

© Copyright 2019, vLex. Todos los Derechos Reservados.
Copia exclusivamente para uso personal. Se prohíbe su distribución o reproducción.

La mediación concursal

Revista Consumo y Empresa - Núm. 10, Mayo 2019

Autor: Alvaro Sendra Albiñana

Cargo: Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Mercantil. Universitat Jaume I de Castelló. Abogado

Páginas: 17-39

Id. vLex: VLEX-781608497

Link: <http://vlex.com/vid/mediacion-concursal-781608497>

Resumen

La actual regulación establecida en nuestra ley concursal recoge una institución relativamente novedosa. El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho o liberación de deudas, permite a los deudores de buena fe quedar liberados del pago de ciertas deudas tras la liquidación de su patrimonio a través de la tramitación de un concurso de acreedores. Entre las circunstancias exigidas para la cumplimentación del requisito de buena fe se establece la tramitación de un acuerdo extrajudicial de pagos, configurado éste como un instituto preconcursal que, pese a diferir en mucho de los principios de la mediación concursal, viene a ser identificado con ésta de forma general. El presente trabajo trata de analizar, siquiera someramente, las limitaciones y diferencias existentes entre el referido acuerdo extrajudicial de pagos y la mediación, analizando al tiempo a su máximo protagonista, el mediador concursal. **ABSTRACT:** The current regulation established in our bankruptcy law includes a relatively new institution. The benefit of exemption from unfulfilled liabilities or debt relief allows debtors in good faith to be released from the payment of certain debts after the liquidation of their assets through the processing of an insolvency proceeding. Among the circumstances required for the fulfillment of the requirement of good faith is established the processing of an out-of-court payment agreement, configured as a pre-bankruptcy institute that, despite differing greatly from the principles of bankruptcy mediation, is identified with this generally. The present work tries to analyze, even briefly, the limitations and differences between the aforementioned extrajudicial payment agreement and mediation, analyzing at the same time its main protagonist, the bankruptcy mediator. **PALABRAS CLAVE:** Acuerdo extrajudicial de pagos, mediación concursal, requisitos, diferencias sustanciales, limitaciones, mediador concursal, beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, deudores de buena fe, institutos preconcursales, acreedores, concurso. **KEYWORDS:** Extrajudicial settlement of payments, insolvency mediation, requirements, substantial differences, limitations, insolvency mediator, unsatisfied liability exemption, bona fide debtors, pre-bankruptcy institutes, creditors, competition.

Texto

Contenidos

- [I Introducción.](#)
- [II La mediación en el ámbito concursal - Concepto y aproximación a su naturaleza jurídica.](#)
- [III Las restricciones a la mediación concursal.](#)
 - [a\) Las restricciones subjetivas.](#)
 - [b\) Las restricciones objetivas.](#)
- [IV El mediador concursal.](#)
 - [a\) Requisitos, designación, retribución y responsabilidad.](#)
 - [b\) Funciones.](#)
- [V La nula eficacia de la regulación establecida para la mediación concursal.](#)
- [VI Conclusiones.](#)

I Introducción

La formulación del acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP) como requisito de necesario cumplimiento para optar a la tramitación de la solicitud de beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (en adelante BEPI), es cuestión que ha superado las primeras dudas interpretativas derivadas de la dicción literal de la norma puestas de manifiesto por determinado sector doctrinal¹. Así, con carácter general se entiende hoy en día que el requisito de formulación previo de un AEP resulta condición *sine qua non* para optar a la obtención del BEPI o liberación de deudas residuales sin que, someterse o no al cumplimiento de tal requisito cuando se ostenten las condiciones para ello, sea cuestión que pueda quedar a la voluntad del deudor que pretende obtener el BEPI².

La norma establece para tener por cumplimentado el requisito dos actuaciones diferenciadas y alternativas, identificadas como “*haber celebrado*” o “*intentado celebrar*” un AEP. En cuanto a la acción consistente en “*haber celebrado*”, se entiende que hace referencia a la aprobación de un AEP que incluso pudo llegar a formalizarse, aun cuando después resultase frustrado por las cuestiones que fueren (normalmente nulidades derivadas de impugnaciones o incumplimientos del propio acuerdo alcanzado). El requisito queda completado, por tanto, pese a la ineficacia sobrevinida del AEP.

La segunda acción a que hacíamos referencia, esto es, “*el intento de celebración*” del AEP requiere una cierta seriedad en los planteamientos³, debiendo tenerse por intentando -y en consecuencia cumplido el requisito-, únicamente cuando se aporta toda la documentación para ello y se evacuan los requisitos de subsanación de documentación que se le puedan realizar al deudor⁴.

Sea como fuere, no parece forzoso concluir que la formulación de un AEP y la solicitud de designación de un mediador concursal, sobre todo tras la formulación del

[Real Decreto Ley 1/2015⁵](#) de 28 de Febrero, convalidado posteriormente mediante la [Ley 25/2015⁶](#), ha venido a adquirir una gran importancia y protagonismo en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto en cuanto resulta necesario acudir a tal “*mediación concursal*”, para la obtención de un beneficio primordial para el deudor de buena fe, cual es la exoneración de deudas residuales tras la liquidación de su patrimonio.

El presente trabajo analiza, someramente, la denominada “*mediación concursal*”, dada la gran importancia adquirida por la misma en nuestro panorama jurídico como consecuencia de las circunstancias reguladas en el [artículo 178 bis Ley Concursal](#) (en adelante LC).

II La mediación en el ámbito concursal - Concepto y aproximación a su naturaleza jurídica

El AEP consiste, esencialmente, en que un concreto deudor inste el inicio de un trámite⁷, a través del cual, superados determinados aspectos y aportada cierta documentación, se procederá a la convocatoria de una reunión a mantener entre el instante-deudor y parte de sus acreedores, iniciándose una negociación con el objetivo de alcanzar un acuerdo entre las partes afectadas que permita proceder a la reestructuración de la deuda mediante el establecimiento de un plan de pagos⁸.

Introducido a través del título X de la LC mediante la promulgación de la LEI⁹, el AEP resultó modificado por el R.D-L 1/2015 y [Ley 25/2015¹⁰](#).

Como en otros sistemas de derecho comparado, el AEP se configura como un trámite extra-judicial de mediación previo a la declaración de concurso¹¹, establecido a fin de que el deudor se vea posibilitado para reestructurar sus deudas a través de la obtención de quitas y esperas concertadas con sus acreedores. Al tiempo, resulta posible instrumentar cesiones o daciones en pago de elementos patrimoniales del deudor y soluciones análogas.

Por otro lado, la mediación viene a definirse, en esencia, como un método de solución de controversias basado en la autocomposición, por cuanto, el tercero mediador no impone coactivamente la solución del conflicto a las partes como ocurre en los métodos heterocompositivos –la jurisdicción o el arbitraje–, sino que se limita a aproximar las posiciones de las partes¹². En congruencia con ello, se ha puesto el acento en el hecho de que la mediación “*involucra a un tercero no a título de juez o árbitro sino como medio para el acercamiento de las partes*”.¹³

A medio camino entre la “*mediación pura*”¹⁴ y la “*situación concursal*”, se mantiene que la regulación del AEP se estructura como una forma de negociación preventivamente utilizada como vía para evitar la declaración de concurso, habiéndose optado por un modelo proactivo, en el que el mediador desempeña un papel fundamental en la consecución del acuerdo –con ciertas limitaciones como posteriormente se verá–.

En todo caso, es comúnmente aceptado que no nos encontramos ante una mediación propiamente dicha, en tanto en cuanto, entre otras cuestiones, no constan dos requisitos básicos que caracterizan a ésta, como la confidencialidad y la voluntariedad.¹⁵

No obstante reconocer la existencia de diferencias notables con la mediación común, tales como la referida quiebra de los principios de voluntariedad, libre disposición y confidencialidad, se ha venido a sostener que en el AEP se encuentra presente la esencia de la mediación, en tanto en cuanto sirve para que las partes en conflicto arreglen sus diferencias sobre el pago de las deudas debidas.¹⁶

Sin embargo, algunos autores se manifiestan de forma rotunda y contraria a la identificación del AEP y la mediación¹⁷. Desde otro punto de vista, para alguna autora la institución merece la calificación de concursal dado que tiene en la insolvencia actual o inminente su presupuesto objetivo, además de su naturaleza universal al suponer la concurrencia de todos los acreedores –esta afirmación requiere matices como se verá-.

La “mediación concursal” forma parte de los llamados “institutos preconcursales”¹⁸, en tanto que se configura como una alternativa al concurso de acreedores¹⁹, habiéndose definido al AEP como un trámite no judicial de mediación²⁰ tendente a que el deudor pueda alcanzar un acuerdo con sus acreedores a través del cual obtener quitas o perdones de sus deudas, y/o el pago aplazado de las mismas, y que se complementa con la posibilidad de que se efectúen daciones en pago, para pago o cesiones de elementos del patrimonio del deudor.

Aglutinando en cierta forma determinadas posturas, algún sector ha venido a identificar²¹ el AEP como un procedimiento concursal en cuanto a su regulación dado que tiene a la insolvencia actual o inminente del deudor como su presupuesto objetivo y atiende al tiempo a su carácter universal, calificándolo igualmente de paraconcursal al permitirse el acuerdo al margen del concurso. También se entiende²² la mediación concursal, como un procedimiento concursal que implica, necesariamente, la continuidad del ejercicio de la actividad del deudor. Por último, alguna autora²³ ha manifestado que nos encontramos ante un “concurso abreviado desjudicializado y anticipado, intervenido por la figura del Mediador, que hará las veces de Juez y Administrador, en el que la administración pública queda blindada” y respecto del que se puede realizar las mismas críticas que a los convenios de continuación.

III Las restricciones a la mediación concursal

a) Las restricciones subjetivas

A través del [artículo 231](#) de la [LC](#) -tras la reforma introducida por el R.D-L 1/2015- se establece que cualquier persona natural o jurídica cuyo pasivo no exceda de 5 millones de euros²⁴ puede someterse a un AEP que le permita alcanzar un acuerdo con sus acreedores para la reestructuración de su pasivo. En consecuencia, en lo que a la persona física concierne, se

amplía el ámbito subjetivo respecto de aquél otro más restringido que se contenía en el antecedente legislativo previo recogido en la LEI²⁵. Se permite ahora, con la nueva regulación, que todas las personas físicas -no sólo los empresarios o profesionales-, puedan acogerse a la tramitación del AEP.

Por otro lado, aun cuando el supuesto pudiera resultar residual, se ha venido a defender la posibilidad de que “*la herencia*” se someta al AEP pudiendo formularse la solicitud por el administrador de la misma o por cualquiera de los herederos del deudor.²⁶

Resulta indubitado, en todo caso, que para que resulte procedente la tramitación del AEP es necesario que el deudor reúna los requisitos generales de insolvencia (inminente o actual) previstos en el [artículo 2](#) de la [LC](#)²⁷, y ello, desde el momento en que resulta inexistente en la regulación contenida en el título X de tal cuerpo normativo un concepto de insolvencia distinto al previsto en aquél precepto. En congruencia con la configuración de la insolvencia prevista en el [artículo 2 LC](#) debe de resultar acreditada, también, una pluralidad de acreedores²⁸ cuyos créditos conjuntamente considerados no excedan de los 5 millones de euros.²⁹

No obstante la ampliación del ámbito subjetivo ya referido, no cabe obviar que el [párrafo tercero](#) del artículo [231](#) de la [LC](#) opta por excluir a determinados sujetos de la posibilidad de optar al AEP. Efectivamente, resultan excluidos de tal posibilidad aquellos sujetos que hayan sido condenados penalmente³⁰ en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, orden socio económico, falsedad documental, contra la hacienda pública, seguridad social o derechos de los trabajadores³¹ en los diez años anteriores a la declaración de concurso.

Como podrá observarse, los delitos enumerados en tal precepto son coincidentes con aquellos otros previstos en el número 2 del [apartado 3](#) del artículo [178 bis LC](#), lo cual, no resulta casual. La exclusión, al igual que en tal precepto, requiere que la condena impuesta lo sea a través de sentencia firme, lo que no impide instar el AEP durante la instrucción de la causa penal o con ocasión de la formulación de cualquier recurso contra la sentencia que impida que la misma alcance su firmeza³². Igualmente, entendemos que la condena penal recaída después de iniciado el AEP no impide la continuidad en la tramitación a la vista de la literalidad de la norma.³³

Además de la exclusión expuesta, también se impide acudir a la mediación concursal a quienes en los últimos 5 años hayan alcanzado bien un AEP con acreedores, bien una homologación de un acuerdo de refinanciación o, en su caso, hubieren sido declarados en concurso de acreedores. Para el cómputo del plazo de cinco años debe considerarse como “*dies a quo*” la fecha de la publicación en el registro público concursal³⁴ o, en su caso, la de la aceptación del AEP, la de la resolución judicial que homologue la refinanciación o, en otro caso, la fecha del propio auto que declare la conclusión del concurso. Por último, el elemento subjetivo del AEP excluye también tanto a las compañías aseguradoras como a las reaseguradoras.

Desde el punto de vista contrario, esto es, desde la perspectiva de los acreedores, quedan excluidos del AEP por aplicación del [artículo 231 LC](#), tanto los titulares de créditos de derecho público³⁵ como los titulares de créditos con garantía real, quienes cuentan con la facultad de decidir la aceptación del AEP.

b) Las restricciones objetivas

El contenido del acuerdo consta objetivamente delimitado y radica en la instrumentalización de esperas por un plazo no superior a 10 años³⁶, quitas, cesiones de bienes³⁷ o derechos a los acreedores en pago o para pago de todos o parte de sus créditos, así como la conversión de deudas en acciones o participaciones de la deudora. También resulta posible la conversión de deuda en préstamos participativos, en obligaciones convertibles, etc.... El contenido de la propuesta, por tanto, es muy similar al previsto en el [artículo 100 LC](#) para el convenio concursal, siendo necesario acudir a tal precepto y a sus normas complementarias para completar las dudas interpretativas que pudiera generar la propuesta.

Desde el punto de vista negativo resulta discutido si la propuesta podría formular acuerdos relativos a la liquidación global del patrimonio del deudor³⁸, lo cual no obsta para que se incluya la realización de algún elemento concreto del mismo, o la constitución de nuevas cargas, concretamente, sobre aquellos bienes que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad principal³⁹ del deudor.

La concreción de las medidas de la propuesta se limita, por tanto, de la siguiente forma⁴⁰:

1. - En cuanto a las esperas por un límite máximo de 10 años, los créditos, de adoptarse el AEP, dejarán de ser vencidos y exigibles, y tras la aprobación del acuerdo se someterán a un nuevo plazo de vencimiento y al plan de pagos vinculado al mismo. A nuestro juicio, el límite máximo se configura a través de un acceso restrictivo al mismo, mediante la exigencia de un alto porcentaje de votos favorables lo que provoca que, en la práctica, tal límite resulte prácticamente inalcanzable.
2. - En cuanto a las quitas, es decir, reducción de la deuda en el porcentaje que se apruebe, cuentan con un límite del 25% de conformidad con lo regulado en el [artículo 238 LC](#), si bien, tal límite resulta inexistente para el supuesto de mayorías cualificadas⁴¹, lo cual viene a equipararse a la ausencia de límite que, actualmente, rige para el [artículo 100 LC](#) en sede de concurso respecto del convenio.
3. - La tercera de las medidas susceptible de propuesta es la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos⁴², siendo ello posible tanto para acreedores comunes, como para aquellos otros con garantía real, si bien, la aprobación de tal medida debe de someterse al parecer de los acreedores comunes y únicamente se adoptarán de resultar aprobado el acuerdo. En sede de AEP la cesión de bienes cuenta con la ventaja de no resultar afectada por las posibles acciones rescisorias concursales si, finalmente, el deudor es declarado en concurso consecutivo.

Como principio general para estas cesiones en pago o para pago - más aún en caso de vivienda habitual- se tratará de evitar que, el deudor, quede en el AEP en peor situación de la que quedaría si se hubiera visto sometido a una ejecución singular por lo que, el mediador concursal, debe velar porque queden protegidos los derechos e intereses del consumidor⁴³. En tal sentido, aunque el [artículo 235 LC](#) establece la suspensión de la ejecución de la vivienda habitual durante la tramitación del AEP, no hay norma similar que proteja la dación o cesión de

vivienda habitual de forma que resultará de aplicación el criterio ya reseñado para su aprobación. En esencia, el mediador concursal debe rechazar incluir en la propuesta, daciones en pago o para pago o cesiones de vivienda que determinen un grado de satisfacción al acreedor superior al crédito pendiente de pago.

Por otro lado el contenido de la propuesta a formular por el mediador concursal para el supuesto de deudor persona natural no empresario se encuentra limitada en relación a las medidas concretas que puede proponer a sus acreedores comunes en el plan de pagos, de forma tal que la regla 7ª del [artículo 242 bis LC](#), indica que sólo puede proponer las medidas previstas en las letras a) b) y c) del [artículo 236.1 LC](#), esto es, esperas por 10 años⁴⁴, quitas, cesiones de bienes o derechos para pago de todos o parte de créditos, siendo obvio que no procede la conversión de deuda en acciones o participaciones ni medidas similares al encontrarnos ante una persona física.

Por último aunque no hace referencia a una limitación objetiva propiamente dicha, la legislación aplicable impone un nuevo requisito que pudiera considerarse como un requisito procedimental. Así, el [artículo 236.2 LC](#) exige que se acompañe copia de la solicitud de aplazamiento o fraccionamiento formalizada ante los acreedores de derecho público⁴⁵ a fin de que el resto de acreedores tengan conocimiento de la deuda pública, el modo en el que el deudor la afronta, y su incidencia en el plan de pagos, y ello, para el caso de que no se haya alcanzado un acuerdo sobre el aplazamiento de tales créditos de derecho público y no se vayan a atender los mismos en los plazos de su vencimiento.⁴⁶

IV El mediador concursal

La figura del mediador concursal se delimita a través de la regulación contenida en el [artículo 233 LC](#), tanto por la remisión que realiza tal precepto a la LC y la configuración que la misma establece de la administración concursal en su artículo 27⁴⁷, como por la referencia a la [Ley 5/2012 de 6 de Julio](#) de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012).

La mediación concursal, pese a tal remisión, tiene unos perfiles propios y diferenciados tanto en relación a la administración concursal como en relación a la mediación civil y mercantil. Así, mientras la administración concursal se configura como un órgano auxiliar del juez competente y como cargo de confianza del mismo, en el caso del mediador concursal⁴⁸ ello no resulta posible, en tanto en cuanto ni siquiera existe procedimiento judicial en curso ni, en consecuencia, autoridad judicial actuante.⁴⁹

En sede de AEP, el mediador concursal se configura como un profesional cualificado que deberá contrastar y verificar la información que le presenta el deudor, correspondiéndole además, fundamentalmente, impulsar el acuerdo entre el deudor y sus acreedores, generando confianza entre ambas partes para, en caso de lograrse el acuerdo, fiscalizar su cumplimiento⁵⁰. Por el contrario, el fracaso del AEP al no obtenerse el acuerdo correspondiente, hará que el mediador concursal adopte el cargo de administrador concursal en el concurso consecutivo.⁵¹

El mediador debe de conducirse bajo los principios de lealtad, imparcialidad y

confidencialidad⁵², entendida esta última como prohibición de revelar ninguna información⁵³, circunstancia ésta que ha venido a ser cuestionada por la doctrina, en tanto en cuanto se viene a entender que ello concilia, defectuosamente⁵⁴, con el régimen previsto en la LC dado que, precisamente por su labor de mediación, resulta posible tener conocimiento de hechos que viabilicen un acción de reintegración o que permitan al mediador, convertido en administrador concursal, la calificación del concurso en determinado sentido, habiéndose llegado a concluir que la mediación concursal, en tanto en cuanto mediación especial, se verá afectada por una *exoneración legal implícita* respecto de algunos de los principios que informan la actuación del mediador, si bien únicamente respecto de la posterior actuación como administrador concursal.⁵⁵

a) Requisitos, designación, retribución y responsabilidad

El [artículo 233.1 LC](#) recoge los tres requisitos necesarios para ser designado mediador concursal.⁵⁶

- a. Reunir la condición de mediador civil y mercantil de acuerdo a la [Ley 5/2012, de 6 de Julio](#) de mediación en asuntos civiles y mercantiles.⁵⁷
- b. Reunir las condiciones para ser designado administrador concursal en un concurso declarado de conformidad con el [artículo 27 LC](#).
- c. Estar incluido en la lista oficial de mediadores concursales que el registro público concursal⁵⁸ ha de publicar en el portal correspondiente del BOE suministrada por el registro de mediadores e instituciones de mediación del ministerio de justicia.

La elección del mediador concursal se realiza mediante sistema secuencial⁵⁹ sin que, por tanto, resulte posible la discrecionalidad⁶⁰ y ello, desde la creación de la institución a través de la incorporación del título X establecido en la LEI.

El [artículo 233 LC](#) no establece plazo alguno para la aceptación del cargo si bien, el [artículo 242 bis LC](#) lo fija en cinco días al igual que el que se exige para la aceptación del cargo en el caso de administrador concursal en el [artículo 29.1 LC](#). En todo caso, debe de tenerse en cuenta que el régimen de incompatibilidades aplicables a los mediadores concursales abarca desde las establecidas para los expertos independientes, a aquellas que rigen para la administración concursal.⁶¹

La excepción de los requisitos establecidos para el mediador concursal viene constituida para el caso de que el notario ante quien se solicita la designación de mediador asuma las funciones correspondientes al mismo⁶², impulsando el AEP de conformidad con el [artículo 242 bis.1.3 LC](#). En tal caso, no resulta necesario que el Notario reúna los requisitos de formación del mediador concursal, ni el de inclusión en la lista de mediadores concursales. La asunción de tales funciones conllevará que sea el propio fedatario público el que realice todas las tareas de la

mediación, complementando la información facilitada, realizando la propuesta de acuerdo, recabando la conformidad del deudor, comunicando a los acreedores el acuerdo y la posibilidad de modificación del mismo, la convocatoria de la reunión y la dirección y desarrollo de la misma.⁶³

En relación a la retribución del mediador concursal, recuérdese que una de las obligaciones que asume el deudor al iniciar el AEP, es el pago del coste del expediente de mediación, entre los que se comprende, evidentemente, la retribución del mediador, la cual se fija partiendo de los parámetros y criterios que servían para determinar los honorarios de la administración concursal.⁶⁴

Así, los honorarios de la administración concursal se regulan a través del R.D 1860/2004 de 6 de Septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales (BOE núm. 216 de 07 de Septiembre de 2004) que establece los honorarios partiendo de la cuantificación de las masas activa y pasiva del concurso. La [Disposición adicional segunda](#) del R.D-L 1/2015 y de la [Ley 15/2015](#), recoge los criterios de remuneración del mediador concursal estableciendo la provisionalidad del sistema de remuneración hasta tanto se formule el reglamento que desarrolla el sistema arancelario tanto de la administración concursal como de la mediación concursal.⁶⁵

En cuanto a la responsabilidad exigible, como regla general la responsabilidad del mediador concursal viene a configurarse como responsabilidad civil contractual, en tanto en cuanto se deriva del encargo realizado previa solicitud del deudor y tras la aceptación por el propio mediador concursal, naciendo, a partir de tal momento, una relación jurídica que genera derechos y obligaciones para las partes.

No procede considerar la existencia de una responsabilidad objetiva lo que conlleva que, para la exigencia de la responsabilidad resulte necesaria la acreditación de los daños y perjuicios sufridos y la relación de causalidad entre el daño y la conducta del mediador, que puede consistir en haber propiciado acuerdos no permitidos, en su falta de neutralidad, imparcialidad o confidencialidad, así como en su inactividad o la renuncia injustificada a continuar con sus labores de mediación.⁶⁶

b) Funciones

El mediador concursal actúa principalmente como un impulsor del AEP⁶⁷ debiendo realizar, entre otras, una labor de orden y clasificación de activos y pasivos⁶⁸, de formalización de propuestas, de convocatoria de los acreedores⁶⁹ y otras tareas como la de supervisión del cumplimiento del acuerdo alcanzado. En todo caso, los deberes del mediador concursal no incluyen la obtención de un resultado, sino que se configuran como la necesidad de emplearse diligentemente en el ejercicio del cargo, lo cual implica el cumplimiento de las funciones dentro del plazo previsto para ello.

Como quiera que en el AEP el deudor no tiene afectadas sus facultades patrimoniales, el régimen del mediador concursal es bien distinto de aquél otro previsto en el [artículo 33 LC](#) para la administración concursal, sin que, en sede de AEP exista análogo precepto al citado

mediante el que se regulen las funciones del mediador en quien, además, no concurre la obligación de redacción de informe alguno. En todo caso, las labores y funciones del mediador concursal se concretan en determinados momentos a lo largo de un proceso que resulta obligado impulsar.

En primer lugar, al aceptar el cargo, debe contrastar que la información que facilita el deudor es correcta debiendo comprobar que tanto el inventario de bienes embargables como la lista de acreedores y los créditos allí contenidos resulta adecuada, función ésta que resultará de mayor exigencia en aquellos supuestos en que el expediente afecte a una persona natural que, por tanto, no se encuentre habituada a tales prácticas. Al tiempo, el mediador comprobará el cumplimiento por el deudor de los requisitos y exigencias que le posibilitan someterse al AEP.

En segundo lugar, el mediador concursal debe convocar a los acreedores a una reunión, distinguiendo entre aquellos acreedores que resultan afectados por el acuerdo y aquellos otros que no lo están. El [artículo 234.1.II LC](#) regula la forma de la convocatoria, la cual, deberá remitirse bien por conducto notarial bien por cualquier medio escrito individual que asegure su recepción.

En tercer lugar, al proponer o impulsar el AEP se establecerán tanto propuestas de quitas y/o esperas que se adecuen a la situación patrimonial del deudor, como aplazamientos y fraccionamientos vinculados a los posibles créditos públicos, así como otras medidas patrimoniales vinculadas a los créditos con garantía real tales como daciones en pago o para pago.

Al amparo del [artículo 236 LC](#), el mediador concursal debe remitir, previa conformidad del deudor, la propuesta de acuerdo a los acreedores⁷⁰ previéndose un trámite de modificación de tal propuesta de AEP, a través del cual, el mediador concursal habrá de estudiar e integrar en su caso las posibles modificaciones o alternativas que presenten los acreedores, así como recoger la propuesta y el plan de pagos definitivo.

En cuarto lugar, el mediador concursal deberá verificar la postura de los acreedores presidiendo la reunión con los mismos a fin de sondear la posibilidad de alcanzar el acuerdo, posibilitando modificaciones o ajustes para tratar de alcanzarlo. Parece lógico que la reunión la presida el mediador con asistencia a la misma del deudor, resultando procedente que se levante acta en la que consten los asistentes se refleje el contenido del acuerdo debatido, así como la postura de los acreedores respecto de la aprobación, modificación o rechazo de la propuesta.⁷¹

La aprobación del AEP a través de las mayorías necesarias implicará que el mediador deba comunicar el resultado al organismo proponente procediéndose a la formalización del mismo (ex [artículo 238.2 LC](#)) en escritura pública. Una vez elevado a público el acuerdo alcanzado, el mediador lo comunica al órgano proponente a fin de que se proceda a la terminación y cierre del expediente, comunicándose la misma al registro público concursal y publicándose un anuncio con su contenido y datos fundamentales.

Además, para el caso de que exista una oposición insalvable de los acreedores que inviabilice la adopción del AEP, el mediador concursal determinará la finalización del trámite e instará la formulación del concurso consecutivo. La obligación de solicitar el concurso consecutivo por el mediador concursal se producirá también -de conformidad con el [artículo 236.4 LC](#)- si una

mayoría de acreedores se oponen al acuerdo, entendiéndose que tal mayoría debe de producirse, en relación a aquellos acreedores que pueden verse afectados por el mismo, siendo necesario, al tiempo, que continúe la insolvencia actual o inminente. La oposición de los acreedores puede producirse bien como rechazo a la propuesta inicial del mediador, bien como consecuencia de la propuesta alternativa formulada por estos, con la advertencia de su negativa a negociar un plan distinto al que ellos proponen.⁷²

Entre las funciones del mediador se encuentra también la de ser parte en el eventual procedimiento que se inicie al amparo del [artículo 239 LC](#), impugnándose el acuerdo alcanzado dado que resulta posible alegar defectos formales o procedimentales que invalidarían el acuerdo tales como la defectuosa convocatoria, o la naturaleza o cuantía de algún crédito concreto.

El [artículo 241 LC](#) regula la supervisión⁷³ del cumplimiento del convenio alcanzado por parte del mediador, de forma tal que si se constata el cumplimiento, debe hacerse constar en acta notarial para dar la correspondiente publicidad en la que se indique la consolidación de los efectos del AEP.

Dada la configuración legal de las funciones del mediador concursal que, como se ha visto, exceden de aquellas otras previstas para la propia administración concursal, así como las usuales que se exigen al “mediador común”, se ha venido a afirmar que el legislador español le impone el grado más elevado de conducta activa⁷⁴, no sólo por el alcance y contenido de tales funciones sino por la eventual duración temporal de las mismas. En tal sentido, piénsese que un AEP puede alcanzarse con esperas de hasta diez años, lo cual implicará que durante tal lapso temporal, el mediador concursal se encuentre de alguna forma ligado al expediente –siquiera de forma residual cuando el acuerdo se sigue cumpliendo-. Tal obligación parece excesiva y desde luego no juega como incentivo para que el mediador concursal inste, de forma efectiva, que el acuerdo sea finalmente adoptado entre las partes.

V La nula eficacia de la regulación establecida para la mediación concursal

Desde su génesis, diversas circunstancias han provocado una escasa utilización del AEP tal y como estaba configurado en la LEI. En primer lugar, la inicial exclusión del ámbito subjetivo para las personas físicas particulares/consumidores reservándose, únicamente, para empresarios y personas jurídicas. Tal circunstancia ha sido modificada a fecha de hoy, pero las limitaciones cuantitativas en relación al pasivo máximo (cinco millones de euros), unidas a otras que hacen referencia al contenido material del acuerdo, -esperas no superiores a 10 años- sin perjuicio de que existía la exclusión de los acreedores de derecho público y aquellos otros que contasen con garantías reales sobre su crédito, los cuales, únicamente se verían sometidos al acuerdo para el caso de que así lo aceptasen, limitan en demasía la posibilidad de alcanzar un acuerdo que evite el concurso de acreedores. La imposición de los mismos límites en fase preconcursal, que aquellos establecidos para el convenio durante la vigencia del concurso, hace inoperativa la normativa promulgada e inviabiliza de facto cualquier suerte de verdadera mediación que permita el consenso entre las partes.

Además, el escaso lapso de duración del plazo concedido para la obtención del acuerdo (dos meses), y la necesaria acreditación de medios económicos para la asunción de los gastos del procedimiento extrajudicial producen una escasa utilización del remedio preconcursal.

Por si ello fuera poco, la aceptación del cargo por parte del mediador concursal determina que haya de constar en los registros públicos la anotación preventiva del inicio de la mediación concursal, tanto en el registro civil - si el AEP afecta a personas naturales- como en el registro mercantil -si afecta a personas jurídicas o empresarios personas naturales-, lo cual quiebra el fundamental principio de confidencialidad y perjudica mucho la obtención de cualquier acuerdo dada la estigmatización social y financiera que las situaciones de crisis económica producen tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas en nuestro país.

A mayor abundamiento, tal publicidad se trasladará al registro de la propiedad tanto de bienes inmuebles como de bienes muebles si el deudor fuere titular de bienes o derechos susceptibles de inscripción⁷⁵. La constancia se extiende, también, al juzgado competente para conocer del concurso (juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor, o juzgado de primera instancia para el caso de que afecte a personas naturales no empresarios). Por último, procederá realizar la publicidad correspondiente en el Registro público concursal sin que exista previsión expresa acerca de la posibilidad de interesar el carácter reservado del AEP evitando con ello la publicidad inicial del Registro Público concursal, contrariamente a cuanto ocurre en sede de tramitación del [artículo 5 bis LC](#).

Todo ello desde luego no parece ayudar a una mejor y más tranquila gestión del conflicto como sería deseable, y en todo caso, no parece que la presión añadida que supone la publicación del inicio del expediente en la forma expuesta sea ventajoso para el deudor.

VI Conclusiones

No obstante el incentivo que supone la necesidad de tramitación de un AEP para la obtención del BEPI, la exigencia de observancia de determinados requisitos legales para la adopción del primero frustran, sobremanera, las posibilidades de éxito para alcanzar el acuerdo. La exclusión del crédito público, la limitación temporal establecida para las esperas, o el alto porcentaje de votos favorables necesarios para la adopción de quitas cuantitativamente importantes, hacen poco factible la consecución del acuerdo entre acreedores y deudor. Procede, por tanto, la correspondiente reforma legislativa que incentive la adopción de los AEP a fin de dotarlos de una efectividad real evitando que resulten reducidos al cumplimiento de un requisito formal como ocurre en la actualidad. Para ello, en primer lugar, debe eliminarse cualquier suerte de limitación sustantiva para alcanzarlos permitiendo que, el AEP, se pudiese adoptar en base al principio de la autonomía de la voluntad con inclusión de los acuerdos de liquidación global del activo del deudor, y estableciendo como fin último e irrenunciable del AEP el de evitar la tramitación de un ulterior concurso de acreedores.

Además, la regulación de la figura del mediador concursal debe de sufrir una sustancial modificación en relación a las funciones a desarrollar, deslindándose y diferenciándose de forma clara y precisa las funciones más próximas a la figura del mediador concursal de aquellas otras que pudiesen corresponder al administrador concursal. Se trata por tanto de eliminar de las

funciones del mediador, todas aquellas relativas a la insinuación de créditos y similares, más propias de la administración concursal y de la sede concursal ulterior. En congruencia con ello, se debería de permitir una mayor actuación del mediador tendente a incentivar el acuerdo entre las partes, permitiendo la utilización de las técnicas y herramientas propias de la mediación mediante la eliminación del actual *encorsetamiento* que sufre el mediador concursal. No entendemos posible que el mediador concursal pueda convertirse posteriormente en administrador concursal.

La duración temporal prevista para la tramitación de la mediación concursal debe de ampliarse necesariamente, restringiendo al tiempo la publicidad del inicio del expediente. Debiera de establecerse un máximo temporal suficientemente holgado, mediante el sistema de una o sucesivas prórrogas condicionadas a la obtención de determinados avances en la negociación, de forma tal que resulte permisible el establecimiento de una o varias sesiones de mediación y ello, sin perjuicio de que el propio mediador dé por concluida la mediación para el caso de que verifique que la misma se está llevando con claro abuso de derecho por una de las partes, o si no existen avances significativos sobre la misma.

[1] CUENA CASAS, Matilde «Notas de urgencia al nuevo régimen de segunda oportunidad para la persona física insolvente», *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2015, 1-10.,pág 2.. En análogo sentido Ma Elena SANCHEZ JORDAN, *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*, ed. s.a Editorial Aranzadi, 1.a ed. (Pamplona, 2016)., pág 16. que venían a entender que concurría cierta contradicción entre la necesaria observancia del requisito general establecido en el número 3 del artículo [178 bis 3 LC](#) - en tanto en cuanto se configuraba como requisito de admisibilidad de la solicitud y, por ende insoslayable-, y la dicción literal del número 4 del citado [artículo 178 bis.3. LC](#). Efectivamente, a través del citado número 4 se establecía una peor condición para aquellos deudores que no se hubieran sometido a un expediente de AEP previo si optaban a la obtención del BEPI, de donde deducía tal sector doctrinal que el legislador contemplaba la posibilidad de no someterse a un AEP como requisito para la admisibilidad de la solicitud del beneficio en tanto en cuanto ello suponía, únicamente, un mayor pago de créditos concursales (25% de los ordinarios).

[2] No obstante ello, las conclusiones del encuentro de magistrados de lo mercantil 2016 reflejan el acuerdo unánime al considerarse que no se podía exigir el cumplimiento de un requisito imposible, por lo que en los concursos anteriores a la [Ley 25/2015](#) no se les puede exigir a los deudores personas físicas haber intentado un AEP. Ver sobre el particular http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-conclusiones-del-Encuentro-de-los-magistrados-de-lo-mercantil_a424.html

[3] Véase la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Logroño de 25 de Febrero de 2.016 que entendió que no se había intentado un AEP en tanto en cuanto el deudor planteó una “quita” del 100% de la deuda, lo cual no fue aceptado por sus acreedores, añadiéndose que la tramitación “formal” de un AEP no permite entender que se haya intentado el mismo en los términos legalmente requeridos. Tal sentencia fue ratificada por el [Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de Marzo de 2.019](#) (Pte: Sancho Gargallo, resolución 150/2019).

[4] Los criterios interpretativos en relación a la aplicación del [artículo 178 bis](#) de la [LC](#), adoptados por los jueces de lo mercantil y el del juzgado de primera instancia número 50 de Barcelona, abogan por entender como intentando el AEP, en los casos en que el mediador decida a la vista de las circunstancias del caso, no presentar propuesta a los acreedores y solicitar concurso, así como aquellos supuestos en los que se haya admitido la solicitud y no se haya designado mediador por cuestión no imputable al deudor y, en general, cuando se acrediten otros supuestos en que se ponga fin por causa no imputable al deudor. Véase un análisis de tales criterios en MARTIN FABRA, José María «Unificación de criterios sobre la aplicación del mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 18 (2016): 52-69. Las conclusiones adoptadas en el encuentro de magistrados de lo mercantil de 2016, vino a entender cumplimentado el requisito de intentar el acuerdo si elevada una propuesta de acuerdo, sea ésta aceptada o no por los acreedores si estos deciden no continuar con la reunión o si el mediador por las razones que fueren decide, a la vista de las circunstancias del caso no presentar propuesta a los acreedores y solicitar concurso, o supuestos en los que la solicitud de AEP haya sido admitida y no se haya aceptado el cargo de mediador por causa no imputable al deudor, e incluso en los casos de incumplimiento del acuerdo o de anulación del mismo. Se promulga una interpretación amplia de qué debe entenderse por “*intento*”. Véase sobre el particular http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-conclusiones-del-Encuentro-de-los-magistrados-de-lo-mercantil_a424.html.

[5] [Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero](#), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2015). En adelante nos referiremos a tal norma como R.D-L 1/2015.

[6] [Ley 25/2015, de 28 de julio](#), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE» núm. 180, de 29/07/2015). En adelante nos referiremos a ella como [Ley 25/2015](#).

[7] DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos.*, pág 62, establece, citando a SANCHEZ MAGRO, que nos encontramos ante un verdadero procedimiento cuya idea principal es la desjudicialización de la solución de la insolvencia.

[8] ALCOVER GARAU, Guillermo «Crítica al régimen jurídico del acuerdo extrajudicial de pagos», *Diario La Ley* 8327 (2014): pág 2.

[9] Cuando nos referimos a la LEI hacemos referencia a la [Ley 14/2013 de 27 de Septiembre](#), de apoyo a los Emprendedores y su internacionalización (BOE 233 de 28 de Septiembre de 2013).

[10] Sobre el particular, vid, PINO ABAD, Manuel «El nuevo régimen jurídico de los acuerdos extrajudiciales de pago tras la entrada en vigor de la [ley 25/2015 de 28 de julio](#), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 24 (2016), pág 21. y PULGAR EZQUERRA, Juana «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad», *Diario La Ley* 8538 (2015), pág 4., Ambos concluyen en la asimilación del AEP a los acuerdos de refinanciación de la LC. GALLEGO, Esperanza «La mediación concursal», *Anuario de derecho concursal* 31 (2014): 11-63. op.cit., pág 15, ratifica tal opinión estableciendo que, estructural y funcionalmente, se trata de una figura próxima a los acuerdos de refinanciación.

- [11] Las notas comunes de la preconcursalidad son la finalidad preventiva del concurso y el carácter de procedimiento colectivo/quasi-colectivos. Vid FERNÁNDEZ DEL POZO, «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 99.
- [12] GALLEGO, «La mediación concursal». op.cit., pág 14.
- [13] EMBID IRUJO, Jose Miguel «Mediación y derecho mercantil», en *La mediación en asuntos mercantiles (Boldo Roda, Carmen -Directora-*, 1.a ed. (Valencia: Tirant Lo blanch, 2015), pág 33.
- [14] Hacemos mención al término “mediación pura” para distinguir a la mediación civil y mercantil regulada en la ley [Ley 5/2012, de 6 de julio](#), de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE 162 de 7 de Julio de 2.012) de la mediación concursal aquí analizada.
- [15] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op.cit. pág 12.
- [16] GORRIZ LOPEZ, Carlos «Mediación concursal», *Diario La Ley* 8384 (2014): pág 15.
- [17] FERNÁNDEZ DEL POZO, «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit. pág 93.
- [18] Véase BELLIDO SALVADOR, Rafael “Los institutos preconcursales”, 1ª Ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch 2019)
- [19] BOLDO RODA, Carmen «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales», en *La mediación en asuntos mercantiles (Boldo Roda, Carmen -Directora-*, 1.a ed. (Valencia: Tirant Lo blanch, 2015), pág 391.
- [20] FERNANDEZ SEIJO, José María «El acuerdo extrajudicial de pagos. Ámbito subjetivo. Especial referencia a los llamados pequeños empresarios.», en *Presente y futuro del mercado hipotecario y ley de segunda oportunidad*, ed. Aranzadi, 1a (Cizur Menor, 2016), pág 870
- [21] SANCHEZ-CALERO, Juan «El acuerdo extrajudicial de pagos», *Anuario de derecho concursal* 32 (2014): pág 13.
- [22] FERNANDEZ PEREZ, Nuria «El estatuto jurídico del mediador concursal», *Revista de derecho mercantil* 292 (2014): 382.
- [23] PASTOR SEMPERE, «Acuerdos extrajudiciales: Naturaleza jurídica, contenido y efectos». op.cit., pág 435.
- [24] Para el cómputo de tal cuantía, se tendrá en cuenta todo el pasivo del deudor, incluso los créditos no sujetos al eventual acuerdo (públicos y con garantía real); Vid, Ibid. op.cit., pág 51. La limitación cuantitativa de 5 millones de euros resulta cuestionable como limitación al principio de autonomía de la voluntad, pudiendo obedecer a una delimitación del ámbito de aplicación del AEP en relación con los acuerdos de refinanciación, en tal sentido GALLEGO, «La mediación concursal». op.cit., pág 46.
- [25] La limitación del ámbito subjetivo que para el AEP preveía la LEI, fue criticada, por la

doctrina. Véase, BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 393

[26] FERNÁNDEZ DEL POZO, «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit pág 126. que reseña al tiempo que, con la solicitud de someterse al acuerdo extrajudicial de pagos, debe de entenderse que la herencia se acepta a beneficio de inventario.

[27] DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., Pág 36 entiende que la insolvencia debe de ser superable. Igualmente, SANCHEZ-CALERO, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 18 entiende que únicamente puede acogerse al AEP, quien tiene la capacidad de cumplir el acuerdo, hasta el punto que manifiesta, que no debe permitirse recurrir a éste, a quien carece de la capacidad de cumplir, entendiendo que, el AEP, no debe servir para evitar cumplir con la obligación de solicitar el concurso. En análogo sentido la profesora BOLDÓ quien, además, entiende que en el seno del concurso consecutivo, la calificación de éste habrá de adoptarse considerando en qué medida el deudor que solicitó un AEP, era apto para plantearlo; vid BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 397.

[28] No obstante ello, sobre la posibilidad de declaración de concurso con un único acreedor véase la [Sentencia de la A.P de Barcelona de 28 de Septiembre de 2.018](#) (Ponente: Ribelles Arellano, José María, ID: CENDOJ: 08019370152018200110)

[29] FERNANDEZ SEIJO, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Ámbito subjetivo. Especial referencia a los llamados pequeños empresarios.» op.cit., pág 873 entiende que, el hecho que se exija una estimación inicial del pasivo, determinará que, aunque luego en el curso del procedimiento pueda verse incrementado el pasivo final, ello no debe determinar el archivo o sobreseimiento del mismo

[30] Dado que la norma se refiere a la existencia de una condena, debe de considerarse que la misma conlleva cualquier forma de participación del delito, y no sólo como autor o cómplice en virtud del [artículo 27](#) del [C.P](#) sino también como copartícipe, inductor o cualesquiera otra.

[31] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op.cit., pág 5 que viene a incidir en que las prohibiciones establecidas para acudir al AEP, no se configuran como incumplimientos de deberes contables o registrales, ni con la declaración en concurso de algunos de los acreedores que pudieran verse vinculados por tal instituto preconcursal.

[32] FERNANDEZ SEIJO, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Ámbito subjetivo. Especial referencia a los llamados pequeños empresarios.» op.cit., pág 876.

[33] DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., pág 45.

[34] Alguna de tales prohibiciones encuentran su finalidad en evitar la concatenación de procedimientos tendentes a dar continuidad a la insolvencia. Vid BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 398.

[35] Sobre el concepto de crédito público a los efectos concursales, véase la [Sentencia del Tribunal Supremo 472/2013 de 16 de Julio](#), que incluye una definición de crédito

público muy amplia, haciendo referencia a dos elementos, uno de carácter subjetivo, y otro vinculado con las facultades de la administración, para catalogar los créditos de las administraciones públicas como públicos. Sobre el particular, ver también HERNANDEZ RODRIGUEZ, Maria del Mar «Acuerdo extrajudicial de pagos, segunda oportunidad, administración y crédito público», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 24 (2016)., pág 5.

[36] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op.cit., pág 7 viene a establecer que, la limitación de las esperas a 10 años, no supone una prohibición absoluta de exceder tal límite temporal, sino que ese límite queda reservado para aquellos acreedores “arrastrados”.

[37] PASTOR SEMPERE, «Acuerdos extrajudiciales: Naturaleza jurídica, contenido y efectos». op.cit., pág 454 viene a matizar que la dación de bienes concretos es posible siempre que no afecten de forma global al activo, a cuyo efecto hay que verificar la cantidad y entidad de los bienes objeto de dación para ver si existe un convenio de liquidación encubierto, por cuanto tal posibilidad resulta prohibida.

[38] PASTOR SEMPERE, Carmen «Daciones en pago y acuerdos extrajudiciales de pago». *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 21 (2014) 1-18

[39] Según un sector doctrinal, es razonable que el legislador considere que el AEP no pueda amparar procedimientos de liquidación, por cuanto, para eso ya se habilita el procedimiento concursal. Sin embargo la profesora PULGAR entiende que cuanto procede es dar primacía a la autonomía de la voluntad –ex [artículo 1255 Cc-](#), debiendo permitirse, de esta forma, la liquidación. Vid, PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op.cit.pág 7. DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., págs 100 y 101, defiende que dado que la norma no limita la cesión en pago o para pago con liquidación total del patrimonio del deudor, ésta, resulta perfectamente posible y ello pese a que (añadimos nosotros), pudiese conculcar el espíritu y finalidad del AEP, que no es otro que la continuidad en la actividad del deudor. Igualmente, se ha venido a mantener que dado que el fin del AEP es evitar el concurso (función preventiva) y puesto que, para ello, sirven tanto la vía conservativa de la actividad del deudor como la liquidativa de su patrimonio, se puede entender que el convenio de liquidación es viable, siempre y cuando, con el mismo, se asegure la finalidad preventiva del expediente. En tal sentido, vid FERNÁNDEZ DEL POZO, «La naturaleza preconcursal del acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 100. En contra de que la propuesta suponga la liquidación del patrimonio del deudor se muestran tanto SANCHEZ-CALERO, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 45, como PASTOR SEMPERE, «Acuerdos extrajudiciales: Naturaleza jurídica, contenido y efectos». op.cit., pág 453, quien entiende inviable un acuerdo extrajudicial de liquidación en tanto en cuanto requeriría la necesaria concurrencia de todo el pasivo, a lo que añade que, la liquidación, está reservada por el legislador para el concurso consecutivo.

[40] SERRANO DE NICOLÁS, Angel «Segunda oportunidad para las personas naturales no empresarios: cuestiones problemáticas en su tramitación», *Revista CESCO de Derecho de Consumo* 18 (2016)., pág 47 y 48 para quien la norma es taxativa y no permite otras medidas aun cuando existiese la conformidad de todos los acreedores, sin perjuicio de que pudieren adoptarse extramuros del AEP.

[41] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op. cit., pág 7

[42] Acerca de la posibilidad de producir una cesión en pago de la empresa en su conjunto siempre que no suponga la liquidación del patrimonio del deudor véase PASTOR SEMPERE, Carmen; HERNANDO CEBRÍA, Luis «La dación de la PYME como “unidad productiva” en pago de deudas en el acuerdo extrajudicial de pagos», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 22 (2014):1-12.

[43] FERNANDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. op.cit., pág 105.

[44] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op. cit., pág 7, remarca que, respecto al AEP las quitas se han liberalizado y carecen de límite alguno

[45] Recuérdense, pese a ello, que tales acreedores no formarán parte del AEP ni se someterán a éste.

[46] SANCHEZ-CALERO, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 44.

[47] Entendiendo que, tal remisión, se realiza a la redacción anterior a la [ley 17/2014](#), dado que la nueva redacción remite a un reglamento regulador de la administración concursal que no ha sido aprobado. La doctrina, en todo caso, entiende que no nos encontramos ante un mediador propiamente dicho desde el momento en que queda cuestionada la voluntariedad en el acceso y mantenimiento de la mediación, en el sentido que se establece determinada obligación de participar en la reunión para los acreedores. Igualmente, quiebran los principios de neutralidad e imparcialidad para el mediador concursal, que debe de adoptar una postura proactiva en relación al expediente, así como el principio de confidencialidad. Sobre el particular, ver MARQUÉS MOSQUERA, Cristina «El Notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de Febrero», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 23 (2015), pág 16.

[48] Véase la definición de mediador contenida en la directiva 2008/52 en tanto en cuanto lo define como “*todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación*”.

[49] Se ha venido a criticar, por ello, la confusión terminológica introducida con la denominación utilizada, dada la inexactitud que la misma conlleva, en tanto en cuanto el mediador únicamente actuará con carácter previo a la declaración de concurso. En tal sentido PRATS ALBENTOSA, Lorenzo «La mediación (pre)-concursal», *Diario La Ley* 8264 (2014): pág 1.

[50] FERNANDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. op.cit., 49. En análogo sentido FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». pág 385, quien añade que la mediación se plantea como un instrumento colaborativo, no adversarial.

[51] ALFONSO SANCHEZ, Rosalia «El concurso consecutivo», en *La mediación en asuntos mercantiles (Boldero Roda, Carmen -Directora-*, 1.a ed. (Valencia: Tirant Lo blanch, 2015), 466-507. op.cit., pág 490. La conversión del mediador concursal en administrador concursal en el concurso consecutivo se producirá salvo justa causa, entendiéndose como tal la enfermedad sobrevenida, problemática personal del propio mediador, el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, etc....

[52] GRIMALDOS GARCIA, Maria Isabel «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación», en *La mediación en asuntos mercantiles (Boldero Roda, Carmen -Directora-*, 1.a ed. (Valencia: Tirant Lo blanch, 2015), pags 64 a 71 ambos inclusive en relación a los principios que informan la actuación del mediador, incluida la voluntariedad.

[53] Sobre el alcance de la confidencialidad, tanto desde un punto de vista objetivo y subjetivo, como desde un punto de vista positivo y negativo, así como la posibilidad de verse liberado de tal obligación legal en determinados supuestos, véase FERRANDO VILLALBA, Lourdes «Mediación en el ámbito de los contratos mercantiles», en *La mediación en asuntos mercantiles (Boldero Roda, Carmen -Directora-*, 1.a ed. (Valencia: Tirant Lo blanch, 2015), pág 327 y ss.

[54] GORRIZ LOPEZ, «Mediación concursal». op.cit., pág 14.

[55] FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 415, citando las conclusiones de la reunión de magistrados de lo mercantil de Madrid sobre criterios de aplicación de la reforma de la LEI, sobre cuestiones concursales de 11 de Octubre de 2.013.

[56] Dados los requisitos exigidos por la norma, el ejercicio de la profesión de mediador concursal se presenta como altamente regulado y, por tanto, no libre. Así, la prestación del servicio se sujeta, en primer término, a una resolución administrativa que, emitida por el Director General de los registros y notariado, autorice la inscripción del profesional en el registro de mediadores. Tal inscripción es facultativa para el mediador común, resultando obligatoria para el mediador concursal. Véase PRATS ALBENTOSA, «La mediación (pre)-concursal». op.cit., pág 4.

[57] Téngase en cuenta, también, la [Directiva 2008/52/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de Mayo de 2.008. Sobre las condiciones requeridas por la norma para ser mediador véase GRIMALDOS GARCIA, «Estatuto jurídico del mediador. Principios informadores y normas de actuación». op.cit., pág 50 y, en relación a las específicas para la mediación concursal, la pág 53 de la citada obra

[58] El registro público concursal se regula en el [Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre](#), (BOE 289/2013, de 3 de diciembre de 2013) que debe completarse con el [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 («BOE» núm. 310, de 27 de diciembre de 2013). Recuérdese que, mientras que la sección segunda del citado registro, contempla a los mediadores concursales, la sección primera hace lo propio respecto de los mediadores en general, mientras que, la sección tercera, recoge a las instituciones de mediación, todo ello de conformidad con el artículo 13 del citado real decreto.

[59] La designación secuencial, está sujeta a un parámetro geográfico conectando el domicilio

del mediador con la provincia del peticionario, de forma que, la designación empieza entre los que tengan el domicilio en la provincia designada por el solicitante. BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 407.

[60] PULGAR EZQUERRA, «Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad». op.cit.pág 9. DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., pág 81, hace referencia al término secuencial, desde el punto de vista semántico como sucesión ordenada, reseñando que la ley no establece cuál habrá de ser ese orden, ni como habrá de iniciarse. Por el contrario, FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 394 interpreta en base al segundo párrafo del artículo 19 del R.D 980/2013, en el sentido de secuencia meramente lineal, es decir, uno después de otro.

[61] El régimen de incompatibilidades puede llevarse a cabo a través de la correspondiente recusación según explica BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 405. SANCHEZ-CALERO, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 29 viene a referir la imposibilidad de aceptación del cargo por causas de incompatibilidad, pudiendo tanto el deudor como cualquier acreedor recusar al mediador concursal.

[62] SERRANO DE NICOLÁS, «Segunda oportunidad para las personas naturales no empresarios: cuestiones problemáticas en su tramitación». op.cit., pág 45 considera que el notario no podrá asumir tales funciones cuando el deudor prefiera la designación de un mediador concursal.

[63] MARQUÉS MOSQUERA, «El Notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de Febrero». op. cit, pág 25 plantea la posibilidad de que, el Notario actuante, asuma la función de administrador concursal en el concurso consecutivo siempre que acredite formación para ello, aun cuando, ante el fracaso del AEP el Notario no se ve obligado a la presentación del concurso consecutivo, ni a la asunción de las funciones de la administración concursal.

[64] Sobre la retribución de la administración concursal véase JUAN Y MATEU, Fernando «La retribución de los administradores concursales», en *Estudios sobre la ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia (Madrid: Marcial Pons, s.f) 1375-88*.

[65] En todo caso, recuérdese la previsión contenida en el [artículo 242.2.2ª LC](#) que prohíbe que la retribución del administrador concursal sea superior a la que hubiese sido fijada en el expediente de mediación concursal, aun cuando, tal precepto, ha venido siendo matizado por la doctrina, en el sentido de entender que tal limitación se refiere a actuaciones equiparables, tales como el convenio en fase concursal y el AEP en fase extraconcursal. Ver sobre el particular, MARQUÉS MOSQUERA, Cristina «El Notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de Febrero», *Revista de derecho concursal y paraconcursal* 23 (2015), pág 14. Igualmente DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., pág 90, entiende que resulta problemática la remisión a los aranceles previstos para la administración concursal, dado que tales aranceles fijan la retribución en atención a las distintas fases del concurso y, aun asumiendo que la retribución del mediador concursal sea equiparable a la devengada por la administración concursal en fase común, también se distingue en este caso en relación al régimen de intervención o suspensión de facultades para fijación de la

retribución. En similar sentido, GALLEGO, «La mediación concursal». op. cit., pág 28. Para algún autor, la retribución del administrador concursal que ha sido previamente designado como mediador concursal, debe de resultar de la suma de dos retribuciones, la propia del AEP por su tarea de mediador concursal, y aquella otra a percibir en el concurso consecutivo que vendría limitada a otro tanto igual al percibido como mediador concursal. En tal sentido véase ALFONSO SANCHEZ, «El concurso consecutivo». op.cit., pág 496.

[66] FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 417. Algunos autores vienen a configurar la responsabilidad del mediador concursal, bien por aplicación analógica del artículo 14 de la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles – caso de que el mediador se encuentre en la fase preconcursal-, bien por aplicación del artículo 36 de la LC si está actuando como administración concursal. Sobre tales extremos, vid. BOLDO RODA, «El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales». op.cit., pág 410.

[67] FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 386, establece 5 fases sucesivas para el cumplimiento de las funciones del mediador concursal, tales como la de aceptación y nombramiento, la de identificación y comprobación de créditos, la de la convocatoria de la junta en orden a conseguir el AEP, la de supervisión del cumplimiento del acuerdo, y una última que pudiere ser la de solicitud de concurso consecutivo por imposibilidad de lograr el acuerdo o por cuanto éste resulte frustrado.

[68] Téngase en cuenta que la formación de la masa pasiva y activa del concurso a través del inventario de bienes y de la lista de acreedores forman parte de las funciones de la administración concursal y, en consecuencia, únicamente resultan exigibles en sede de concurso. Sobre el particular ALFONSO SANCHEZ, «El concurso consecutivo». op.cit., pág 490. No obstante ello, las comprobaciones resultan fundamentales para verificar qué acreedores participarán en la negociación, cuál es la cuantía de sus créditos y el peso relativo en la adopción de los acuerdos de aprobación o rechazo. Vid sobre el particular PRATS ALBENTOSA, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 41.

[69] Se dice que, el mediador, debe de adoptar una conducta activa regida por el principio de neutralidad, tratando de inducir a las partes en conflicto, a que alcancen un acuerdo cuyos términos puede proponer. GALLEGO, «La mediación concursal». op. cit., pág 30.

[70] DIAZ ECHEGARAY, *El Acuerdo Extrajudicial de pagos*. op.cit., pág 99, considera que hubiese sido mejor que, la propuesta, fuese redactada por el deudor para su sometimiento al mediador quien, posteriormente, la trasladase a sus acreedores, y ello, dado que es el deudor quien tiene mayor conocimiento de su propia economía, y puesto que, el mediador concursal, carece de tiempo material para profundizar en la misma, si bien, el citado autor entiende que ello es cuanto ocurrirá en la práctica.

[71] FERNANDEZ SEIJO, *La reestructuración de las deudas en la ley de segunda oportunidad*. op.cit., pág 61

[72] SANCHEZ-CALERO, «El acuerdo extrajudicial de pagos». op.cit., pág 46.

[73] FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 387 entiende que la exigencia de supervisión que concurre para el mediador es desorbitada.

[74] GALLEGO, «La mediación concursal». op.cit.,pág 31. FERNANDEZ PEREZ, «El estatuto jurídico del mediador concursal». op.cit., pág 386.

[75] Los efectos de la publicidad son trascendentes sobre todo porque, al amparo del [artículo 235.2.a\) LC](#), no resulta posible inscribir embargos posteriores a la anotación del expediente, si bien, tal publicidad quiebra el principio de confidencialidad por el que se rige la mediación, siendo, a juicio de determinados autores excesiva y desproporcionada en comparación con el régimen previsto para los acuerdos de refinanciación. En tal sentido véase GALLEGO, «La mediación concursal». op.cit.,pág 34.