la solución al conflicto relegando a las partes en tal poder de decisión. Éstas tienen un rol menos activo que el conciliador, y pueden sentirse influenciadas por tal decisión. Mientras que en la mediación son las partes quienes alcanzan la solución al conflicto, por tanto, tendrá mayor eficacia el cumplimiento de lo acordado.

²¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, págs. 575 – 728.

CAPÍTULO II

LA MEDIACIÓN CONCURSAL

1. CONCEPTO

Abordado en el capítulo precedente la institución de la mediación en general, toca ahora referirnos de una manera más específica a la mediación concursal, cuyo ámbito de aplicación se muestra, a día de hoy, harto complicado debido al constante cambio de la economía y la gran cantidad de normas jurídicas aprobadas para afrontar su problemática. En este punto resulta destacable el esfuerzo denodado del legislador -aunque no del todo satisfactorio para las partes implicadas- en hallar el equilibrio entre los intereses de deudor y acreedores.

El colapso de los Juzgados de lo Mercantil ha ocasionado una frustración en los justiciables al verse impedidos a acceder a una justicia eficaz y diligente. Así lo advierte el Defensor del Pueblo en su Informe anual 2015 señalando al efecto que «la situación de retraso generalizado en el despacho de asuntos en la jurisdicción mercantil también puede considerarse como preocupante²²».

En este punto SILVA FERNÁNDEZ señala que el avance de la sociedad actual provoca la quiebra del modelo de justicia tradicional²³. En consecuencia, puede considerarse que el derecho ya no es ni la única vía, ni la más acertada, ni mucho menos la que más satisfacción otorga para solventar los conflictos. Para SOSPEDRA NAVAS la crisis del modelo de heterocomposición jurisdiccional percibida actualmente como mecanismo de resolución de conflictos está concatenada con las diversas deficiencias que arrastra el sistema de justicia contemporáneo, y que se presentan de forma uniforme en los diferentes modelos comparados, particularmente su lentitud, rigidez y coste económico, que se ven incrementadas por el aumento progresivo de los conflictos que ingresan en los tribunales y la propia complejidad de las causas, de lo que se deriva una crisis de funcionalidad y de

²² Informe anual del Defensor del Pueblo 2015, 1.1 dilaciones indebidas, Punto 1: Administración de justicia, pág. 140. Disponible en:

https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/04/II_1_Administracion_de_justicia.pdf

²³ “La mediación social, una breve aproximación”, en IGLESIAS CANLE, I. (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 296.

eficiencia del sistema tradicional de justicia²⁴. En consecuencia, se adoptan líneas de política legislativa, uniformes a nivel comparado, tendentes a la implementación de sistemas alternativos de resolución de conflictos.

La Jurisprudencia nacional viene consolidando argumentos sobre el instituto de la mediación; a modo de ejemplo de lo dicho, y entre otras, véase la STSJ de Cataluña 72/2013 de 9 de diciembre²⁵ que, en su Fundamento de derecho segundo, apartado 3 señala que «...la mediación sería así un modo de resolver un conflicto realizada por las mismas partes inmersas en él con la ayuda de un tercero imparcial que por medio de su formación ofrecería vías de entendimiento y favorecimiento del diálogo para que se acerquen posturas y que sean ellas mismas en forma pacífica las que pongan fin al conflicto. Así frente a la imposición de una decisión por un tercero basada en la autoridad tras un procedimiento adversarial, el mediador centra su actividad en restaurar la comunicación entre las partes y propiciar que sean ellas las que en un entorno reservado y seguro resuelvan la controversia. Ofrecería así la mediación “una oportunidad razonable de recomponer la situación sin vencedores ni vencidos...”».

Sobre los sistemas alternativos para la resolución de conflictos, como el arbitraje y la mediación «el futuro está pues, en la resolución extrajudicial de conflictos, en su desjudicialización, potenciando los sistemas alternativos frente al proceso judicial, mucho más costoso y lento, que debe ser siempre la última vía de solución²⁶».

Es por ello que se viene incentivando el uso de la mediación para encontrar solución a las controversias que se encuentran bajo el ámbito concursal, considerando los beneficios que tal institución genera en diversos campos -ya expuestos anteriormente-. Al respecto BOLDÓ RODA señala que teniendo en cuenta los defectos que presenta el sistema concursal, como son los grandes costes tanto temporales como económicos unidos a la falta de satisfacción de los acreedores ordinarios y a la ineptitud demostrada para invertir la proporción entre convenio y liquidación, se destaca la idoneidad de la mediación como

²⁴ *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2014, págs. 38 y 39.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 72/2013, de 9 de diciembre [versión electrónica – base de datos Aranzadi], RJ 2013\8311. Disponible en: www.aranzadidigital.es

²⁶ JAÉN VALLEJO, M.: “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, en MARTÍN MOLINA, P., DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. y LOPO LÓPEZ, M. (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pág. 389.

método alternativo para resolver los conflictos relacionados con las situaciones de insolvencia²⁷.

Sin embargo, existen opiniones valederas que discrepan o dudan del éxito de la mediación en el ámbito concursal; entre las que nos merece una especial consideración la siguiente: «a pesar de la inversión pública en mediación, los resultados son poco esperanzadores o poco prometedores, y ello debido probablemente a razones culturales, que provocan que no se haya profundizado más en este tipo de mediación. La mediación está empezando recientemente a aflorar en ámbitos como son el campo civil/mercantil y penal²⁸». Otros autores como AGUILÓ REGLA advierten del peligro que se cierne sobre la mediación en España referido a su desvirtuación burocrática, su conversión en un mero requisito preprocesal que hay que satisfacer y costear antes de litigar, antes de acudir a la jurisdicción²⁹.

Si partimos de la idea de la mediación considerada de forma genérica, podemos inferir que para nosotros, la mediación concursal consiste en el mecanismo o método utilizado para encontrar un acuerdo satisfactorio con el auxilio del mediador concursal, quien buscará el consenso entre los diversos intereses de deudor y acreedores destinado al pago programado de las deudas contraídas por aquél o, en caso de fracasar tal opción, dirigido a iniciar el proceso concursal consecutivo.

2. MARCO JURÍDICO

2.1. Recomendación nº 12/1986, de 16 de septiembre, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia³⁰

A fin de prevenir y reducir la gran cantidad de trabajo a los tribunales, se invita a los Estados miembros al cumplimiento de diversos objetivos, entre ellos el de promover la

²⁷ “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en BOLDÓ RODA, C. (dir.) y ANDREU MARTÍ, M. (coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 393.

²⁸ MORENO CATENA, V.: “La resolución jurídica de conflictos”, *ob. cit.*, pág. 38.

²⁹ *El arte de la mediación*, Ed. Trotta, Madrid, 2015, pág. 103.

³⁰ Adoptada por el Comité de Ministros el 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros. Véase: BELLOSO MARTÍN, N.: *Una propuesta de Código ético de los mediadores*. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/belloso.pdf> pág. 1. Asimismo en, RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 54 y 55. GARCÍA VILLALUENGA, L.: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 253 y 254.

solución amistosa de los litigios, y que tuviera lugar fuera del orden judicial, antes del procedimiento judicial o durante el mismo.

2.2. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Esta Ley se promulgó para modernizar y ordenar la normatividad arcaica y dispersa que reinaba hasta entonces, reformando de forma integral el derecho concursal español. Se optó por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

Por lo que respecta a la mediación concursal se contemplan los siguientes casos: la legitimación, entre otros, del mediador concursal para solicitar la declaración de concurso cuando se trate del procedimiento regulado en el Título X de la LC (art. 3.1); en el caso de que el deudor solicite un acuerdo extrajudicial de pago y, una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el registrador mercantil o el notario pertinente deberá comunicar de oficio la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso (art. 5 bis rubricado: “comunicación de las negociaciones y efectos”); sobre el tratamiento de créditos de derecho público en caso de acuerdo extrajudicial de pagos (Disposición adicional séptima); respecto de la remuneración de los mediadores concursales (Disposición adicional octava); y, específicamente, el Título X sobre el Acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 a 242 bis).

2.3. Código de Conducta Europeo para Mediadores

Contiene una serie de principios, como lo son la independencia, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad, cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales y las organizaciones que ofrecen servicios de mediación, siempre bajo su responsabilidad. Es aplicable a todo tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y no sustituye a la legislación nacional ni las normas que rigen las distintas profesiones.

2.4. 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

Esta norma europea se aplica a los pleitos transfronterizos en materia civil y mercantil. Su objetivo central es el de asegurar un mejor acceso a la justicia como parte de la política de la Unión Europea (en adelante UE). Además con ella se contribuye al correcto

funcionamiento del mercado interior, particularmente en lo que respecta a la disponibilidad de servicios de mediación.

Aunque las disposiciones de la DMCM se dirigen a la regulación de los procedimientos de mediación en asuntos transfronterizos de índole civil y mercantil, el legislador nacional al efectuar la transposición de dicha Directiva, aprovechó la oportunidad para regular la institución de mediación a nivel legal interno.

2.5. Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Esta ley introduce modificaciones que pretenden, de un lado, corregir errores de enfoque detectados en la práctica, y de otra colmar las lagunas de la LC. Profundiza en las alternativas al concurso, particularmente en los institutos preconcursales, otorgando a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, mediante los acuerdos de refinanciación.

El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de las medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones en especial las garantizadas con hipoteca. Para tal finalidad se podrán proponer opciones de solución extrajudicial, entre otras la mediación (Disposición adicional única).

2.6. Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (Este RDLSD fue derogado en virtud de la Disposición Derogatoria de la LM)

Este Real Decreto fue el fruto de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la DMCM. Con él se puso fin al retraso de la obligación de transposición de la citada Directiva a nuestro ordenamiento legal, que venció el 21 de mayo de 2011.

Esta norma es una clara muestra de la premura del legislador concursal por intentar detener con ella nefastos efectos de las “quiebras” en cascada, para lo cual se potencia el recurso a soluciones fuera del concurso, tales como el acuerdo extrajudicial de pagos o la refinanciación³¹.

³¹ CANDELARIO MACÍAS, M.: *El Mediador concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 30.

2.7. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Establece un régimen general de la institución de la mediación en España. Esta ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos³², siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable (primer párrafo del art. 2.1. LM).

Sustituye al RDLSO y es consecuencia de la transposición al Ordenamiento nacional de la DMCM, transposición que, por cierto, generó un expediente sancionador abierto por parte de la Comisión Europea, debido a la demora en su ejecución y al vencimiento de los plazos concedidos. Como se ha mencionado, no sólo regula la mediación en lo que atañe a los litigios transfronterizos, sino que se extiende a toda aquella que se desarrolle en España, en el ámbito civil y mercantil.

Para ORTIZ PRADILLO³³, la LM se enmarca dentro del paquete de medidas legislativas cuyo objetivo es el de reducir el número de procesos instados ante los tribunales, y así descongestionar un sistema judicial lento, mediante el impulso de otros métodos alternativos de resolución de conflictos.

En cuanto a las exclusiones³⁴ para recurrir a la mediación, la LM dispone que quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de la Ley, la mediación penal; la

³² El art. 3.1. de la LM, indica que: “un conflicto es transfronterizo cuando al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado distinto a aquél en que cualquiera de las otras partes a las que afecta estén domiciliadas cuando acuerden hacer uso de la mediación o sea obligatorio acudir a la misma de acuerdo con la ley que resulte aplicable. También tendrán esta consideración los conflictos previstos o resueltos por acuerdo de mediación, cualquiera que sea el lugar en el que haya realizado, cuando, como consecuencia del traslado del domicilio de alguna de las partes, el pacto o algunas de sus consecuencias se pretendan ejecutar en el territorio de un Estado distinto”. Hemos de precisar que, cualquier controversia que se suscite sobre el domicilio de las partes que residan en distintos estados miembros de la UE, se recurrirá al Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (publicado en el DOL 351 de 20.12.2012, págs. 1/32) aplicable desde el 10 de enero de 2015. Esta norma europea en mérito a su art. 80 deroga al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000). En consecuencia, es errónea la remisión al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, efectuada por el art. 3.2. de la LM, al encontrarse ésta derogada.

³³ “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, *ob. cit.*, págs. 76.

³⁴ En cuanto a la exclusión de la aplicación de la LM al ámbito penal, véase pie de pág. núm. 1 del presente trabajo. Respecto de la exclusión referida a las Administraciones Públicas IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación civil y mercantil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 166, estas se refieren: «...a las cuestiones en que estén concernidas Administraciones Públicas, siempre y cuando, aunque la ley no haga tal distinción, salvo que el Estado interviniese como si de un particular se tratase, dado que en tal caso la Administración Pública no actuaría en función del interés general y podría llegar a un acuerdo que pusiere fin al litigio en la vía jurisdiccional civil, si fuere sobre una materia susceptible de transacción en los

mediación con las Administraciones Públicas; la mediación laboral y, la mediación en materia de consumo (art. 2.2. LM).

Es preciso tener presente que la LM se circunscribe al ámbito de competencias del Estado en materia de legislación mercantil, procesal y civil (apartado III del Preámbulo). Podríamos entender en consecuencia, que la LM excluye determinantemente la aplicación de la mediación en los ámbitos antes indicados, sin embargo, esto no es así realmente, puesto que, conforme se desprende del apartado II del Preámbulo de la LM, “las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”. En este punto resulta interesante la observación de BLANCO CARRASCO³⁵ quien señala que esto puede deducirse como una exclusión provisional que no impediría ser incluida en una normativa similar en el futuro.

2.8. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Esta Ley modifica el art. 5 bis de la LC, sobre comunicaciones de negociaciones y efectos. Tiene como objetivo el crecimiento y la reactivación económica y, entre otros extremos destacables, pone énfasis en el sistema educativo, como base de la generación de un cambio de mentalidad en la sociedad que valore la actividad emprendedora y la asunción de riesgos.

Introdujo un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, tanto de personas físicas como jurídicas, añadiendo para ello en el Título X de la LC, el denominado “Acuerdo extrajudicial de pagos”, donde la figura central es el mediador concursal; tal mecanismo va dirigido tanto a personas físicas como y a personas jurídicas.

términos que refiere el art.19 LEC». Sobre la exclusión de la mediación en el ámbito laboral, esto es debido, a que se vienen utilizando mecanismos para la resolución extrajudicial de conflictos de trabajo (convenios colectivos, huelga, etc.), es decir, se encuentra regulado su uso. Finalmente, para BLANCO CARRASCO, M.: “Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y ROGEL VIDE, C. (dirs.), FERNÁNDEZ CANALES, C. (coord.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2012, págs. 47 – 48, la mediación de consumo, es utilizada como un elemento más del procedimiento arbitral de consumo mediante el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema arbitral de consumo (BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008, págs. 11072 – 11086).

³⁵ “Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley”, *ob. cit.*, pág. 43.

Se incluye en la LE una reforma que regula la exoneración de deudas residuales en los casos de liquidación de patrimonio del deudor que, declarado en concurso directo o consecutivo, no hubiere sido declarado culpable de la insolvencia, y siempre que quede un umbral mínimo del pasivo satisfecho. Para tales efectos el art. 21 LE modifica la LC. En su punto Cinco, se modifica el apartado 2 del art. 178³⁶. Hemos de señalar que el beneficio de exoneración de deudas que contempla la LE se encuentra limitada, es decir, no como hoy se encuentra regulada con la promulgación de la LMSO –específicamente en su art. 178 bis-. Es por ello que la LE exige como requisito para proceder a dicha remisión de deudas del deudor, que se hayan liquidado los activos con los que se han pagado los créditos de sus acreedores. La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de masa activa, declarará asimismo, la remisión de las deudas insatisfechas; para que se pueda acceder a dicho beneficio es necesario cumplir ciertos requisitos, estos son: que no se trate de un concurso culpable ni exista un delito cometido por el deudor relacionado con el concurso; que se hayan satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados; que se hayan satisfecho al menos el veinticinco por ciento de los créditos concursales ordinarios. En caso de que el deudor hubiera intentado sin éxito un acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado respecto la remisión de deudas por pasivo insatisfecho de los deudores –debemos señalar que con la promulgación del RDLSO y posteriormente con la LMSO, se reguló esta institución de la exoneración del pasivo insatisfecho, en España-, precisamos que se encontraba vigente la citada LE, aplicada al caso concreto. Además debemos tener en cuenta que la resolución emitida por el órgano jurisdiccional contempla los siguientes puntos: que el concurso no es consecutivo; no ha venido precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos; los concursados no son empresarios; y no se han satisfecho en su totalidad los créditos privilegiados. A continuación exponemos la reseña de la jurisprudencia de la AAP de Barcelona (sección

³⁶ Debemos de tener en cuenta que tal apartado fue modificado posteriormente por el art. 1.1.1 de la LMSO, en los siguientes términos: “2. Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme”. Precisamos que el art. 178 bis LC regula el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

15ª) núm. 148/2014, de 25 de noviembre³⁷. En sus Fundamentos jurídicos primero, segundo, tercero y cuarto se indica que: «PRIMERO la resolución apelada, conforme a lo dispuesto en el artículo 176.1.2º de la Ley Concursal, declara la conclusión del concurso por haber finalizado las operaciones de liquidación. Asimismo acuerda la remisión del 100% de las deudas de los concursados y la cancelación de sus asientos concursales (pronunciamiento impugnado en esta alzada). La juez *a quo*, tras citar los precedentes del Juzgado de lo Mercantil 10 (auto de 13 de febrero de 2013), justifica la remisión de todo el pasivo pendiente en el artículo 178.2º de la Ley Concursal y en las “*las amplias facultades reconocidas (al efecto) al juez del concurso*” por la Ley (...).

SEGUNDO es cierto que son insuficientes los remedios que nuestro Ordenamiento prevé para afrontar esas situaciones de endeudamiento excesivo. Se echan de menos medidas preventivas, presentes en muchos otros Ordenamientos, así como medidas correctoras, una vez constatado el sobreendeudamiento, como acuerdos entre deudor y acreedores bajo el auspicio judicial. Y, en todo caso, un procedimiento específico de insolvencia para los consumidores individuales que contemple, en su caso, la exoneración total o parcial de las obligaciones.

No es menos cierto que particularmente inútil puede resultar el procedimiento concursal, tal y como fue diseñado por la Ley 22/2003. A diferencia de la persona jurídica, que se extingue una vez liquidado todos sus activos (art. 178.3 de la LC), el apartado segundo de dicho precepto –aplicable al presente caso por razones de índole temporal-, disponía que en caso de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor persona natural quedaba responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar sus ejecuciones singulares. Es decir, liquidado el patrimonio del deudor persona física, su situación de insolvencia subsistía.

Entendemos, sin embargo y en contra de lo sostenido por la *juez a quo*, que el Juez del concurso no tiene “*amplias facultades*” para la liberación de deudas en el concurso de personas físicas, una vez concluida la liquidación, sino que está sometido a las disposiciones que a tal efecto contempla la Ley Concursal. Es la Ley la que ha de determinar en qué circunstancias y hasta qué punto el consumidor ha de quedar exonerado de las obligaciones que persistan tras la conclusión del concurso.

³⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) núm. 148/2014, 21 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi] JUR 2015\190474. Disponible en: www.aranzadidigital.es

TERCERO en definitiva consideramos que el artículo 178.2º, según su redacción inicial (aplicable al caso), impide al juez del concurso liberar al deudor persona física de las obligaciones no satisfechas en el concurso (...) dicho precepto establece lo siguiente: “en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare de nuevo el concurso”.

La norma es expresión del principio de responsabilidad patrimonial universal de todo deudor, que consagra el artículo 1911 del Código Civil, principio que conlleva la garantía para sus acreedores de poder satisfacer sus créditos con todos los bienes presentes y futuros.

Ni el origen de la deuda (que además no precisa la resolución apelada) ni el buen comportamiento del deudor limitan la aplicación de dicho principio. Tampoco el devenir del concurso o las alternativas (el convenio y la adjudicación en pago) desechadas por los acreedores hipotecarios para la satisfacción de sus créditos, que en ningún caso enervan la aplicación del artículo 178.2º de la Ley Concursal. Tanto el convenio como la cesión en pago o para el pago de la deuda son de aceptación voluntaria para los acreedores. No se les puede penalizar por haberse abstenido en la junta o por haber recurrido legítimamente a la subasta para la realización de los bienes afectos al privilegio (...) y mucho menos es aceptable que esa sanción se extienda al conjunto de acreedores –no sólo a los hipotecarios renuentes- y por la totalidad de sus créditos.

CUARTO el auto apelado cita la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, que da nueva redacción al artículo 178.2º. Dicho precepto queda como sigue: “la resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por el delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiera intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfechos los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados”.

Sin embargo, esa norma no resulta de aplicación en este caso, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria única de dicha Ley. Y aun cuando así fuera, tampoco se cumplen los requisitos exigidos por dicho precepto, dado que no han quedado cubiertos en su totalidad los créditos privilegiados ni el 25% de los ordinarios.

Por los mismos motivos tampoco es de aplicación el artículo 242, párrafo quinto, de la Ley Concursal, introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que en el concurso consecutivo ante la imposibilidad de alcanzarse un acuerdo extrajudicial de pagos o por incumplimiento del plan de pagos acordado, prevé la remisión total de las deudas no satisfechas en la liquidación, siempre que el deudor sea empresario persona natural y se hayan satisfecho todos los créditos contra la masa y los privilegiados. En el supuesto enjuiciado el concurso no es consecutivo, no ha venido precedido de un acuerdo extrajudicial de pagos, los concursados no son empresarios y no se han satisfechos en su totalidad los créditos privilegiados».

Respecto al tema de la exoneración de deudas pendientes, PULGAR EZQUERRA, esta Ley introdujo estos mecanismos en relación a un previo acuerdo extrajudicial de pagos, así como al margen y con independencia de éste, pero de una forma muy alejada a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014, sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial³⁸. En la citada Recomendación se insta a que los países miembros regulen estos mecanismos con estrictos y rigurosos requisitos subjetivos de acceso, con el fin de evitar que deudores no merecedores de dicha exoneración puedan acceder a ésta, y a su vez con un amplio ámbito de aplicación material respecto de las deudas exoneradas, con inclusión de créditos de derecho público que permitan un efectivo *fresh start o second chance*³⁹ del deudor persona física⁴⁰.

Del mismo modo, en relación con el llamado privilegio del *fresh money*⁴¹, la financiación resulta primordial para que todo deudor que se encuentre en una situación de crisis empresarial tenga la liquidez necesaria, con el fin de evitar su declaración en concurso, o

³⁸ DOUE, núm. 74, de 14 de marzo de 2014, págs. 65 a 70.

³⁹ *Fresh start o discharge* “volver a empezar”, proviene del modelo anglosajón.

⁴⁰ “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, en Diario La Ley, Nº 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV, Ed. La Ley, 2014. Disponible en la base de datos de Wolters Kluwer LA LEY: <http://revistas.laley.es/>

⁴¹ Con respecto a ello, DE LAS HERAS GARCÍA, M.: *Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda*, V/lex España, pág. 18; esta autora señala que: la finalidad de la protección del *fresh money* o dinero nuevo es la de tratar de incentivar los acuerdos preconcursales que conceden o amplían la financiación, pues son frecuentes tales acuerdos que conceden quitas o esperas, pero infrecuentes los que conceden financiación. Disponible en: <http://app.vlex.com/#vid/519433242>

de asegurar la continuidad de su actividad empresarial. Conseguir tal financiación resulta difícil si el incremento del riesgo crediticio no se ve de alguna manera compensada por la concesión de algún tipo de beneficio que la permita –en un eventual concurso– recuperar un crédito al vencimiento⁴².

2.9. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁴³

Esta Ley se centra en mejorar el marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación, con el objetivo de evitar el concurso de la entidad, y la reducción o aplazamiento de los pasivos. Sus modificaciones buscan mejorar la posición patrimonial del deudor.

Es obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o “desapalancamiento”, a fin de evitar la liquidación de las empresas y proceder a su saneamiento, desde un punto de vista financiero. Asimismo, la reforma en cuanto al ámbito concursal, se centra en la mejora del marco legal preconcursal de los acuerdos de refinanciación por constituir, tal como así se señala expresamente en el preámbulo de la Ley.

Con tal finalidad, se modifican varios preceptos de la LC. Se introducen cambios en el Título II LC, que regula el régimen de la administración concursal. Su art. Único modifica el art. 5 bis de la LC, en caso de que el deudor solicite un acuerdo extrajudicial de pagos, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso. De seguirse un proceso judicial, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil (o por la Cámara de Comercio, Industria, Navegación o Servicios, conforme al art. 232.3 de la LC) en los términos que reglamentariamente se determinen.

⁴² FERNÁNDEZ TORRES, I.: “Prevención de la insolvencia y *fresh money*. Modelos comparados y propuestas de reforma”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 15/2011, pág. 221.

⁴³ BOE núm. 238, de 1 de octubre de 2014, págs. 77261 - 77289.

Del mismo modo, desde la presentación de la comunicación, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se produzca alguna circunstancia -entre otras-, que se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos. Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición adicional cuarta sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor, siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Finalmente, transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

2.10. Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁴

El ámbito de aplicación de sus normas afecta los mediadores y las instituciones de mediación que desarrollen su actividad profesional al amparo de lo dispuesto en la LM (art. 2).

Con este RD se observa la intención dotar a la mediación de mayor transparencia y publicidad. Se pretende dotar de seguridad jurídica a las partes que acudan para la resolución de sus controversias a tales instituciones. Se regulan el seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores e instituciones de mediación, y el procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos, posibilidad ésta a la que sólo se puede acudir siempre que consista en una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros o de otro interés cuya cuantía no supere esa cantidad, y todo ello siempre que el empleo de estos medios no resulte imposible para alguna de

⁴⁴ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, págs. 105296 - 105311.

las partes o que éstas acuerden un procedimiento diferente, y siempre que las pretensiones de las partes no se refieran a argumentos de confrontación de derecho (art. 30). En éste último extremo del artículo precitado al ser este tipo de mediación un procedimiento simplificado, rápido, y accesible al ciudadano; se excluye de ella las controversias o pretensiones que hayan de generar pronunciamiento jurídico o de derecho. Al respecto, ALZATE SÁEZ DE HEREDIA y VÁZQUEZ DE CASTRO señalan la conveniencia de acudir a estos sistemas electrónicos en los que no existe ninguna enjundia jurídica y las controversias o diferencias entre las partes se reducen a una simple postura contrapuesta de intereses económicos que deben traducirse en una cantidad dineraria⁴⁵.

Este RD establece entre otros, los requisitos mínimos para la formación del mediador, y el desarrollo tanto a nivel teórico como práctico (art. 4). Se parte de una concepción abierta de formación, conforme a los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores (Preámbulo II).

2.11. Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social

La Exposición de motivos de la presente norma dispone que se trata de permitir que aquél que lo ha perdido todo por haber liquidado la totalidad de su patrimonio en beneficio de sus acreedores, pueda verse liberado de la mayor parte de las deudas pendientes tras la referida liquidación; por tanto, regula el mecanismo de segunda oportunidad, mejorando así ciertos institutos pre o paraconcursales. Va a permitir que las familias y empresas reduzcan su carga financiera; ello supone mejoras adicionales a las adoptadas anteriormente, ya sean pymes o autónomos, o personas naturales en general. Asimismo, se propone flexibilizar los acuerdos extrajudiciales de pagos, y prever un verdadero mecanismo de segunda oportunidad. Respecto de los acuerdos extrajudiciales de pagos regulados en la LM, las modificaciones a ésta tienen por finalidad flexibilizar su contenido y efectos, asimilando su regulación a la de los acuerdos de refinanciación de la Disposición adicional cuarta. Se amplía el ámbito de aplicación a las personas naturales no empresarias, regulándose además un procedimiento simplificado para éstas; la posibilidad de extender los efectos del acuerdo a los acreedores garantizados disidentes; y la potenciación de la figura del mediador concursal, introduciendo la posibilidad de que

⁴⁵ ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Ed. Reus S.A., Madrid 2013, pág. 167.

actúen como tal las Cámaras de Comercio, Industria, Navegación y Servicios, en caso de ser el deudor empresario, o los notarios, si se trata de personas naturales no empresarias. Igualmente, se instaura un régimen de exoneración de deudas para los deudores personas naturales en el marco del procedimiento concursal. Tal sistema tiene dos pilares capitales: que el deudor sea de buena fe y que se liquide previamente su patrimonio (o que se declare la conclusión del concurso por insuficiencia de masa).

2.12. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social

Los mecanismos de segunda oportunidad desincentivan la economía sumergida y favorecen una cultura empresarial que siempre redundará en beneficio del empleo. Por ello, se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo extrajudicial de pagos y, se introduce un mecanismo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la aplicación del art. 1911 del Código civil⁴⁶ (Preámbulo I).

Esta Ley modifica el tenor del art. 178 bis de la LC, que había sido añadido previamente por el RDLSO sobre el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Se introduce el *fresh start* como mecanismo que exonera del pasivo insatisfecho a un deudor persona física. Sobre este particular, FERNÁNDEZ CARRON señala que: «el sistema concursal norteamericano parte de la idea del *fresh start*, entendida en el sentido de que, sea cual sea el tipo de procedimiento concursal adoptado, su objeto principal consiste siempre en ofrecer al deudor “un nuevo comienzo”, objetivo final que se concreta en la extinción del pasivo restante del concurso, y la consiguiente liberación al deudor de su responsabilidad⁴⁷».

Sobre el indicado mecanismo exoneratorio, CUENA CASAS indica que se basa en los principios de liquidación inmediata del patrimonio no exento del deudor y la condonación directa de las deudas no pagadas, excepto las jurídicamente no condonables⁴⁸. Este modelo tiene como fundamentos la responsabilidad limitada del deudor; la división del riesgo con los acreedores, la necesidad de recuperar lo más rápidamente posible al deudor

⁴⁶ El art. 1911 del Código Civil establece: “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros”.

⁴⁷ *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2008, pág. 123.

⁴⁸ CUENA CASAS, M.: *Fresh start y mercado crediticio*, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2011, pág. 5. Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>

para la actividad económica y el consumo; así como finalmente, la clara voluntad de no estigmatizar a la persona sobreendeudada.

El procedimiento de este mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, mediante el cual el deudor persona natural –sujeto legitimado para la obtención del indicado beneficio- obtiene la extinción de determinados créditos. Se encuentra regulado en el art. 178 bis LC, tras la reforma operada por la LMSO, por la que el deudor persona natural debe de cumplir ciertos requisitos exigidos por la Ley, solicitarlo al juez del concurso, no siendo indispensable el consentimiento de sus deudores, para acceder a tal beneficio. Procederá una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa⁴⁹; únicamente se admitirá a los deudores de buena fe. Debiendo entenderse el concepto de buena fe en base a la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) que el concurso no haya sido declarado culpable.
- b) que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración del concurso.
- c) que reuniendo los requisitos establecidos en el art. 231 LC, haya celebrado, o al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- d) que haya satisfecho en su integridad tanto los créditos contra la masa como los concursales privilegiados, y en caso de no haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.
- e) Asimismo y alternativamente al punto anterior, lo siguiente: acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6; no haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el art. 42; no haya obtenido tal beneficio dentro de los diez últimos años; no haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo conforme a su capacidad; acepte de forma fehaciente, en la solicitud, que la obtención de tal beneficio se hará constar en la sección especial del RPC por un plazo de cinco años.

⁴⁹ Con la declaración del concurso, los bienes del deudor pasan a formar parte de un conjunto unitario denominada “masa activa” destinado a satisfacer a los acreedores (masa pasiva). Página de internet Juspedia. Disponible en:

<http://derecho.isipedia.com/cuarto/derecho-mercantil-ii/parte-2-segundo-parcial/la-masa-activa-y-pasiva-del-concurso-de-acreedores>

Posteriormente, se procederá de la siguiente forma:

_ De la solicitud se dará traslado a la Administración concursal y a los acreedores personados para expongan sus alegatos, en relación con la concesión del beneficio.

_ Si hay conformidad de los mismos o no se oponen, el juez del concurso concederá provisionalmente el beneficio, declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación. En caso de oposición, ésta sólo se basará en la inobservancia de alguno de los requisitos del apdo. tres, tramitándose como incidente. No podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane la firmeza la resolución que recaiga en el incidente reconociendo o denegando el beneficio.

_ El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores previstos en el número cinco del apdo. tres se extenderán a la parte insatisfecha de los siguientes créditos: los crédito ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, quedando exceptuados los crédito de derecho público y por alimentos; respecto a los créditos enumerados en el artículo noventa punto uno, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada excepto que quedara incluida, conforme a su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado.

Aquéllos acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos.

_ Las deudas que no queden exoneradas, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Asimismo, las deudas pendientes no podrán devengar interés, durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso.

Con relación a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento, se regirá según lo dispuesto en su normativa específica.

_ Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración insatisfecho, de conformidad con los supuestos establecidos en el art. 178 bis. LC.

_ Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin haberse revocado el beneficio, el juez del concurso a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

De acuerdo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, podrá declararse la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido totalmente el plan de pagos, y sin embargo, hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la fecha de la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias contempladas en el art. 3.1., letras a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁵⁰, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad.

2.13. Normativa a nivel autonómico

Por último, cabe señalar que, a nivel autonómico, las Comunidades tienen regulada la mediación familiar. Pese a que esto no es materia objeto de este trabajo, no queremos dejar de señalar alguna de esta normativa sectorial, entre la que ha de destacarse la Catalana y la de Cantabria.

Cataluña publicó la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de derecho privado⁵¹, y su reglamento mediante Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado⁵². Asimismo, Cantabria regula la mediación mediante Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria⁵³; esta norma ha superado a la de Cataluña, incidiendo además, en el ámbito del derecho privado y civil,

⁵⁰ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2012, págs. 22492 – 22501.

⁵¹ DOGC núm. 5432, de 30 de julio de 2009 y BOE núm. 198, de 17 de agosto de 2009, págs. 70785-70801.

⁵² DOGC, núm. 6240 de 25 de octubre de 2012, pág. 51832.

⁵³ BOC núm. 66 de 5 de abril de 2011 y BOE núm. 99, de 26 de abril de 2011, págs. 42283 - 42299.

en el penal⁵⁴, el administrativo y, el laboral. Su contenido va más allá de las directrices de la DMCM⁵⁵.

Sobre la normatividad a nivel estatal y la autonómica, IGLESIAS CANLE y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA señalan que al menos en parte, la divergencia de normativa existente en el actual Estado español permite obtener una visión integrada e integradora de las diferentes normas, autonómicas y estatal, sin que haya una invasión de ámbitos competenciales⁵⁶.

3. PRINCIPIOS INFORMADORES

El Título II de la LM contiene los principios informadores –estructura fundamental de todo método de mediación-, a los que cabría añadirle las reglas que han de guiar la actuación de las partes, como son: la buena fe y el respeto mutuo, así como su deber de colaboración y apoyo al mediador (Preámbulo IV). A tales principios dedicaremos las líneas subsiguientes:

3.1. Voluntariedad y libre disposición

El recurrir a la mediación debe efectuarse de forma voluntaria sin coacción ni imposición alguna. Además, nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo (art.6.3 LM).

⁵⁴ Debemos precisar que en el ámbito penal en la Comunidad Autónoma de Cantabria, se efectúa en base al “Convenio Marco de Colaboración suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno de Cantabria”, suscrito el 27 de abril de 2015. En la Cláusula primera se establece que objeto del Convenio es el impulsar la mediación y otras formas pacíficas de resolución de conflictos como fórmula alternativa y/o complementaria al proceso judicial. Documento disponible en: <file:///C:/Users/sala/Downloads/2015-36.pdf>

Respecto a la mediación la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria dispone en el art. 3 rubricado “ámbito de aplicación”, lo siguiente: “1. La presente Ley es de aplicación a las actuaciones profesionales de mediación en las que las partes se acojan a ella, y que se desarrollen total o parcialmente en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria...”.

El art. 4 de la citada Ley, rubricado “objeto de la mediación” señala que: “La mediación se referirá a aquellas materias que sean de libre disposición de las partes conforme a la legislación que resulte de aplicación”.

⁵⁵ BRAVO BOSCH, M.: “La mediación familiar en España en el estado de las autonomías”, en IGLESIAS CANLE, Inés (dir.), *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 143.

⁵⁶ “La mediación civil y mercantil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 163.

Es una facultad que se concede a las partes para que sean ellas mismas las que intenten arribar a una solución consensuada del conflicto. La mediación puede finalizar sin haberse alcanzado acuerdo alguno; las partes tienen libertad de decidir si pretenden o no continuar con el procedimiento una vez iniciado y, en todo caso, pueden abandonarlo cuando ya no deseen participar más en él.

La mediación puede iniciarse de común acuerdo entre las partes o por una de ellas en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación (art. 16 LM). En relación con éste último extremo del precitado precepto, existe controversia, en la medida que el “sometimiento a mediación” de una forma u otra puede constreñir a una de las partes a recurrir a éste mecanismo extrajudicial para la solución del conflicto, vulnerándose de tal modo, el principio de voluntariedad y libre disposición. En la práctica, el legislador, por medio de la cláusula de sumisión expresa, está convirtiendo en obligatoria la mediación; en consecuencia, resultaba imprescindible adecuar la legislación procesal civil a tal previsión, razón por la que la Disposición final tercera de la LM⁵⁷ ha modificado determinados preceptos de la LEC, para hacer valer procesalmente tal compromiso adquirido por medio de una cláusula de sumisión expresa⁵⁸. El demandado en la vía jurisdiccional, podrá denunciar por medio de declinatoria⁵⁹ que el asunto se encuentra sometido a mediación.

En referencia al art. 6.2 LM⁶⁰, SOSPEDRA NAVAS señala que este precepto da preeminencia a la mediación sobre otra solución extrajudicial, especialmente sobre las fórmulas heterocompositivas y en especial el arbitraje. Parte del principio de la libre disposición de las partes en la materia y en convenir el modo de solucionar la

⁵⁷ Esta Disposición, modifica el apartado 1 del art. 19 de la LEC, en los siguientes términos: “1. Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”.

⁵⁸ IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación civil y mercantil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 167.

⁵⁹ La “declinatoria” se encuentra regulada en el art. 39 LEC, en el que se establece: “El demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haber sometido a arbitraje o mediación la controversia”.

⁶⁰ Que reza: “2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”.

controversia⁶¹. Por tanto, es preciso que las partes pacten el procedimiento de buena fe, cuando exista el compromiso de someter a mediación las controversias.

En el ámbito de los negocios entre iguales ya sean particulares o empresarios, y referido a las cláusulas de sumisión en los contratos de adhesión, PÉREZ DAUDÍ señala el problema existente en el sentido de haber sido estas redactadas e impuestas unilateralmente por una de las partes a la otra, obligando a ésta a aceptar sin haber negociado previamente y aceptado individualmente las cláusulas del contrato. Agrega que un carácter esencial de la mediación es su voluntariedad, por lo que si la acepta libre y voluntariamente la cláusula será válida. Por el contrario si la misma ha sido impuesta unilateralmente debe reputarse que es nula. Pero ello lo será al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación⁶².

En tal sentido la cláusula de mediación es de naturaleza contractual, debiendo las partes cumplirla de acuerdo a las reglas de la buena fe (art. 1258⁶³ CC); compartimos el argumento de PÉREZ DAUDÍ, sobre la nulidad de las cláusulas de sumisión en los contratos de adhesión en el supuesto de haber sido redactadas e impuestas unilateralmente por una de las partes a la otra, sin que previamente se haya negociado y aceptado individualmente las cláusulas del contrato. Con ello se vulnera el principio de voluntariedad en la mediación y la buena fe en materia contractual.

La Constitución Española⁶⁴ en su Capítulo II consagra los Derechos y Libertades de las personas. Y, los ciudadanos en su búsqueda de acceso a la justicia, encuentran en la mediación una vía alternativa a la jurisdiccional para la resolución de sus controversias, sustentado en la libertad y amparada por la Carta Magna. MONTERO AROCA⁶⁵ señala que el arbitraje y la mediación encuentran su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad. Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que han de tener la plena disposición de los mismos; si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos, de modo que los

⁶¹ *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2014, pág. 175.

⁶² “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág.392.

⁶³ El art. 1258 del CC. establece que: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

⁶⁴ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, págs. 29313 – 29424.

⁶⁵ “Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación”, en PARDO IRANZO, V. (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 47 y 48.

mismos han de poder establecer, modificar y extinguir todas las relaciones jurídico materiales privadas; y si la Constitución establece un marco de libertad y de autonomía de la voluntad jurídica, la conclusión necesaria es la de que nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción, entendida ésta como potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen el monopolio.

Para TORRES LANA⁶⁶ la “libre disposición” quiere decir literalmente la libertad no tanto de introducirse en la mediación, sino la de apartarse en cualquier momento de la misma.

3.2. Igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores

Conforme a este principio de igualdad de las partes, el mediador intervendrá para que éstas alcancen un acuerdo garantizando la plena igualdad de oportunidades, el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los puntos de vista por ellas expresados (art. 7 LM).

El mediador no podrá iniciar o deberá abandonar la mediación cuando concurren circunstancias que afecten a su imparcialidad (art. 13.4 LM). Las normas europeas refuerzan el concepto de imparcialidad, tal y como lo corrobora, entre otros, el art. 4.2 de la DMCM en el que se señala que: “los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y continua en relación con las partes”.

La jurisprudencia nacional sobre este principio informador de igualdad e imparcialidad, se ha pronunciado en la SAP de Barcelona (sección 12ª) núm. 132/2007, 21 de febrero⁶⁷. En su Fundamento de derecho segundo se señala que: «Respecto a su naturaleza, es esencial la impronta que les imprime la intervención del mediador, que confiere al acuerdo una serie de características singulares. En relación con los contratos privados, en la mediación la igualdad y equilibrio entre de las partes ha sido garantizada de forma más efectiva por la intervención del mediador neutral e imparcial, por lo que cabe presumir que el análisis de los conflictos abordados y las soluciones alcanzadas han sido asumidas como ventajosas por las dos partes. En cuanto a la libertad de forma que es consustancial al proceso de mediación, es consustancial con el proceso de racionalización que

⁶⁶ “Principios rectores de la mediación”, en LÓPEZ SIMÓ, F. y GARAU SOBRINO, F. (coords.) *Mediación en materia civil y mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 137.

⁶⁷ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (sección 12ª) núm. 132/2007, 21 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi] JUR\2007\204550. Disponible en: www.aranzadidigital.es

caracteriza todo acuerdo de este tipo, que su eficacia quede condicionada por un período de revocabilidad que las propias partes suelen pactar, dentro del cual los intervinientes en el acuerdo tienen la oportunidad de sopesar todas las circunstancias concurrentes, principalmente las de trascendencia jurídica, que deben ser objeto de asesoramiento específico por los abogados de las partes, como condición necesaria para la garantía de sus derechos».

3.3. Neutralidad

El papel del mediador se ciñe a facilitar un acuerdo; no puede imponer sus opiniones ni criterios a las partes en el momento de adoptar decisiones en ningún caso.

Para LUQUIN BERGARECHE la función del mediador conforme se deduce del articulado de la LM, se circunscribe a la de ser un facilitador de esa negociación y comunicación entre las partes un factor de equilibrio de poder entre ellas; no puede ser un asesor o defensor de las mismas, toda vez que se vería desnaturalizada la mediación y perdido su esencia⁶⁸.

En cuanto a las actuaciones de mediación, éstas se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación, actuando el mediador de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 (art. 8 de LM).

La neutralidad no se encuentra vinculada únicamente al hecho de que el mediador no ha de imponer la solución del conflicto a las partes sino, también, a que los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben constituir un óbice al proceso de mediar. El respeto a las partes en sentido amplio, que se extiende al de sus creencias, necesidades y circunstancias, es lo que ha de guiar la actuación del mediador durante toda la mediación y, definitivamente, también en el resultado final de la misma⁶⁹.

3.4. Confidencialidad

⁶⁸ “Los principios de la mediación”, en HUALDE MANSO, T. (dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, págs. 124 y 125.

⁶⁹ GARCÍA VILLALUENGA, L.: “Principios generales de la mediación”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, C. (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015, pág. 111.

Tanto el procedimiento de mediación como la documentación utilizada en el mismo es confidencial. Es deber del mediador mantener reserva sobre los hechos que se ventilen en el procedimiento de mediación así como la documentación vertida en el mismo, salvo que tal obligatoriedad sea levantada por un juez o dispensada por las partes.

Lo dicho afecta tanto a las conversaciones y diálogos mantenidos en las entrevistas separadas entre el mediador y cada una de las partes, como a las sesiones conjuntas, en vista de un posible proceso judicial. Este deber abarca tanto al mediador persona natural, a la institución de mediación, como finalmente a las partes.

Las razones para recurrir a la mediación son, entre otras, que las partes quieren preservar su ámbito de intimidad y que no salga a la luz la situación por la que atraviesan, lo que no sería posible si toda esta información accediera al fuero judicial.

El Código de conducta europeo para mediadores señala en su punto 4 respecto de la confidencialidad que: “el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario. Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización”.

Por lo que respecta al art. 7 de la DMCM, y de nuevo de la confidencialidad en la mediación, en él se señala que: “1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

- a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o
- b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación”.

En cuanto a la regulación procesal civil de la confidencialidad, el art. 335.3 LEC señala lo siguiente: “...salvo acuerdo en contrario de las partes, no se podrá solicitar dictamen a un perito que hubiera intervenido en una mediación o arbitraje relacionados con el mismo asunto”.

Asimismo, los peritos tendrán en el juicio o en la vista la intervención solicitada por las partes, que el tribunal admita. Éste sólo negará las solicitudes de intervención que, por su finalidad y contenido, hayan de estimarse impertinentes o inútiles, o cuando existiera un deber de confidencialidad derivado de la intervención del perito en un procedimiento de mediación anterior entre las partes (art. 347.1 LEC).

CAPÍTULO III

EL MEDIADOR CONCURSAL

1. DEFINICIÓN

Existe controversia en la doctrina debido a que no es en realidad un mediador concursal y que debe de llamarse mediador pre-concursal, mediador extra-concursal o pre-administrador.

A este profesional idóneo e independiente del que nos habla la ley se le denomina de forma bastante inexacta mediador concursal. Es un hecho que la misma denominación induce a confusión porque el denominado mediador concursal, ni es mediador, ni es concursal. No es concursal debido a que todas las funciones que se le otorgan se encaminan a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos que evite la declaración del concurso, por lo que desarrolla sus funciones al margen del concurso y con el fin de evitarlo. Por otro lado, la calificación de mediador a este negociador no es exacta ya que no nos encontramos con una figura inspirada en algunas de sus actuaciones en los principios que ha de regir la actuación de todo mediador, disponiendo, además, de unas facultades decisorias que son claramente incompatibles con esta figura⁷⁰.

Otros opinan que al mediador concursal se le ha debido llamar “pre-administrador concursal” ya que al iniciarse el concurso consecutivo, el primigenio mediador concursal se convierte –salvo impedimento- en administrador concursal. Sobre este particular ORTIZ HERNÁNDEZ⁷¹ refiere que algunos estudiosos de la materia con amplios conocimientos en el ámbito concursal pretenden introducir la figura de la mediación en el concurso, de forma obligatoria. Leyendo las diversas propuestas ha llegado a la conclusión de que lo que realmente propugnan es introducir una especie de “preadministrador concursal” en el “preconcurso” que posteriormente sería designado administrador concursal. La figura que estos estudiosos plantean tiene una función directiva cuando no coercitiva, ya que la función de este mediador es ilustrar al deudor sobre sus posibilidades en el concurso, pudiendo incluso imponer determinados aspectos

⁷⁰ IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación civil y mercantil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 204. En el mismo sentido BOLDÓ RODA, C.: “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, *ob. cit.*, págs. 394 y 395.

⁷¹ *La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias*, Diario jurídico.com – Derecho y Noticias Jurídicas – <http://www.diariojuridico.com>, 2013, Disponible en línea: <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/504.pdf>

en la negociación. Por tanto, ORTIZ HERNÁNDEZ propone que no se le denomine mediador, y como alternativa propone que se le denomine “preadministrador” concursal desde el preciso momento de la comunicación previa que establece el art. 5.3 de la LC, cuya misión se desarrollaría en dos etapas.

Nosotros disentimos a la hora de considerar como un “pre-administrador” al mediador concursal, debido que a éste, en la fase del acuerdo extrajudicial de pagos, es mediador y no necesariamente todos los asuntos van a derivar en un procedimiento concursal consecutivo, únicamente los contemplados por la ley, es decir, cabe que no haya un acuerdo; que se incumpla el acuerdo adoptado; o, finalmente, que el acuerdo se declare nulo mediante resolución judicial. Por tanto, no siempre tal mediador se convertirá en administrador concursal; además las funciones que ejerce no son todas ellas directivas, lo que ocurre a modo de ejemplo, con la consistente en supervisar el cumplimiento del acuerdo extrajudicial de pagos (art. 241.1 LC).

En cuanto a la utilización del término “mediador” en otro ámbito como el de seguros, se efectúa erróneamente si tenemos en cuenta el concepto de mediación que se ha dado a la institución que venimos tratando. A este respecto, MEJÍAS GÓMEZ argumenta que existe una ley de “mediación” de seguros⁷², la cual denomina “mediadores” a los corredores de seguros. Y que, obviamente una persona que vende seguros no es un mediador, si utilizamos la palabra adecuadamente⁷³. Conviene, por ende, que el legislador haga un uso más adecuado del lenguaje jurídico para no confundir a los ciudadanos.

Si observamos el Preámbulo de la LE, en él se hace referencia, hasta en dos ocasiones, a un “negociador” en lugar de a “un mediador”. Tal *lapsus lingue* del Preámbulo indudablemente se debe a que las técnicas a emplear por este tipo de mediador tienen gran relación con las técnicas de negociación⁷⁴.

Para nosotros, el mediador concursal es un tercero versado y formado tanto en las técnicas de negociación, como en la rama jurídica, con amplio conocimiento del Derecho concursal, y cuya intervención específica en el acuerdo extrajudicial de pagos y en la

⁷² El autor señala en referencia a la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (BOE núm. 170, de 18 de julio de 2006, págs. 26959 – 26983).

⁷³ *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ed. El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, 2009, pág. 15.

⁷⁴ VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Introducción. La mediación concursal. ¿la figura de las dos mentiras?”, en VÁSQUEZ DE CASTRO, E. (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, C. (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015, pág.479.

solicitud del concurso consecutivo, va a ayudar a las partes en conflicto a establecer un acuerdo satisfactorio del pago de las deudas del deudor a los acreedores, cuidar su cumplimiento o incoar el procedimiento concursal a que hubiere lugar.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Algunos autores sostienen que el mediador concursal debe ser un mediador preconcursal, ya que esta fase del procedimiento extrajudicial no se considera una fase dentro del proceso concursal. En relación con ello «es un órgano concursal no necesario, al igual que la Junta, *ex arts.* 116 y ss. de la LCon, puesto que sólo procederá su actuación dentro del proceso-concurso, una vez instado el concurso consecutivo y aquí, se convierte, salvo causa justificada, en administración concursal, dejando de ser mediador concursal⁷⁵».

Para ANGUITA RÍOS en el marco de la puesta en marcha de medidas para la recuperación de la grave crisis económica por la que atraviesa España, aparece esta figura híbrida entre el mediador y el administrador concursal⁷⁶. El mediador concursal es el nuevo órgano que ha creado el legislador para potenciar el acuerdo entre deudor y acreedores en la fase preconcursal a través de un acuerdo extrajudicial de pagos.

La figura del mediador concursal no se corresponde ni con la mediación ni forma parte del proceso concursal. El legislador trata de evitar la incoación de más procesos concursales, y esa intención es más que correcta. La mediación tiene mucho que hacer, pero el problema de fondo es que no se ha regulado una verdadera actividad mediadora sino una figura que se asemeja más a la administración concursal⁷⁷.

A nuestro juicio el mediador concursal no es efectivamente concursal, toda vez que su radio de acción se encuentra fuera del concurso (específicamente en el acuerdo extrajudicial de pagos) y se aproxima a éste cuando realiza la solicitud de concurso consecutivo. Y si se incorpora a tal procedimiento, será como administrador concursal, dejando de ser mediador del concurso. Estamos por tanto de acuerdo con las opiniones que señalan que debería designarse a este tercero como “mediador extra-concursal”

⁷⁵ CANDELARIO MACÍAS, M.: *ob. cit.*, pág. 51.

⁷⁶ *El viacrucis del notario*, [versión electrónica – base de datos Aranzadi, bibliografía], Disponible en: www.aranzadidigital.es

⁷⁷ IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M: “La mediación civil y mercantil en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, págs. 208 y 209.

(extra- significa: *fuera de*⁷⁸), es decir, mediador fuera del concurso; su finalidad es evitar éste procedimiento. Además, las diversas normas jurídicas nos derivan a la figura del administrador concursal así como a la de los expertos independientes. Compartimos las razones de considerar al mediador concursal como una figura híbrida (integrada por elementos de distinta naturaleza); de *tertium genus* cuya acepción es «“tercer género”, posición diferente a otras dos contrarias entre sí, que se conocen⁷⁹». Al respecto, CANDELARIO MACÍAS argumenta que la institución que más se le aproxima por sus funciones y por la continua remisión legislativa a su estatuto jurídico (cualidades subjetivas, remuneración, seguro, entre otros) es la de la administración concursal; se aproximan pero no son lo mismo. Se desprende de ello la gran dificultad en fijar la naturaleza jurídica del mediador concursal al extenderse por diferentes ámbitos de actuación y normativos; de ahí que se tenga que acudir a técnicas como la del *tertium genus*, al no poder delinear con nitidez su naturaleza jurídica⁸⁰.

3. ¿EN QUÉ MOMENTO APARECE LA FIGURA DEL MEDIADOR CONCURSAL EN LA NORMATIVA JURÍDICA ESPAÑOLA?

No es hasta la promulgación de la LE cuando se plasma jurídicamente la figura del mediador concursal en España. Para tal fin el apdo. 7 del art. 21 de la indicada ley, añade un Título X a la LC rubricado “El acuerdo extrajudicial de pagos”.

Es de observar, no obstante, que la LRCon ya mencionaba a la mediación, profundizando en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, a fin de completar la protección económica y social de consumidores y familias.

Es menester indicar, a lo que ya nos hemos referido líneas atrás, y conforme así lo indica BRAVO BOSCH que a nivel autonómico el legislador catalán fue el primero en presentar una ley de mediación en el ámbito privado -además de ser pionero en la regulación jurídica de la mediación en el ámbito familiar en España- conforme a las propuestas de la DMCM, adelantándose a la posterior LM⁸¹.

⁷⁸ Cfr. Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Ed. Espasa Libros, S.L.U., Vigésimo tercera edición, edición del Tricentenario, Barcelona, 2014.

⁷⁹ NICOLIELLO NELSON, *Diccionario del latín jurídico*, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pág. 273.

⁸⁰ *El Mediador concursal*, *ob. cit.*, pág. 54.

⁸¹ “La mediación familiar en España en el estado de las autonomías”, *ob. cit.*, pág. 124.

4. ¿POR QUÉ LA NECESIDAD DE UN MEDIADOR CONCURSAL?

A esta altura de nuestro estudio, podemos ya formularnos tal pregunta, e intentar ofrecer una respuesta. La inclusión del mediador concursal en el intrincado ámbito concursal, a nuestro juicio, viene a ser consecuencia de la búsqueda constante de nuevas fórmulas de resolución de conflictos tanto de personas físicas, como jurídicas. Hoy más que nunca aparece la urgente necesidad de preservar las relaciones mercantiles previamente establecidas, así como de intentar salvar el, cada vez más reducido tejido empresarial, generando y hallando soluciones que permitan a las empresas continuar realizando su actividad a través de cauces que permitan una resolución ágil y efectiva de las controversias⁸².

No toda persona puede ser mediador. Ser mediador significa “reunir determinadas características, que hacen que sea una figura, que necesite un plus adicional, de ahí que los mediadores han de tener conocimientos jurídicos, saber negociación, psicología, técnicas de mediación (para facilitar el diálogo), ejercicio del poder (conocerlo y saberlo emplear⁸³)”.

Teniendo en consideración la utilidad de esta figura en los diversos ámbitos antes anotados, las recomendaciones, exhortaciones de diversos organismos internacionales y la experiencia de otros países que han optado por la mediación para la resolución alternativa de las controversias; y, que «una buena mediación dependerá siempre del desempeño de un buen mediador; es decir, de un sujeto con la suficiente inteligencia práctica para “leer” correctamente las diferentes situaciones sociales y para tomar las decisiones adecuadas para cada caso concreto⁸⁴», hemos de concluir lo siguiente. Consideramos que, la adopción de un tercero que ayude a arribar a un acuerdo extrajudicial de pagos, cual es el mediador concursal, es acertado, puesto que éste lleva en su esencia la facultad de armonizar y establecer un orden social, en éste caso el desestructurado por los conflictos entre deudor y acreedores, obteniendo con su cabal desempeño que las relaciones entre ellos se conserven y mantengan en el tiempo en las

⁸² IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M: “La mediación civil y mercantil en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 196.

⁸³ COBAS COBIELLA, M.: “Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación”, en PARDO IRANZO, V. (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 31.

⁸⁴ AGUILÓ REGLA, J.: *El arte de la mediación*, *ob. cit.*, pág. 129.

mejores condiciones posibles (particularmente capital, si tenemos en cuenta lo invocado en el preámbulo de la LE de otorgar una segunda oportunidad a aquellos que han sufrido un fracaso como emprendedores) evitando una posible liquidación de la empresa y logrando la satisfacción de los intereses de ambas partes y alcanzando un resultado que va más allá de un simple acuerdo.

5. ESTATUTO JURÍDICO

El Título III de la LM (arts. 11 al 15), regula el Estatuto del mediador. Este Título conforma la estructura de la figura del mediador concursal, en base a los requisitos y a los principios que allí se establecen, es decir, en que consiste la formación del mediador, su responsabilidad, remuneración, y la publicidad por medio de un Registro determinado dependiente del Ministerio de Justicia. Debemos de tener en cuenta además el RD 980/2013, que amplía ciertas materias.

Dada la naturaleza jurídica del mediador concursal, debemos de acudir en caso de vacío o deficiencia en su regulación, a las normas propias de la administración concursal o al nombramiento de los expertos independientes (art. 233.1 LC).

5.1. Condiciones para ejercer de mediador

La mediación puede ser realizada por cualquier persona, teniendo en cuenta lo que previene la ley.

5.1.1. Ser persona natural que se halle en pleno ejercicio de sus derechos civiles

Es requisito indispensable ser persona natural (art. 11.1 LM). Respecto de las personas jurídicas, aquéllas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra prevista para el ordenamiento jurídico, deberán designar para su ejercicio a una persona natural que cumpla los requisitos previstos en la LM.

Las instituciones de mediación pueden ser públicas o privadas; españolas o extranjeras; y las corporaciones de derecho público que tengan entre sus fines el impulso de la mediación, haciendo factible el acceso y administración de la misma, incluida la designación de mediadores, debiendo garantizar la transparencia en la referida designación. Estas instituciones de mediación no podrán prestar directamente el servicio de mediación, ni tendrán más intervención que la prevista por la ley (art. 5 LM).

Además del requisito de ser persona natural, ésta ha de hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Es decir, el mediador tiene que tener plena capacidad de obrar o, lo que es lo mismo, tener la posibilidad de desarrollar una actuación válida y eficaz desde la perspectiva jurídica en cualquier ámbito posible⁸⁵.

5.1.2. Poseer título oficial universitario o de formación profesional superior

En este punto el art 11.2 LM impone la regla de que el mediador debe poseer título profesional universitario o de formación profesional superior. Esto es un requisito básico en cuanto a la formación del mediador.

5.1.3. Formación específica y continua para ejercer la mediación

Mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas, siendo válida para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional. El art. 7.2 del RD 980/2013 dispone que los centros que impartan formación específica para el ejercicio de la mediación habrán de contar con un profesorado que tenga la requerida especialización en la materia y reúna, al menos, las exigencias de titulación básica para ser mediador; quienes impartan la formación práctica contarán con las condiciones previstas en el aludido RD, para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación.

En la misma línea, el considerando 16 de la DMCM señala que los Estados miembros deben promover por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación, a fin de asegurar la confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad; el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción; y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación.

Ahora bien, por su especificidad, el mediador concursal ha de reunir las condiciones que para cualquier mediador regula la LM, por lo menos las más relevantes. Sin embargo, interesa significar que en esta materia, la preparación jurídica es casi requisito ineludible, y concretamente la formación jurídica en derecho civil, mercantil, de trabajo y tributario ocupa un lugar importante en la mediación concursal, que demanda un profesional que

⁸⁵ GRIMALDOS GARCÍA, M.: “Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación”, en BOLDÓ RODA, Carmen (dir.) y ANDREU MARTÍ, M^a del Mar (coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 50.

tenga formación en derecho, y con profundos conocimientos en la materia específicamente⁸⁶.

La Disposición final octava de la LM, -apartado 2- establece que el Gobierno a iniciativa del Ministerio de Justicia podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir.

El RD 980/2013 contiene los requisitos para ejercer como mediador, precisando que se limita a regular los requisitos mínimos de la formación, sin establecer de forma cerrada la que haya de realizar cada mediador. Estos son:

- a) La teoría y la práctica cuentan como factores primordiales en la formación específica del mediador, esto es, al menos el 35 por ciento de duración mínima de prácticas previstas para la formación del mediador (art. 4).
- b) La duración mínima de formación específica será de cien horas de docencia efectiva (art. 5.1).
- c) Será válida la formación recibida ante instituciones extranjeras siempre que las mismas estuvieran debidamente acreditadas en sus países respectivos; se tendrá en cuenta para completar la duración mínima exigida (art. 5.2).
- d) En lo concerniente a la formación continua de los mediadores, estos deberán realizar una o varias actividades en materia de mediación, de naturaleza eminentemente práctico, al menos cada cinco años, las cuales tendrán una duración total mínima de veinte horas. Cabe indicar que la realización de los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación permitirá cumplir el requisito de la formación continua del mediador (art. 6).

Debemos resaltar finalmente que la formación específica recibida por los mediadores con anterioridad a la entrada en vigor del RD 980/2013 (esto es, antes del 27 de marzo del 2014) será válida, y en su caso se tendrá en cuenta para completar los requisitos de

⁸⁶ COBAS COBIELLA, M.: “Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación”, *ob. cit.*, pág. 42.

formación exigible. Así lo indica expresamente la Disposición adicional primera del citado RD.

5.1.4. Otras condiciones o requisitos

Además de las condiciones antes descritas el mediador concursal deberá cumplir algunas más:

_En primer lugar deberá cumplir con los requisitos exigidos por el art. 233.1 de la LC⁸⁷ y el art. 27 de la LC (condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales).

_Éste requisito contempla la experiencia de cinco años en materia concursal, teniendo que ser abogado, auditor de cuentas, titulado mercantil o economista (tal exigencia es indispensable en el mediador concursal en caso de convertirse éste en administrador concursal como consecuencia de haberse instado el concurso consecutivo).

_En segundo lugar deberá inscribirse en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación como requisito previo para el nombramiento como mediador concursal, de conformidad con el apartado 1 del art. 233 LC, antes descrito. La indicada inscripción sólo es de modo obligatorio para los mediadores concursales.

_En tercer lugar deberá facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar cualquier comunicación o notificación. Se deberá efectuar al aceptar el nombramiento; dicha dirección deberá cumplir las condiciones del art. 29.6 de la LC⁸⁸ (éste artículo es referido a los administradores concursales).

_En cuarto lugar deberá suscribir un seguro o garantía equivalente para cubrir su responsabilidad. Este seguro o garantía debe cubrir la responsabilidad civil derivada

⁸⁷ Establece dicho art., lo siguiente: “El nombramiento de mediador concursal habrá de recaer en la persona natural o jurídica a la que de forma secuencial corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publicará en el portal correspondiente del “Boletín Oficial del Estado”, la cual será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. El mediador concursal deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y, para actuar como administrador concursal, las condiciones previstas en el artículo 27”.

⁸⁸ El precepto indica que: “la dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones”.

de su actuación en los conflictos en que intervenga (art. 11.3 LM). Tiene validez para el ejercicio de la actividad mediadora en cualquier parte del territorio nacional

A fin de otorgar las debidas garantías a las personas que accedan a la mediación, el mediador debe tener contratado un seguro de responsabilidad civil o una garantía equivalente por cuya virtud el asegurador de crédito se obligue, dentro de los límites pactados, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del mediador asegurado de la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados en el ejercicio de su función (art. 26.1 RD 980/2013). Además, debe de contar con el seguro que, como administrador concursal, debe tener con arreglo a lo previsto en el RD 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales⁸⁹ dada la naturaleza jurídica del mediador concursal próxima al administrador concursal, y su función en el proceso consecutivo.

Finalmente el párrafo final de la Disposición final octava de la LM señala que: “reglamentariamente se podrá desarrollar el alcance de la obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil de los mediadores”.

Sobre la dualidad de seguros JAÉN VALLEJO señala que, la preceptividad de este doble seguro para los mediadores concursales es un requisito poco razonable pues realmente la función que éstos desempeñarán en la hipótesis de administrador concursal que se dedica a la mediación concursal es única, como único es también el riesgo cubierto, por lo que puede producirse en éste ámbito una duplicidad perturbadora para el correcto ejercicio de la profesión⁹⁰.

Señalar finalmente que la aceptación de la mediación obliga a los mediadores a cumplir fielmente el encargo, incurriendo si no lo efectuasen así, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren (art. 14 LM).

6. RETRIBUCIÓN

La LE introduce una nueva Disposición adicional a la LC⁹¹, en materia de remuneración de los mediadores concursales en la que se señala que: “Serán de aplicación a la remuneración de los mediadores concursales a los que se refiere la presente Ley las

⁸⁹ BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2013, págs. 105296 – 105311.

⁹⁰ “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, en MARTÍN MOLINA, P, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. y LOPO LÓPEZ, M. (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014. pág. 396 – 397.

⁹¹ Disposición adicional octava LC.

normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales”.

Las reglas para calcular la remuneración del mediador concursal se establecieron en la Disposición adicional segunda del RDLSO⁹².

El párrafo 2 del art. 233.1 LC, precisa que: “...reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal, que deberá fijarse en su acta de nombramiento. En todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación...”.

En los casos en que proceda nombrar administrador concursal al mediador concursal, es decir, aquéllos en los que se declare el concurso consecutivo, éste último no podrá percibir por este concepto más retribución que la que hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial (art. 242.2.2ª LC).

7. NOMBRAMIENTO DEL MEDIADOR CONCURSAL

Una vez solicitado el nombramiento de mediador concursal y cumplidos los requisitos exigidos por Ley; son los registradores mercantiles o notarios del domicilio del deudor; o bien las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (cuando hayan asumido funciones de mediación, conforme a su normativa específica y a la de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación), quienes procederán a efectuarlo. Podrán ser nombrados mediadores concursales la persona natural o jurídica que cumpla con los requisitos establecidos en la Ley siendo primordial que éstas figuren en la lista que se publicará en el portal correspondiente del “Boletín Oficial del Estado”, que será suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (art. 233.1 LC).

⁹² En la que se indica que: “1. La remuneración del mediador concursal se calculará conforme a las siguientes reglas: a) La base de remuneración del mediador concursal se calculará aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. b) Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70% sobre la base de remuneración del apartado anterior. c) Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50% sobre la base de remuneración del apartado 1. d) Si el deudor fuera una sociedad, se aplicará una reducción del 30% sobre la base de remuneración del apartado 1. e) Si se aprobara el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0.25% del activo del deudor. 2. Esta disposición será aplicable hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal”.

El primer párrafo del art. 232.1 LC dispone que “el deudor que pretenda alcanzar con sus acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos solicitará el nombramiento de un mediador concursal”.

El nombramiento del mediador concursal puede efectuarse por:

_ El Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor por medio de instancia que podrá ser cursada telemáticamente, designará en caso de empresarios o entidades inscribibles (art. 232.3 LC). Le corresponde junto al notario el control de la admisión de la solicitud y el nombramiento del mediador concursal que recaerá en persona física o jurídica.

_ El Notario: en caso de deudor persona física no empresario, la designación de mediador concursal correrá a cargo del notario del domicilio del deudor. En caso de haber varios notarios en la ciudad, y no habiendo fijado la ley un criterio de selección, se cursará la instancia al Colegio Notarial⁹³.

_ Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. En caso de personas jurídicas o persona natural empresario, la solicitud también podrá dirigirse a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación; reiteramos que, cuando hayan asumido funciones de mediación conforme a su normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España (segundo párrafo del art. 232.3 LC, concordante con el segundo párrafo del art 5.3 y el art. 21.1.i de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Ley Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación⁹⁴).

_ El Consorcio de Compensación de Seguros. Debemos precisar que en lo atinente al nombramiento de mediador concursal en el ámbito de los seguros, el art. 233.5 LC señala que: “En el caso de entidades aseguradoras, el mediador designado deberá ser el Consorcio de Compensación de Seguros” (precepto introducido por el apdo. uno de la Disposición final quinta de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras⁹⁵) concordante con el art. 189.2 de la citada Ley 20/2015, que indica que: “La administración concursal de una entidad

⁹³ VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “El procedimiento extrajudicial de pagos: propuesta de metodología técnica para su desarrollo, en VÁSQUEZ DE CASTRO, E. (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, C. (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015, pág. 524.

⁹⁴ BOE núm. 80, de 2 de abril de 2014, págs. 27997 - 28019.

⁹⁵ BOE núm. 168, de 15 de julio de 2015, págs. 58455 - 58611.

aseguradora se ejercerá exclusivamente por el Consorcio de Compensación de Seguros. Igualmente, en caso de solicitud de Mediador Concursal conforme a lo previsto en el artículo 5 bis de dicha ley, el nombramiento recaerá en el Consorcio de Compensación de Seguros”.

Además, y en relación con la liquidación de entidades aseguradoras, el último párrafo del art. 14.2 del Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros⁹⁶, dispone que: “Además ejercerá las funciones de mediador concursal cuando así lo solicite una entidad aseguradora conforme a lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”.

Finalmente, debemos de tener en cuenta la Disposición adicional segunda de la LC en la que se establece que en los concursos de entidades aseguradoras se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal. Se considera legislación especial, entre otras, los títulos VI y VII de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, antes citados.

8. PUBLICIDAD Y REGISTRO

El art. 1 del RD 980/2013 tiene como objeto el desarrollo de las disposiciones de la LM, entre otras, la publicidad de los mediadores y de las instituciones de mediación.

Asimismo, la solicitud de inscripción en el Registro comportará el consentimiento para el tratamiento de los datos que se proporcionen y su publicidad (art. 11 RD 980/2013).

La publicidad de los mediadores inscritos en el Registro se articulará a partir de los criterios de su identidad, profesión y su especialidad; área geográfica preferente de actuación profesional; y, en su caso, por su integración en alguna institución de mediación (art. 14.4 RD 980/2013).

⁹⁶ BOE núm. 267, de 5 de noviembre de 2004, págs. 36653 - 36661.

8.1. El Registro Público Concursal

La creación de este Registro (en adelante RPC) fue prevista en el RDL 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal⁹⁷. Con ello se cumple el cometido de la LC de otorgar la publicidad requerida al concurso de acreedores.

El RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal⁹⁸ garantiza la difusión pública de las resoluciones procesales dictadas al amparo de la LC y de los asientos registrales derivados del proceso concursal, así como de los mecanismos de coordinación entre los diversos registros públicos en los que deba contar la declaración del concurso y sus vicisitudes. De igual manera, el régimen de funcionamiento del RPC asegurará la difusión, coordinación y publicidad de las actas, anuncios y resoluciones procesales dictadas al amparo de la LC sobre los acuerdos extrajudiciales, procedimiento de homologación y de los asientos registrales derivados de los mismos (art. 1 del RDRPC).

El auto de declaración de concurso contendrá entre otros, el pronunciamiento de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso (art. 21.1.6º LC). Del mismo modo, las restantes notificaciones, comunicaciones, y trámites del procedimiento, se efectuarán por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de comunicaciones (art. 23 LC).

Aunque si bien es cierto que se pretende seguir incentivando el uso de la mediación, y específicamente en el ámbito concursal, es imprescindible revestir dicha institución de las garantías legales que correspondan para otorgar así seguridad jurídica a aquellos que sometan sus conflictos a mediación. Sobre este particular, COBAS COBIELLA señala que la organización de la impartición de la justicia, y un sistema jurídico que se precie, tiene que partir de ofrecer a los ciudadanos celeridad en sus soluciones, certeza y validez de las mismas, sobre la base de la seguridad jurídica, que constituye un principio del

⁹⁷ BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009, págs. 30367 – 30385.

⁹⁸ BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2013, págs. 95620 – 95629.

Derecho, que encuentra su fundamento en la certeza del derecho, que se fundamenta en dos pilares: la publicidad del derecho y la aplicación del mismo⁹⁹.

Por lo que respecta a la publicidad, IZUEL GASTÓN señala que el legislador aprovechó la urgencia de una reforma de gran envergadura del proceso concursal por la grave crisis económica aparecida el año 2008 para formularse la posibilidad de crear un sistema centralizado de fácil acceso para todos los interesados por medio de internet para el conocimiento de las resoluciones y actos más trascendentes de un concurso¹⁰⁰.

El portal del RPC¹⁰¹ se estructura en tres secciones: sección primera de edictos concursales, sección segunda de publicidad registral de resoluciones concursales y sección tercera de acuerdos extrajudiciales (art. 4 RDRPC). En ésta última sección del RPC se anotarán las resoluciones procesales de apertura de negociaciones y su finalización.

8.2. Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación

La publicidad de los mediadores se efectúa por medio de este Registro, cuya creación viene amparada en virtud de lo dispuesto en el párrafo uno de la Disposición final octava de la LM¹⁰².

Tiene carácter público e informativo y se constituye como una base de datos informatizada accesible, sin coste alguno, a través del sitio web del Ministerio de Justicia¹⁰³, y cuyo fin es el de facilitar el acceso a los ciudadanos a la mediación mediante la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación.

⁹⁹ “Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación”, *ob. cit.*, pág. 18.

¹⁰⁰ “El Registro Público Concursal. Una realidad” en MARTÍN MOLINA, P, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. y LOPO LÓPEZ, M. (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014, pág. 320.

¹⁰¹ Registro Público Concursal, Registradores de España (<https://www.publicidadconcursal.es/concursal-web/>).

¹⁰² En el que se señala que: “El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá prever reglamentariamente los instrumentos que se consideren necesarios para la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en esta ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad. Estos procedimientos podrán incluir la creación de un Registro de Mediadores y de Instituciones de Mediación, dependiente del Ministerio de Justicia y coordinado con los Registros de Mediación de las Comunidades Autónomas, y en el que en atención al incumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley se podrá dar de baja a un mediador”.

¹⁰³ Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación (<http://ww.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/registros/mediadores-instituciones>)

La inscripción en este Registro es de índole voluntaria, excepto para los mediadores concursales, quienes deberán acreditar los requisitos exigidos. Su inscripción previa en la sección segunda del citado Registro hará factible el suministro de sus datos al Portal del BOE para su designación en los procedimientos de acuerdo extrajudicial de pagos, establecidos en el título X de la LC (art. 18.1 del RD 980/2013).

Una vez inscrito el mediador en este Registro, ello le permitirá acreditar su condición de tal, así como el carácter de institución de mediación (art. 12.1 RD 980/2013).

El Registro está compuesto por tres secciones:

1. Sección primera, en la que se inscriben los mediadores personas físicas.
2. Sección segunda, en la que se recoge la inscripción de los mediadores concursales, que pueden ser a su vez: mediadores personas físicas y mediadores personas jurídicas.
3. Sección tercera, en la que se inscriben instituciones de mediación, y por Tanto sólo personas jurídicas.

8.3. Publicidad e inscripción en otros Registros

La declaración de concurso consecutivo, incluida la suspensión de las facultades administrativas y de disposición y el nombramiento de administrador concursal, se ha de inscribir en el Registro Civil.

La certificación o copia del acto de la aceptación de cargo de mediador concursal será remitida a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la hoja registral correspondiente. Asimismo, se remitirá al Registro Civil correspondiente y a los demás registros que corresponda.

CAPÍTULO IV

EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y EL CONCURSO CONSECUTIVO. FUNCIONES DEL MEDIADOR CONCURSAL ¿VULNERACIÓN DE PRINCIPIOS?

1. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS

Como preámbulo del tema a tratar señalamos que, este novedoso procedimiento de avenencia establecido por la LE, denominado “Acuerdo extrajudicial de pagos”, se encuentra regulado en el Título X (arts. 231 al 242 bis LC). Las características más destacables de este procedimiento son: su flexibilidad y la brevedad en los plazos. Junto a las refinanciaciones, conforman lo que se denomina mecanismos alternativos preconcursales.

El acuerdo extrajudicial de pagos tiene como finalidad evitar la declaración de concurso, y por ende muy probable la liquidación del patrimonio de las personas físicas o de las jurídicas; así como, el de mantener las relaciones entre deudor y acreedores, toda vez que, de llegarse a un acuerdo entre las partes en conflicto, éstas seguirán manteniendo el contacto, hasta ver satisfechos sus intereses. El mediador concursal desempeña en este procedimiento, un rol fundamental: las funciones que le ha otorgado el legislador, van incluso más allá de las inherentes a todo mediador ordinario, las cuales señalaremos en el punto tres de este Capítulo.

El legislador apuesta por tanto, por reflotar empresas o economías personales mermadas por la crisis económica, otorgándoles una segunda oportunidad de emprendimiento, regulando para ello en nuestro Ordenamiento jurídico concursal, el citado Acuerdo. Para tal finalidad, hace uso de la institución de la mediación, habiendo comprobado previamente las bondades de la misma en otros ámbitos. Esto no quiere decir que el Estado claudique en uno de sus principales fines, cual es el de administrar justicia, que a lo largo de la historia del mundo civilizado ha funcionado perfectamente; sino más bien, que el Estado moderno hace uso de nuevos mecanismos que van a contribuir a solventar los problemas que vienen suscitándose actualmente a nivel jurisdiccional.

En tal orden de ideas, CASTILLEJO MANZANARES señala que tradicionalmente, el Ordenamiento se sirve para obtener su realización de una “tutela jurídica” y de una “tutela jurisdiccional”. La tutela jurídica tiene referido su ámbito al Derecho, como conjunto de deberes, poderes, derechos subjetivos e intereses, en tanto que, el ámbito de la “tutela jurisdiccional” es menos extenso, es la potestad y función del Estado dirigida a actuar de modo imperativo y coactivo el mandato jurídico de la norma, cuando concurren determinados presupuestos y condiciones y a través del instrumento que para ello el ordenamiento establece: el proceso. La tutela jurisdiccional es un modo de actuar la tutela jurídica. Hay otros instrumentos que sirven también para actuar la tutela jurídica, compatible con el Estado de Derecho, un ámbito de resolución de controversias en el que no tiene que intervenir necesariamente un órgano del Estado. Esto no deslegitima en absoluto la función del Estado y, en concreto, del Poder Judicial para la resolución de conflictos, como potestad derivada de la soberanía del Estado y como servicio público de tutela judicial al ciudadano. Es precisamente en un sistema de este tipo en el que se encuadra la mediación¹⁰⁴.

De distinto parecer a lo expuesto, basándose en el uso que se le da al referido mecanismo, PULGAR EZQUERRA señala que los acuerdos extrajudiciales de pagos tienen su base en el originario modelo francés del *Règlement Amiable* conectado a la figura del “mandatario ad hoc”. Se trata de acuerdos estructurados a través de un expediente registral-notarial sobre la base de la mediación concursal y que han tenido hasta el momento escasa aplicación práctica y se han mantenido en su régimen jurídico sin relevantes modificaciones en las últimas reformas introducidas en el ámbito preconcursal y en un marco más amplio en la Ley Concursal¹⁰⁵.

Sobre la adopción del método de mediación en el concurso, VÁZQUEZ DE CASTRO afirma que el ámbito concursal es uno de los últimos campos en los que la mediación se ha introducido, para aliviar el elevado volumen de casos que los Juzgados de lo Mercantil

¹⁰⁴ “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dirs.) *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2013, pág. 24.

¹⁰⁵ “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, en Diario La Ley, Nº 8391, Sección Doctrina, Año XXXV, Ed. La Ley, 2014. Base de datos Wolters Kluwer LA LEY. Disponible en: <http://revistas.laley.es/>

vienen acumulando como consecuencia de la crisis económica¹⁰⁶. A favor de los métodos alternativos de resolución de conflictos encontramos a quienes afirman que «Los propios poderes públicos tienen un amplio abanico de materias que podrían desahogar su conflictividad jurisdiccional por la vía del arbitraje o la mediación. No estaría mal que la voluntad conciliatoria se muestre también por las Administraciones cuando la materia lo permita, renunciando así a proteger bajo el muro jurisdiccional, siempre dilatorio, intereses y conductas que serían, por su propia materia, arbitrales o conciliables¹⁰⁷». Seguidamente veremos los presupuestos, las características del acuerdo extrajudicial de pagos y las funciones del mediador concursal.

1.1. PRESUPUESTOS

1.1.1. Presupuesto subjetivo

a) Deudor persona natural

La LMSO modificó el art. 231 LC, introduciendo a la persona física como legitimada para acceder al acuerdo extrajudicial de pagos. Tal como es de verse en la Exposición de motivos de la LMSO, su objetivo es el de ofrecer una segunda oportunidad a la persona física, a pesar de haber tenido un fracaso económico empresarial o personal.

b) Deudor persona jurídica, sea o no sociedad de capital, salvo las entidades aseguradoras y reaseguradoras (párrafo final del apartado 5, art. 231 LC).

1.1.2. Presupuesto objetivo: la insolvencia

La insolvencia es un requisito esencial, que va a determinar el acceso al procedimiento extrajudicial de pagos. La insolvencia puede ser actual o inminente, es decir, la primera de ellas se configura cuando el deudor no puede afrontar sus compromisos de pago; y la segunda cuando se vislumbra que el deudor no va a poder asumir los compromisos de pago.

¹⁰⁶ “mediación concursal: nuevos métodos desde la especialidad”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dirs.) *Anuario de mediación y solución de conflictos*, número 2, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2014, pág. 25.

¹⁰⁷ Véase en este sentido, MARTÍ MINGARRO, L.: “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en SÁEZ HIDALGO, I. y DORREGO DE CARLOS, A. (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Ed. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013, pág. 240.

Normativamente, la insolvencia del deudor común, se encuentra contemplada en el art. 2 de la LC¹⁰⁸, que es el presupuesto para proceder a la declaración de concurso.

La ley impide que los deudores hagan uso indiscriminado de este acuerdo extrajudicial de pagos, prohibiendo formular solicitud para acogerse al mismo para aquellas personas que, en los cinco últimos años hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores; hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación; o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores (art. 231.3.2º LC). En este punto VÁZQUEZ DE CASTRO afirma que la insolvencia ha de ser puntual y no persistente, lo que en el fondo supone que se ha diseñado un sistema para cuando, llegado el caso de insolvencia inminente, el deudor llegue a un acuerdo con la parte acreedora mediante la propuesta de acuerdo judicial de pagos¹⁰⁹.

Respecto a la redacción del art. 2 LC, antes citado, ésta genera dudas, como lo indica GALLEGO SÁNCHEZ al afirmar que resulta extraña respecto de las personas jurídicas, debido a que la LE se limita a consignar como presupuesto objetivo la situación de insolvencia, lo que resulta ambiguo sobre si existe una remisión al art. 2 LC en su conjunto, lo que supondría la inclusión, tanto de la insolvencia actual, como de la inminente; o bien si, por el contrario, se ha querido excluir esta última, al no referirse a ella expresamente, como sí se efectúa al tratar de las personas naturales¹¹⁰. Nosotros consideramos que debe de considerarse tal insolvencia en sus dos estadios, la actual y la inminente.

1.2.3. OTROS PRESUPUESTOS

A) Para la persona natural:

1. Estimación inicial del pasivo no superior a cinco millones de euros.

¹⁰⁸ Este precepto establece en cuanto a las dos situaciones de insolvencia del deudor, lo siguiente: "... 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles...3. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones...".

¹⁰⁹ "Introducción. La mediación concursal. ¿la figura de las dos mentiras?, *ob. cit.*, pág. 475.

¹¹⁰ "La mediación concursal en la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización", en VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, C. (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015, pág. 492.

2. Aportar el correspondiente balance, en caso de ser persona física empresaria.

Es preciso resaltar que la LC considera empresarios personas naturales, no solamente aquellos que tuvieran tal condición conforme a la legislación mercantil sino también a aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos (art. 231.1 LC).

B) Para las personas jurídicas (sean o no sociedades de capital) que cumplan además, las condiciones siguientes:

1. En caso de ser declaradas en concurso, éste no hubiere de revestir especial complejidad, de conformidad con el art. 190 LC¹¹¹.

2. Que cuenten con activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo.

1.2. LEGITIMACIÓN

a) El deudor persona física está legitimado para solicitar la designación de mediador concursal y para tramitar el acuerdo extrajudicial de pagos.

b) El deudor persona jurídica, en este caso será el órgano de administración o el liquidador quien está facultado para solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos (art. 232.1 LC).

Pese a lo dicho, conforme lo dispone el art. 231.3 LC, no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos las siguientes personas:

Primero.- Los condenados por sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la

¹¹¹ Este artículo señala que: “1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

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

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

3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica...”.

Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso.

Segundo.- Las personas que dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubieran sido declaradas en concurso de acreedores.

La LMSO modificó el plazo de tres a cinco años el haber logrado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. Previamente se había modificado dicho plazo por RDLSO.

Asimismo, no podrán acceder al acuerdo extrajudicial de pagos quienes se encuentren negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite; conforme así lo dispone el citado art. 231 LC.

Finalmente, no podrán acudir al procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

1.3. Efectos que produce el Acuerdo extrajudicial de pagos

Los efectos principales pueden resumirse en los seis siguientes:

1. Iniciada la apertura del expediente, el deudor podrá continuar con su actividad laboral, empresarial o profesional. Asimismo, desde que se presenta la solicitud, el deudor se abstendrá de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 235.1 LC).

2. En lo que atañe a los acreedores que pudieran verse afectados por el posible acuerdo extrajudicial de pagos, éstos no podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses, y deberán abstenerse de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común (art. 235.2 LC).

3. Durante el plazo de negociación del acuerdo extrajudicial de pagos y respecto a los créditos que pudieran verse afectados por el mismo, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto por el art. 59 (art. 235.3 LC).

4. Los acreedores con garantía personal pueden continuar con su ejecución contra el deudor, siempre que el crédito estuviere vencido (art.235.4 LC).

Además, para los acreedores con garantía real, la afectación por el acuerdo extrajudicial sólo se produce si los acreedores aceptan el acuerdo expresamente. Y de conformidad con lo que establece el art. 238 bis LC, tales acreedores únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubiesen votado a favor del mismo por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía.

5. El deudor que se encontrase negociando un acuerdo extrajudicial no podrá ser declarado en concurso en tanto no transcurra el plazo previsto en el art. 5 bis 5 (art.235.5 LC).

6. Los créditos de derecho público no podrán en ningún caso verse afectados por el acuerdo extrajudicial, aunque gocen de garantía real.

1.4. El procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos

Se encuentra regulado en el citado art. 238 LC, sus principales etapas son las siguientes:

1. Para que el acuerdo extrajudicial de pagos se considere aceptado, serán necesarias las siguientes mayorías, calculadas sobre la totalidad del pasivo que pueda resultar afectado por el acuerdo:

a) si hubiera votado a favor del mismo el 60 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, a quitas no superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, o a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) si hubiera votado a favor del mismo el 75 por ciento del pasivo que pudiera verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso

superior a diez, a quitas superiores al 25 por ciento del importe de los créditos, y a las demás medidas previstas en el artículo 236.

2. Si la propuesta fuera aceptada por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Asimismo, publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal.

3. Si la propuesta no fuera aceptada, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis LC.

4. Los acuerdos extrajudiciales de pagos adoptados por las mayorías y con los requisitos descritos en este Título no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior.

2. EL CONCURSO CONSECUTIVO

Para solicitar la declaración de concurso consecutivo se encuentran legitimadas las siguientes personas: el mediador concursal; el propio deudor; o los acreedores; por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento. Asimismo, tendrá la consideración de concurso consecutivo el que sea consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado (art. 242.1 LC).

La controversia en este tema versa sobre el nombramiento del mediador concursal como administrador concursal, en caso de instarse el proceso consecutivo. Sobre el particular, ya el legislador pretendía modificar el art. 242 LC mediante la separación de las dos figuras concursales antes indicadas. Al respecto, la Enmienda Número 75, del Grupo

Parlamentario Socialista¹¹², al amparo de lo previsto en el art. 107 del Reglamento del Senado, formula la enmienda al Artículo 21. Siete, del proyecto de la LE, de la siguiente forma:

Enmienda de modificación:

Al apartado siete del artículo 21 que incorpora un nuevo Título X a la LC, Propone modificar la regla 1ª del apartado 2 del art. 242 con la siguiente redacción:

Artículo 242

“2. En el concurso consecutivo, salvo el supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación, de conformidad con lo dispuesto en el Título V de esta Ley con las especialidades siguientes:

1.ª Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso a un mediador concursal distinto del anterior, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa.”

Motivaron tal Enmienda en el siguiente argumento: “parece aconsejable la separación de institutos del mediador concursal y el administrador concursal en su caso, en el concurso continuado”.

A nuestro juicio tal razonamiento nos parece acertado toda vez que el mediador concursal desarrolla sus funciones dentro de los parámetros establecidos por la norma jurídica concursal, esto es, dentro del procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos y, cuya última actividad en su calidad de mediador consiste en la presentación de la solicitud del inicio del concurso consecutivo, es decir, sus funciones son de naturaleza extraconcursal de mediación. Era preciso en consecuencia, que continuara con el proceso, o más bien dicho, iniciara el proceso concursal, otra figura, en este caso el Administrador concursal. Además, debemos de tener presente que dejará de regir el principio de confidencialidad

¹¹² Iniciativas legislativas, proyectos y proposiciones de ley: “Proyecto de ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (621/000045)” Congreso de Diputados, Serie A, núm. 52, núm. de Expediente 121/000052, pág. 67. Disponible en:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu10&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG_D_10_228_1724.CODI.%29#

al que está sujeto el mediador concursal, si continua con las funciones de administrador concursal (art. 242.2.2ª LC).

3. FUNCIONES DEL MEDIADOR CONCURSAL EN EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS Y EN EL CONCURSO CONSECUTIVO ¿SE VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE LA MEDIACIÓN?

Dentro del esquema del acuerdo extrajudicial de pagos, el mediador concursal desde su designación como tal, va a desempeñar unas funciones que algunos autores han argumentado que son de dirección –tal como lo hemos comentado anteriormente–; y otros de negociación o de facilitación. Nosotros entendemos que son funciones que engloban tanto las de dirección como las de negociación o facilitación, pero que a pesar de ello, son las partes quienes logran el acuerdo. En relación a lo expuesto «El hecho de que sea el mediador quien guíe y organice el proceso, o la necesaria suscripción del acuerdo en que las partes que desean someterse a mediación asumen unas reglas, no disminuye en modo alguno la autonomía de la voluntad de las partes, sino que sirve de garantía para el buen funcionamiento de la mediación¹¹³».

Seguidamente señalaremos las funciones que realiza el mediador concursal en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos, resaltando posteriormente aquellas en las que supuestamente se vulneran principios de la institución de la mediación.

1. Comprobación de los datos y la documentación aportados por el deudor y la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos.

Es la primera actuación del mediador concursal. Una vez aceptado el cargo, deberá realizarlo en el plazo establecido legalmente, que es de diez días (art. 234.1 LC).

2. Convocatoria de deudor y acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio a una reunión a celebrarse dentro de los dos meses siguientes a la aceptación.

Se encuentran exceptuados de dicha convocatoria los acreedores de derecho público. Hemos de precisar que la Disposición adicional séptima LC, sobre tratamiento de créditos

¹¹³ GARCÍA VILLALUENGA, L.: *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Pág. 726. Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediación.pdf>

de Derecho público, establece en su apartado 1: “Lo dispuesto en el Título X de esta Ley no resultará de aplicación a los créditos de derecho público para cuya gestión recaudatoria resulte de aplicación lo dispuesto en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria o en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

En el mismo plazo de diez días deberá de realizar tal llamamiento. La convocatoria deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar a un acuerdo de pago, así como la identidad de cada uno de los acreedores convocados, precisando la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas.

3. Propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud (art. 236 LC) podrá contener: esperas, quitas, cesiones de bienes o derechos entre otros. Dicho acuerdo deberá remitirse a los acreedores, con el consentimiento del deudor.

La propuesta incluirá tanto un plan de pagos como un plan de viabilidad. El plan de pagos debe detallar los recursos previstos para su cumplimiento.

Además, la propuesta contendrá la proposición de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones y debe incluir, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. Asimismo, se incluirá copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en caso de no satisfacerse en sus plazos de vencimiento.

4. Remisión a los acreedores del plan de pagos y viabilidad final aceptada por el deudor.

5. El mediador concursal solicitará de inmediato la declaración de concurso de acreedores si, antes de transcurrir el plazo mencionado en el apartado 3 de este artículo, decidieran no continuar con la negociación los acreedores que representasen al menos la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo y el deudor se encontrase en situación de insolvencia actual o inminente (art.236.4 LC).

6. Reunión de acreedores (art. 237 LC)

Los convocados deberán asistir a la reunión, salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión. Excepto los que tuvieran constituido a su favor garantía real, los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados¹¹⁴ en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común. Tanto el plan de pagos como el plan de viabilidad podrán ser modificados en la reunión, siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, hayan asistido a la reunión (art. 237 LC).

7. Supervisión del cumplimiento del acuerdo u obligación de instar el concurso en caso de incumplimiento del acuerdo.

8. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el RPC.

9. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso.

Si hay aceptación del acuerdo por los acreedores, se elevará inmediatamente a escritura pública. Se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura de aquellos expedientes abiertos por el registrador mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

Si la propuesta no fuera aceptada, el deudor continuará incurso en insolvencia y el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración del concurso, que aquél acordará también de forma inmediata.

Descritas las funciones del mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos, existe posible controversia con los principios de la mediación. En primer lugar, en relación con su actuación sometida a un procedimiento preestablecido; y en segundo lugar, por lo que respecta a la convocatoria de los acreedores propuesta por el propio

¹¹⁴ Al respecto, véase RODRÍGUEZ CONDE, C.: “El pago de los créditos subordinados. Pagar los créditos subordinados (art.158)”, en RODRÍGUEZ CONDE, C. (coord.) y ESMERATS RAURELL, I., *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014, pág. 691. Este autor señala sobre los créditos subordinados lo siguiente: «son los que ni siquiera tienen voto en el convenio concursal y en liquidación cobran al final de todos».

mediador concursal. Si la función esencial del mediador es la de ayudar a las partes acercar posturas, a fin de sean ellas las que alcancen un acuerdo dialogado; es decir, desempeñar funciones de intermediación o negociación, y no las de proponer soluciones o acuerdos. En consecuencia, las facultades otorgadas por la LC al mediador concursal como son las de proponer un plan de pagos y un plan de viabilidad, o la de proponer una convocatoria de acreedores, exceden de las que todo mediador posee y que son las que otorgan la LM. Consideramos que se vulneran con tal actuar del mediador concursal los principios de voluntariedad, el de libre disposición de las partes, y el de neutralidad; éste último, consiste en que sus actuaciones se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación.

Tal como se ha descrito, las funciones que debe efectuar el mediador concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos se encuentran enmarcadas en un procedimiento que se encuentra previamente establecido o regulado. Se podría decir que se vulnera de este modo el principio de la voluntariedad de las partes, de decidir y acceder libremente a un mecanismo sin reglas preestablecidas. En referencia a este punto, habría que tener en cuenta que «el respeto a la autonomía de las partes es central en todo el proceso de la mediación. La mediación sin respeto a la autonomía –podría decirse nuevamente- no es mediación¹¹⁵». Para JAÉN VALLEJO el mediador concursal no es exactamente un mediador, que se rige, como se señala en la LM, por los principios de voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad, neutralidad y confidencialidad, auxiliando a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, toda vez que, cuando el registrador mercantil o el notario procede a su nombramiento para llevar a cabo la mediación, el mediador concursal designado debe proceder a convocar a los acreedores a una reunión para tratar el acuerdo extrajudicial que él mismo propone a través de un plan de pagos, que el mismo mediador concursal deberá supervisar, instando el concurso ante el juzgado en caso de incumplimiento¹¹⁶.

_ Por lo que respecta al ejercicio del cargo de administrador concursal en el proceso consecutivo, aquí también se plantea un problema. ¿Se vulnera con ello el principio de confidencialidad, al desempeñar el cargo de administrador concursal el antes mediador concursal? A fin de hallar respuesta, en el Libro Verde de la UE de 2002, ya se había vislumbrado el problema de la confidencialidad. En el ámbito de un procedimiento

¹¹⁵ AGUILÓ REGLA, J.: *El arte de la mediación*, *ob. cit.*, pág. 119.

¹¹⁶ “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, *ob.cit.*, pág. 397.

judicial ni el mediador ni otras personas implicadas en un procedimiento de mediación pueden presentar pruebas relacionadas con la información obtenida en ella, excepto cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público del Estado con el fin de garantizar la integridad física de una persona o cuando el contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesario para ejecutar o poner en práctica dicho acuerdo. Además «tanto la LM como la DMCM coinciden en la formulación del principio que consiste en la exoneración general de la obligación de declarar a quienes participan en un procedimiento de mediación sobre ella y coinciden también en que el acuerdo de las partes dispensa del deber de reserva¹¹⁷».

A la vez, debemos de tener presente el art. 242.2.2ª LC. En él se señala que: “...en el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal...” (este art. fue redactado en virtud del número doce del apdo. segundo del art. 1 LMSO). Para CASTILLEJO MANZANARES tanto el procedimiento de mediación como la documentación utilizada en el mismo reviste este carácter. Por tanto, la confidencialidad abarca tanto a las manifestaciones orales como escritas, ya procedan del mediador o de cada parte; a las propuestas; a los términos en que se plantea el conflicto y sus posibles soluciones; y a la discusión y negociación de éstas. Tal obligación es exigible al mediador concursal y se extiende a las partes¹¹⁸.

Es por tanto de gran connotación el tema de la confidencialidad en la mediación, particularmente en la mediación concursal. Es obvio que los deudores que recurren al acuerdo extrajudicial de pagos, lo hacen para preservar su intimidad y con ello evitar que se divulgue la situación económica por la que atraviesan. Ahondando en este punto, parece claro que la mediación es especialmente eficaz en los conflictos en los que hay un gran interés en conservar las relaciones de las partes, así como mantener la confidencialidad sobre las circunstancias de un conflicto o inclusive sobre su existencia¹¹⁹.

¹¹⁷ TORRES LANA, J.: “Principios rectores de la mediación”, *ob. cit.*, pág. 150.

¹¹⁸ “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 32.

¹¹⁹ Véase en este sentido a IGLESIAS CANLE, I. y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M.: “La mediación civil y mercantil en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *ob. cit.*, pág. 196.

Los órganos jurisdiccionales se han pronunciado respecto de la confidencialidad en su STSJM núm. 25/2015 de 25 de marzo¹²⁰. Por lo interesante de esta sentencia, en la que se decreta la nulidad de un laudo arbitral, transcribiremos a continuación su Fundamento de Derecho Segundo. En él el TSJ de Madrid señala que: “Es un hecho acreditado – reconocido por las partes y por el propio árbitro- que éste actuó de mediador en la negociación que desembocó en el contrato de compraventa de 18 de mayo de 2006. Es igualmente inconcuso que, no obstante su condición de mediador, las partes estuvieron de acuerdo en designar a D. (...) como árbitro único, en Derecho, para laudar sobre los incumplimientos del referido contrato –cláusula decimonovena- (...) La parcialidad que se pretende deriva de la negativa del árbitro a deponer como testigo en el procedimiento arbitral que había de resolver: al decir de los demandantes, la negativa del árbitro, con obligación de decir la verdad, ‘aportando su conocimiento de la cuestión’, revelaría esa pretendida parcialidad (...) El árbitro que previamente ha sido mediador, con el perfecto conocimiento y con designación expresa de las partes, difícilmente puede escindir su conocimiento privado de su convicción sobre hechos controvertidos en el ulterior arbitraje. Por esa razón el art. 17.4 de LA parte de la premisa de que quien haya sido mediador, no será árbitro, ‘salvo acuerdo expreso de las partes’, que aquí existe (...).

Por lo demás, ningún indicio de parcialidad se sigue del hecho de que el árbitro se haya negado a deponer como testigo (...). De entrada, hay un precepto legal que ampara su decisión: el art. 7 de la Ley 5/2012, de Mediación, vigente en el momento de sustanciarse el arbitraje, proclama el deber de confidencialidad del mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, y que no está obligado a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje, salvo cuando ambas partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad –extremo aquí no acaecido (...)Y lo que es más importante: resulta contraproducente, contrario a la naturaleza propia del testigo que es tercero ajeno a los sujetos de la relación procesal –*nemine discrepante*-, que un árbitro o un juez intervengan como tales en la causa que están llamados a dirimir (...) Lo que la Sala advierte *a fortiori*, es que, además de inútil, tal declaración testifical comprometería la posición institucional del árbitro (...) No obsta a lo que antecede la circunstancia de que el árbitro haya tenido conocimiento previo del asunto que ha de laudar –lo que, en el ámbito jurisdiccional, es perfectamente subsumible en una causa de

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 25/2015, de 25 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi], JUR 2015\110454. Disponible en: www.aranzadidigital.es

abstención-: ese conocimiento previo derivado de su actuación como mediador, en el caso, está permitido por la ley y ha sido expresamente querido por las partes, por más que no resulte deseable; pero ello no autoriza a trastocar la naturaleza de la posición institucional de independencia e imparcialidad del árbitro, permitiendo que se pronuncie como testigo sobre hechos controvertidos que ha conocido antes y en distinta condición de la que ostenta al emitir su laudo, y que lo haga antes de la propia emisión del laudo, en una suerte de inadmisibles y problemática anticipación del juicio que ha de pronunciar (...).

Por lo demás, la motivación que da el árbitro para rechazar la recusación que le formula (...) es tan exhaustiva como acertada. Destaca la Sala, en este punto, que el árbitro razona la inutilidad de su declaración como testigo ejercida en el ámbito de su potestad de resolver sobre la prueba propuesta; invoca el art. 17.3 LA sin reputar causa indiciaria de parcialidad la negativa a deponer, y arguye por extenso cómo la parte recusante, en su escrito de contestación a la solicitud de arbitraje, afirmó expresamente que `la intervención mediadora del propio árbitro es de capital importancia por el conocimiento directo y primigenio que de la cuestión tiene el propio árbitro´. Y añadían entonces los ahora demandantes: `esta intervención directa y conocimiento que tiene el árbitro, aun pudiendo fundamentar una causa de recusación a juicio de esta parte, en el fondo se toma en criterio preciso para, sin duda, junto con la imparcialidad que no ponemos en cuestión, decidir lo improcedente de la reclamación formulada de contrario´ (...).

En definitiva: esa categórica confianza en la imparcialidad del árbitro, pese a su conocimiento previo del asunto al haber actuado como mediador, expresamente manifestada y acorde con lo que la Ley autoriza, en absoluto puede pretenderse desvirtuada o puesta en entredicho, sin incurrir en temeridad, por el hecho de que el árbitro se niegue a testificar en la causa que ha de resolver (...) No concurre, pues, la infracción del orden público denunciada ni por resultar cuestionable la imparcialidad del árbitro ni por falta de motivación a la hora de resolver al respecto”.

Centrándonos en el tema de la confidencialidad, y para finalizar resulta interesante la reflexión de CASTILLEJO MANZANARES. Esta autora expresa que respecto a la persona del mediador ha de garantizarse a través de que quede vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados; así como que no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio subsiguiente, ni tampoco

como perito. Por lo que respecta a las partes, se les ha de prohibir utilizar en un proceso posterior los hechos reconocidos en el contexto de la mediación. Para ello es preciso que se hayan comprometido firmando al comienzo de las sesiones el documento de consentimiento informado¹²¹.

CAPÍTULO V

BREVES NOTAS DE DERECHO COMPARADO

La Unión Europea trata de fomentar métodos alternativos de resolución de conflictos entre sus países miembros, a fin de facilitar a los ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación de España¹²², viene teniendo un rol fundamental en el impulso y conocimiento de los métodos alternativos de resolución de controversias desde el ámbito de los Tribunales.

ORTUÑO MUÑOZ¹²³ precisa que de manera similar al impulso concedido desde los tribunales a la mediación en los EE. UU. en la década de 1980, en Europa ha ejercido una influencia considerable la asociación internacional *Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación* (GEMME), integrada por jueces y fiscales de catorce Estados de la Unión Europea, quienes conforman un grupo sumamente activo de intercambio de experiencias, logrando favorecer el conocimiento de la metodología y su implantación en diferentes ámbitos.

A nivel Europeo la mediación se precisa en la Recomendación N° R (98)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar¹²⁴ con el fin que se aplique

¹²¹ “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, *ob.cit.*, pág. 33 y 34.

¹²² [Mediacionesjusticia.com](https://mediacionesjusticia.com) es un sitio que brinda información sobre el tema en internet (<https://mediacionesjusticia.com>)

¹²³ “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pág. 33.

¹²⁴ Aprobada por el Consejo de Ministros de 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados de los Ministros. Documento disponible en: europa.eu, *European justice* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804ee220

de forma apropiada a los otros modos de solución de conflictos los principios relativos a la mediación que se establecen en dicha recomendación (núm. VII).

El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil¹²⁵ busca invitar a las partes en conflicto para utilizar la mediación a fin de llegar a un acuerdo. La mediación no se considera como una alternativa a los procedimientos judiciales, sino como una de las modalidades de solución de controversias. Señala que la primordial razón del desarrollo de las ADR se encuentra en las dificultades de acceso a la Justicia a las que se enfrentan muchos países, por la gran cantidad de litigios ante los tribunales, la demora de los procedimientos y, por el incremento de sus gastos.

El referido Libro Verde, fue la culminación del proceso de investigación que desplegó como actividad pre-legislativa la Comisión Europea, que destacó que esta metodología no es ninguna moda, sino que es un instrumento alternativo de resolución de conflictos muy experimentado en la tradición del derecho de los países del *Common Law*¹²⁶. La DMCM, se emite como una de las consecuencias del citado Libro Verde.

En julio de 2004 la Comisión organizó la elaboración de un código de conducta aprobada y adoptada por una gran cantidad de expertos en mediación.

El considerando 2 de la DMCM precisa que: “El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial”.

Una de las características necesarias para la mediación en España es la voluntariedad, es por ello que su obligatoriedad no es intrínseca a ella, caso contrario ocurre en países como Argentina, Alemania o Italia. La DMCM pone énfasis en este sentido a su carácter voluntario, al establecer la posibilidad de invitar a las partes a recurrir a la mediación o a una sesión de información, sin perjuicio que existan legislaciones nacionales que establezcan la obligatoriedad de la mediación o sometida a sanciones, siempre que no incidan sobre el derecho al acceso a la justicia.

¹²⁵ Presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas, en Bruselas, el 19 de abril de 2002 (COM [2002], 196 final). Portal EUR Lex, el acceso al Derecho de la Unión Europea. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52002DC0196>

¹²⁶ ORTUÑO MUÑOZ, P.: “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”, *ob. cit.*, pág. 31.

A continuación veremos brevemente el tratamiento de la institución de mediación en dos de los países de nuestro entorno y en EE. UU.

1. Francia

La mediación tiene gran arraigo en este país, habiéndose implantado con gran éxito y se puede recurrir a ella en todos los ámbitos del Derecho, siempre que no atente contra el orden público. Para acceder a dicho mecanismo de solución de conflictos, debe existir acuerdo previo de las partes.

En lo que respecta a la mediación en el ámbito penal en Francia, ETXEBERRIA GURIDI, citado por GÓMEZ-SEGADE GONZÁLEZ y PÉREZ MARCOS, señala que ésta se inició a través de la regulación del principio de oportunidad que se concede al Fiscal en mérito del artículo 40 del Código de Proceso Penal, que incorporó al ordenamiento procesal en 1993 mediante la Ley núm. 93-2, que introdujo al artículo 41 de dicho cuerpo legal la mención expresa de que la Fiscalía podría recurrir con carácter previo a la mediación “si considera que tal medida es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin a la perturbación causada por la infracción y de contribuir a la resocialización del autor de la infracción”. Este artículo tiene relación con una Nota orientadora sobre la mediación en materia penal, emitida por el Ministerio de Justicia, el 3 de junio de 1992, en la que se detallan los objetivos y líneas básicas de la mediación en materia penal. Actualmente, tanto el artículo 40.1 como el artículo 41 del anotado Código procesal son los que contemplan los denominados “procedimientos alternativos a la persecución” entre los que se menciona expresamente, la mediación penal, la misma que es gratuita para ambas partes en Francia¹²⁷.

Respecto a la promoción de métodos alternativos para la resolución de conflictos en Francia, MARQUES CEBOLA¹²⁸ indica que, el 18 de diciembre de 1998, se promulgó la Ley de Acceso a la Justicia y a la Resolución Amigable de Conflictos, que privilegia las medidas que evitan el acceso a los tribunales, promoviendo la información jurídica y exhortando la creación de otras vías complementarias y alternativas de resolución de

¹²⁷ ETXEBERRIA GURIDI, J., citado por GÓMEZ-SEGADE GONZÁLEZ, E. y PÉREZ MARCOS, E.: “La mediación en el proceso penal español: hacia una realidad más efectiva”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, págs. 196 y 197.

¹²⁸ *La mediación*, Ed. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013, Pág. 47.

controversias. Del mismo modo se adoptaron medidas cuya misión esencial era definir una política de acceso a la justicia y la promoción de nuevos mecanismos de resolución de conflictos. El Gobierno francés con las medidas asume meridianamente que acepta que los medios extrajudiciales de resolución de conflictos deben ser desarrollados y apoyados.

La Ordenanza n° 2011-1540, de 16 noviembre 2011 incorporó al ordenamiento jurídico francés la DMCM. En ella se establece un marco general para la mediación: define y precisa las cualidades que debe reunir el mediador y pone énfasis en el principio de confidencialidad.

Al igual que otros países miembros de la UE, no sólo regula las mediaciones transfronterizas sino también las mediaciones a nivel interno, excepto los litigios surgidos en el marco de un contrato de trabajo, así como en materia de Derecho administrativo real.

Se regula la mediación administrativa para los casos de sobreendeudamiento de las personas naturales no empresarias (art. L.330-1 y siguientes del Código de Consumo Francés), así como la conciliación prevista como mecanismo de mediación intra-procesal para deudores empresarios que hayan cesado en el cumplimiento de sus pagos.

En lo concerniente al ámbito civil, la mediación está contemplada en el *Code de procédure civile* (Código de procedimiento civil, arts. 131-1 al 131-15 del Título VI bis). Se precisa que se puede llevar a cabo por un tercero, denominado mediador, dentro del mismo proceso, a instancia del juez, quien posee facultades para dictar medidas que pongan fin a la mediación.

La Federación Nacional de Centros de Mediación adoptó, en marzo de 2008, un código deontológico, basado en el Código de conducta europeo para los mediadores.

El Derecho positivo francés no exige ninguna formación especial para ejercer la mediación, salvo en materia familiar. La mediación extrajudicial o judicial es de pago para las personas que recurren a este modo alternativo de solución de litigios. Asimismo, en los casos de mediación extrajudicial, el art. 1565 del Código de Procedimiento Civil prevé que al objeto de conferir fuerza ejecutiva al acuerdo alcanzado por las partes, éste puede ser sometido a homologación por el juez competente para conocer del tipo de litigio de que se trate.

El Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de París¹²⁹, es uno de los centros de gestión más importantes de Europa en la resolución de disputas comerciales, ofrece a los negocios a un costo razonable, soluciones eficaces para resolver sus controversias. Tiene competencia para resolver los conflictos nacionales e internacionales y, es nombrado regularmente por los tribunales como un mediador judicial, a iniciativa del juez o a petición de las partes.

2. Italia

Son los organismos de mediación, públicos o privados inscritos en el registro de organismos de mediación y supervisados por el Ministerio de Justicia, los encargados de la actividad de mediación. Se puede recurrir a ellos para la resolución extrajudicial de todos los conflictos en materia civil y mercantil relativos a los derechos disponibles.

En Italia, la disciplina de la mediación dirigida a la conciliación de las controversias civiles y mercantiles del Decreto Legislativo núm. 28, de 4 de marzo de 2010, en consonancia con la DMCM, tuvo el objetivo de reducir la cantidad de causas judiciales, regulándola inicialmente como una “mediación obligatoria”. Se establecía como requisito de admisibilidad en determinados casos y previo en caso de acceder a los tribunales o a otro procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos.

Así pues, al haberse producido un exceso de los límites de la delegación legislativa contenida en la Ley 69/2009, ésta ha sido eliminada por la Corte Constitucional (6 de diciembre de 2012, n. 272, que declaró la ilegitimidad constitucional de las normas del Decreto relativas al art. 5). Tal declaración estriba en el aspecto formal del exceso de la delegación y no respecto de una valoración negativa de la naturaleza obligatoria de la mediación. El legislador de 2013 restablece la mediación obligatoria, antes suprimida por la Corte Constitucional, con la novedad precisamente en el art. 5.1 *bis* del Decreto establecido, que la mediación es condición de procedibilidad de la demanda judicial, para las materias que se indican en el citado precepto¹³⁰.

¹²⁹ Información disponible en:

<http://aryme.com/instituciones-adr/89/centro-de-mediacion-y-arbitraje-de-la-camara-de-comercio-de-paris> (consultado por última vez el 23 de mayo de 2016).

¹³⁰ CAVUOTO, ENNIO: “La nueva mediación obligatoria en Italia”, en IGLESIAS CANLE, I. (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 300 y 301.

Poco tiempo después de haberse introducido la obligación de mediar en una amplia gama de materias, ha considerado meramente facultativo el recurso a la conciliación en las controversias del ámbito laboral.

El citado Decreto Legislativo 28/2010 fue modificado en su art. 5 por la Ley núm. 98 de 9 de agosto de 2013 (de conversión del Decreto Ley 21 de junio de 2013, n. 69, c.d. «*decreto del fare*¹³¹») con fecha de entrada en vigor el 21 de septiembre de 2013, en la que se establece la obligatoriedad de la mediación, es una adaptación de la normativa europea al ordenamiento jurídico italiano.

A este respecto CAVUOTO¹³² señala que la delegación contenida en el art. 60 de la ley de 18 de junio de 2009, n. 69 impone al gobierno italiano que la mediación sea regulada en la medida que no precluya el acceso a la justicia. Lo correcto sería la emisión de un procedimiento conciliativo, es decir, facultativo para las partes. Sin embargo, el legislador del 2010 luego de haber previsto una facultad general de acceso a la mediación para la totalidad de las controversias civiles y mercantiles relacionadas a derechos disponibles (art. 2 del Decreto Legislativo 28/2010), ha establecido la mediación obligatoria en un gran número de controversias civiles.

3. Estados Unidos

La práctica de la mediación es el antecedente directo del “movimiento ADR” en los EE. UU., y tiene su origen en las costumbres de los grupos religiosos estrechamente unidos en las colonias americanas, tales como los cuáqueros, los inmigrantes holandeses de New Amsterdam, los judíos del East Side de Manhattan, o los escandinavos de Minnesota, quienes compartían en común la resolución de sus diferencias dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su iglesia o de los ancianos. Con posterioridad, las asociaciones comerciales de determinados sectores industriales establecieron sus propios canales privados de resolución de diferencias, y en 1768, la

¹³¹ El Decreto-Ley de 21 de junio de 2013 (denominado “*decreto del fare*”, convertido en Ley de 9 de agosto de 2013 núm. 98) restauró el proceso de mediación como condición de admisibilidad de la demanda respecto de las cuestiones enumeradas en el art. 5, apdo. 1, del Decreto Legislativo núm. 28/2010. Información disponible en: <http://alenmediagroup.blogspot.com.es/2013/06/italia-mediacion-y-lentejas.html>

¹³² *Ibidem*, pág. 300.

Cámara de Comercio de Nueva York crea su propia vía arbitral de resolución de controversias basadas en los usos comerciales más que en los principios legales¹³³.

En éste país se encuentra consolidado el uso de los ADR debido a la lentitud de la tramitación de los procesos por parte del aparato judicial, además, de que el acceso a la justicia conlleva un elevado coste económico.

La mediación aparece en los años sesenta y setenta como una institución reglada, y como desazón mostrada por la población norteamericana por el empleo exclusivo y excluyente de métodos jurisdiccionales. Luego fue extendiéndose a Canadá e Inglaterra durante el período de los años ochenta, para finalmente extenderse al resto de Europa en los noventa.

Sobre la mediación como institución, ORTIZ PRADILLO señala que: «La institucionalización de dicha técnica de resolución de controversias se atribuye a la Universidad de Harvard, en cuyo seno surge en la década de los setenta una corriente de pensamiento denominado *Critical Legal Studies*, que cuestiona el sistema judicial americano¹³⁴».

La práctica profesional de la mediación en el ámbito del sector privado apenas tiene regulación del Estado y no está sujeta a licencia alguna. Lo contrario sucede en la práctica de la mediación en ciertas áreas sostenidas con dinero público. Cada Estado cuenta con una lista en la que ingresan quienes cumplen los criterios preestablecidos, tales como: horas de formación y de prácticas y pertenencia a una organización cuyo fin sea la resolución alternativa de conflictos¹³⁵.

La regulación de la mediación en los EE. UU. cambia de un Estado a otro: “...las áreas del derecho en que la mediación se ofrece varían de Estado en Estado. Por ejemplo, algunos Estados ofrecen servicios de mediación en casos de familia y civil pero no en casos penales; otros Estados ofrecen servicios de mediación a víctimas de violencia de doméstica y otros han optado por no ofrecer estos servicios...¹³⁶”.

¹³³ ORTIZ PRADILLO, J.: “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, *ob. cit.*, págs. 71 y 72.

¹³⁴ “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, *ob. cit.*, pág. 72.

¹³⁵ BOQUÉ TORREMORELL, M.: “La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013, pág. 51.

¹³⁶ FONT GUZMAN, J.: “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, pág. 310.

En Nueva York, el gobierno cuenta con un servicio *on line*, con información abundante sobre la mediación, y el Poder Judicial de dicho Estado tiene una página en internet en la que se ofrecen servicios alternativos de solución de conflictos como mediación, arbitraje y *collaborative law*.

En otros Estados como Columbia, los centros de Resolución de Conflictos se han transformado en lo que denominan Palacio de Justicia de Puertas Múltiples (*the multi-door courthouse*), en los que se ofrecen múltiples alternativas de resolución de conflictos y programas.

CONCLUSIONES

Primera.- Desde sus orígenes, el ser humano ha buscado diversas formas de resolver sus conflictos, pasando de la autotutela a los métodos autocompositivos y los mecanismos heterocompositivos. Los mecanismos de resolución de conflictos, como método paralelo al jurisdiccional, hacen su aparición, para tratar de remediar la encrucijada por la que atravesaba la justicia en España. Sus características más relevantes son la flexibilidad, el menor coste -comparado al judicial-, y los plazos de procedimiento, que son más cortos. La mediación viene siendo utilizada con éxito, especialmente en el ámbito familiar -con muy buena aceptación-, y asimismo se viene utilizando en los ámbitos civil y penal (por ahora aplicada únicamente a la justicia de menores, y en el ámbito de la reparación civil, para la justicia en adultos; denominada: “justicia restaurativa”). En el Derecho comparado se pueden apreciar los beneficios de su uso, en especial la mediación, por países de nuestro entorno, así como en los EE. UU. Definido como un mecanismo autocompositivo de resolución de controversias, en el que las partes son las que deciden ponerse de acuerdo para llegar a una solución, y en el que la figura del mediador concursal, como tercero independiente e imparcial desempeña un rol fundamental para lograr ese consenso, sin imponer soluciones.

Segunda.- Los Organismos europeos, en la búsqueda de facilitar un espacio de libertad, seguridad y justicia, dictan Recomendaciones y Directivas, exhortando y disponiendo que sus Estados miembros adopten la mediación, como método alternativo en los conflictos transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles. Se efectúan las transposiciones de obligado cumplimiento y se aprovecha la oportunidad para regular la institución de la mediación a nivel jurídico interno de cada uno de los países.

Tercera.- La situación actual de los Juzgados de lo Mercantil en nuestro país es seriamente preocupante, en la medida en que se encuentran desbordados de trabajo, con la consiguiente dilación a la hora de resolver los asuntos de la competencia. El Gobierno español promulga multitud de normas para mejorar la situación económica de las personas físicas y familias con dificultades para satisfacer y cumplir con sus obligaciones;

y a nivel empresarial, para evitar la liquidación de las empresas. Se regula un procedimiento denominado “Acuerdo extrajudicial de pagos”, destacándose en éste al mediador concursal (o mediador extra-concursal). Para tal cometido, el legislador apuesta por la mediación concursal, con la finalidad de evitar la liquidación de empresas; mantener las relaciones entre deudor y acreedores; y alcanzar el consenso intentando hallar una solución a las controversias.

Cuarta.- Mediante la introducción de la figura del mediador en el ámbito concursal se pretende lograr alcanzar un acuerdo de manera pacífica y acercar posturas contrapuestas, ya que las relaciones entre deudor y acreedores, hasta el momento de recurrir al acuerdo extrajudicial de pagos, se encuentran deterioradas.

Su naturaleza jurídica, es la de un órgano externo al proceso concursal, que comparte funciones tanto del administrador concursal –al que más se acerca- y al del experto independiente cuyo campo de acción es la refinanciación de la empresa.

A nuestro juicio, el éxito de este mediador concursal dependerá de su formación rigurosa y adecuada: tanto de la formación específica (tener un conocimiento certero y amplio en el ámbito concursal), como de la formación continua, dada su posible posterior intervención en el concurso consecutivo, como administrador concursal.

Quinta.- La Constitución Española consagra en su art. 24, el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, por ende, la administración de justicia ha de garantizarlas, y para lograr tal cometido, debe de hacerlas eficaces, accesibles, rápidas, asegurando su adecuada defensa. En tal sentido, la mediación no pretende sustraer al Orden Jurisdiccional de su esencial función de otorgar justicia a los ciudadanos, de su esencial servicio, de juzgar y hacer efectivo lo juzgado; lo que pretende es coadyuvar en la labor de encontrar soluciones a las discrepancias, de desentrañar entre las posturas de las partes sus verdaderos intereses.

Sexta.- Los Principios informadores, como lo son la voluntariedad y libre disposición; la igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; la neutralidad; y la confidencialidad, son la base fundamental de toda mediación. Su pervivencia dependerá del cumplimiento de tales principios; su vulneración desvirtuará su esencia.

Séptima.- Finalmente, no podemos negar las bondades que ofrecen los métodos alternativos de solución de controversias, en especial la mediación. Sin embargo, a pesar

de ello, hemos podido comprobar que existen determinadas actuaciones del mediador concursal que se contraponen a las funciones del mediador común, y que vulneran los principios de la institución de la mediación –pilares fundamentales sobre los que se edifica la estructura de toda mediación-. Queda en consecuencia, que se reestructuren y redefinan las funciones del mediador concursal y se cohonesten con los principios informadores de la institución de la mediación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, Josep: *El arte de la mediación*, Ed. Trotta, Madrid, 2015.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: *Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1947.

ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación electrónica*, Ed. Reus S.A., Madrid 2013, pág. 167.

ANGUITA RÍOS, Rosa María: *El viacrucis del notario*, [versión electrónica – base de datos Aranzadi, bibliografía], Disponible en: www.aranzadidigital.es

BELLOSO MARTÍN, NURIA: *Una propuesta de Código ético de los mediadores*. Disponible en: <http://www.uv.es/cefd/15/belloso.pdf>

BLANCO CARRASCO, Marta: “Mediaciones excluidas del ámbito de aplicación de la Ley”, en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y ROGEL VIDE, Carlos (dirs.), FERNÁNDEZ CANALES, Carmen (coord.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Ed. Reus S.A., Madrid, 2012.

BOLDÓ RODA, Carmen: “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en BOLDÓ RODA, Carmen (dir.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

BOQUÉ TORREMORELL, María Carme: “La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador”, en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.) y TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

BRAVO BOSCH, María José: “La mediación familiar en España en el estado de las autonomías”, en IGLESIAS CANLE, Inés (dir.), *La mediación en las controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CASTILLEJO MANZANARES, R.: “La mediación intrajudicial en asuntos civiles y mercantiles”, en GARCÍA VILLALUENGA, L. y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dirs.) *Anuario de mediación y solución de conflictos*, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2013

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel: *El Mediador concursal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CAVUOTO, ENNIO: “La nueva mediación obligatoria en Italia”, en IGLESIAS CANLE, Inés (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

COBAS COBIELLA, María Elena: “Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación”, en PARDO IRANZO, Virginia (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CUENA CASAS, MATILDE: *Fresh start y mercado crediticio*, InDret Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, 2011, pág. 5. Disponible en:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/247092/330974>

DE LAS HERAS GARCÍA, María: *Algunas cuestiones sobre el fresh money y la refinanciación de la deuda*, V/lex España, pág. 18. Disponible en:

<http://app.vlex.com/#vid/519433242>

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, citado por GÓMEZ-SEGADE GONZÁLEZ, Elena y PÉREZ MARCOS, Esther: “La mediación en el proceso penal español: hacia una realidad más efectiva”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.) y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ CARRON, Clara: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: “Prevención de la insolvencia y *fresh money*. Modelos comparados y propuestas de reforma”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal. Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 15/2011.

FONT GUZMAN, Jacqueline: “Programas de derivación judicial en Estados Unidos”, en SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, actualizado por VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, “La mediación concursal en la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, Carmen (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Ed. Reus, Madrid, 2006, págs. 253 y 254.

_ *La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Pág. 726. Disponible en:

<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/Anteproyectoleymediación.pdf>

_ “Principios generales de la mediación”, en VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, Carmen (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015.

GARRIDO ARREDONDO, José: “Mediación y mediadores en el tráfico jurídico romano”. Revista: Anuario de historia del derecho español, Nº 72, 2012, págs. 399-428. Recuperado de: DIALNET, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/301683.pdf>

GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: “Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación”, en BOLDÓ RODA, Carmen (dir.) y ANDREU MARTÍ, M^a del Mar (coord.), *La mediación en asuntos mercantiles*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 50.

IGLESIAS CANLE, Inés y LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes: “La mediación civil y mercantil en España tras la ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles”, en IGLESIAS CANLE, Inés (dir.), *La mediación en las*

controversias civiles y mercantiles. Guía para la práctica de la mediación civil y mercantil en España y en Italia, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

IZUEL GASTÓN, José Antonio: “El Registro Público Concursal. Una realidad” en MARTÍN MOLINA, Pedro, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José y LOPO LÓPEZ, María Antonia (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014.

JAÉN VALLEJO, Manuel: “Nuevos sistemas de resolución de conflictos: La mediación”, en MARTÍN MOLINA, Pedro, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José y LOPO LÓPEZ, María Antonia (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014.

LUQUIN BERGARECHE, Raquel: “Los principios de la mediación”, en HUALDE MANSO, Teresa (dir.), *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y España*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

MARQUES CEBOLA, Cátia: *La mediación*, Ed. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2013.

MARTÍ MINGARRO, Luis: “La mediación civil y mercantil en la nueva Ley 5/2012, de 6 de julio”, en SÁEZ HIDALGO, Ignacio y DORREGO DE CARLOS, Alberto (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Ed. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013.

MARTÍN MOLINA, Pedro, DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, José y LOPO LÓPEZ, María Antonia (coords.), *La Ley concursal y la mediación concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas*, Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2014.

MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco: *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Ed. El Derecho y Quantor, S.L., Madrid, 2009.

MONTERO AROCA, Juan: “Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación”, en PARDO IRANZO, Virginia (dir.), *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MORENO CATENA, Víctor: “La resolución jurídica de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, Helena (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*”, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

NICOLIELLO NELSON, *Diccionario del latín jurídico*, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: “La mediación como método de solución de conflictos en el estado de las autonomías”, en IGLESIAS CANLE, Inés (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

ORTIZ HERNÁNDEZ, Arturo: *La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias*, Diario jurídico.com – Derecho y Noticias Jurídicas – <http://www.diariojuridico.com>, 2013, Disponible en línea: <http://www.mediacion.icav.es/archivos/contenido/504.pdf>

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “La mediación en el proceso de modernización de la justicia”, en CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (dir.) y TORRADO TARRÍO, Cristina (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, Ed. La Ley, Madrid, 2013.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente: “Aspectos procesales de la mediación en asuntos civiles y mercantiles” en SOLETO MUÑOZ, Helena. (dir.), *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

PULGAR EZQUERRA, Juana: “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, en Diario La Ley, N° 8391, Sección Doctrina, Año XXXV, Ed. La Ley, 2014. Base de datos Wolters Kluwer LA LEY. Disponible en: <http://revistas.laley.es/>

RODRÍGUEZ CONDE, Carlos: “El pago de los créditos subordinados. Pagar los créditos subordinados (art.158)”, en RODRÍGUEZ CONDE, Carlos (coord.) y ESMERATS RAURELL, Inmaculada, *Administración concursal, mediación y acuerdo extrajudicial de pagos*, Ed. Bosch, Barcelona, 2014.

RODRÍGUEZ LLAMAS, Sonia: *La mediación familiar en España. Fundamento, concepto y modelos jurídicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 54 y 55.

SÁEZ HIDALGO, Ignacio y DORREGO DE CARLOS, Alberto (dirs.), *Arbitraje y mediación. Problemas actuales, retos y oportunidades*, Ed. Thomson Reuters Lex Nova, Valladolid, 2013.

SILVA FERNÁNDEZ, Carmen: “La mediación social, una breve aproximación”, en IGLESIAS CANLE, Inés (coord.), *Mediación, justicia y Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

SOSPEDRA NAVAS, Francisco José: *Mediación y arbitraje. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos*, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2014.

TORRES LANA, José Ángel: “Principios rectores de la mediación”, en LÓPEZ SIMÓ, Francisco y GARAU SOBRINO, Federico (coords.) *Mediación en materia civil y mercantil*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo: “mediación concursal: nuevos métodos desde la especialidad”, en GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dirs.) *Anuario de mediación y solución de conflictos*, número 2, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2014.

_ “El procedimiento extrajudicial de pagos: propuesta de metodología técnica para su desarrollo, en VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, Carmen (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015.

_ “Introducción. La mediación concursal. ¿la figura de las dos mentiras?, en VÁSQUEZ DE CASTRO, Eduardo (dir.) y FERNÁNDEZ CANALES, Carmen (coord.), *Practicum mediación 2016*, Ed. Aranzadi, S.A., Navarra, 2015.

Otro texto:

- Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, Ed. Espasa Libros, S.L.U., Vigésimo tercera edición, edición del Tricentenario, Barcelona, 2014.

JURISPRUDENCIA

1. STSJ de Cataluña núm. 72/2013 de 9 de diciembre.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 72/2013, de 9 de diciembre, RJ 2013\8311 [versión electrónica – base de datos Aranzadi] Disponible en: www.aranzadidigital.es

2. AAP de Barcelona núm. 148/2014, de 25 de noviembre.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15ª) núm. 148/2014, 21 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi] JUR 2015\190474. Disponible en: www.aranzadidigital.es

3. SAP de Barcelona (sección 12ª) núm. 132/2007, 21 de febrero.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 132/2007, 21 de febrero [versión electrónica – base de datos Aranzadi] JUR\2007\204550. Disponible en: www.aranzadidigital.es

4. STSJM núm. 25/2015 de 25 de marzo

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) núm. 25/2015, de 25 de marzo [versión electrónica – base de datos Aranzadi], JUR 2015\110454. Disponible en: www.aranzadidigital.es

