

PROBLEMÁTICA DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL Y DEL CONCURSO CONSECUTIVO.

El proceso de mediación concursal, comúnmente denominado “*proceso de segunda oportunidad*”, es un procedimiento relativamente reciente ya que fue instaurado mediante la Ley 25/15 de 28 de julio y por lo tanto con escasos seis años de vida.

Tras esta Ley 25/15 que modificaba la Ley Concursal del año 2003, nos encontramos con una ley concursal, parcheada de difícil comprensión al carecer de una estructura clara, por lo que las Cortes Generales, autorizaron al ejecutivo a regularizar, aclarar y armonizar esta ley. El resultado de esta armonización es el Real Decreto Legislativo de fecha 5 de mayo de 2020 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal y que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020.

Durante estos pocos años de vida de este proceso de mediación concursal y concurso consecutivo, en su aplicación práctica han surgido una serie de problemas, que muchos de ellos no han sido afrontados ni resueltos en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. En este trabajo pasamos a estudiar algunos de los problemas surgidos en la aplicación práctica de la mediación concursal y el concurso consecutivo.

1.- CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL.

MEDIACION ATÍPICA.

Es un proceso especial de mediación en el ámbito mercantil que, en teoría, tiene como finalidad evitar un procedimiento judicial concursal o procedimientos de reclamación o ejecución judicial entre las partes.

Se inicia cuando una persona física, empresario o no, o bien una persona jurídica se encuentra en un estado de imposibilidad presente o previsible de no poder hacer frente a los pagos de sus deudas. Mediante el proceso de mediación se pretende llegar a un acuerdo

con sus acreedores con la intervención de un mediador profesional y cualificado (mediador concursal MC).

Es tal la peculiaridad de esta mediación que dada su especial “voluntariedad “, en muchas ocasiones, la finalidad del mismo no es la llegar a un acuerdo, sino todo lo contrario, no conseguir un acuerdo y de esa forma llegar a un procedimiento de concurso consecutivo de acreedores donde poder obtener el beneficio de exoneración de sus deudas.

Se trata de un sistema heterocompositivo de resolución de conflictos, con una serie de particularidades, que le diferencian de la mediación:

1. -No es un procedimiento entre dos partes al coexistir, de una parte, el deudor, y de otra parte una pluralidad de acreedores.

2.- Voluntariedad, siendo muy atípica esta característica de la mediación (art. 6, Ley 5/12) y afectando a las partes y al mediador:

- En cuanto al mediador, este no es escogido o elegido por las partes, sino que es nombrado por el Ministerio de Justicia, de entre una lista existente y según turno consecutivo

-En cuanto al deudor o solicitante de la mediación, el procedimiento de mediación, es requisito para, en caso de no llegar a un acuerdo, poder conseguir en su momento procesal una exoneración de deudas más beneficiosa, lo que puede suponer una obligatoriedad atenuada del proceso de mediación.

- En relación a los acreedores, estos se encuentran inmersos en un procedimiento de mediación que ellos no han solicitado y que, en muchos casos, ni desean ni tienen intereses en él. Su participación viene dada por la ley, pudiendo ser compelidos a cumplir un acuerdo en el que no han participado o votado a favor. En el caso de no haber querido participar y no haber habido acuerdo, en el concurso de acreedores posterior, sus créditos pueden ser calificados como subordinarlos y, por lo tanto, más difícilmente cobrables.

3.-Igualdad e imparcialidad. El mediador debe intentar cumplir con estos principios, pero en la realidad siempre va a tener más tiempo y dedicación al deudor que a la pluralidad de acreedores.

4. -Neutralidad. En esta mediación, es el mediador quien debe realizar la propuesta de acuerdo con el deudor y proponérsela a los acreedores con independencia que, con posterioridad, pueda escuchar y promover otras propuestas o modificaciones de los acreedores.

5.-Confidencialidad. El mediador concursal tiene la obligación de confidencialidad mientras dure el proceso de mediación y por los hechos que haya tenido conocimiento durante el mismo. El problema surge, si no hay acuerdo y el mediador concursal se convierte en administrador concursal, momento en el que desaparece la obligación de confidencialidad. Evidentemente, aunque cumpla con su obligación de confidencialidad durante la mediación, su labor como administrador concursal puede llegar a verse contaminada por hechos de los que ha tenido conocimiento con anterioridad. Se puede dar el caso que cuando tenga que informar sobre la calificación del concurso no pueda manifestar hechos que conoce y que pudieran significar la culpabilidad en la calificación. No sucede como en el caso de un árbitro que no puede o debe asumir esa función si antes ha sido el mediador, o el caso que un juez que ha instruido una casusa penal no puede juzgar la misma.

6.- El coste de la mediación; según la ley de mediación 5/12, corresponde a las partes, mientras que en la mediación concursal el coste de la mediación corresponde solo a una de las partes: el deudor solicitante, en el que se da la circunstancia que no puede hacer frente a sus deudas.

La mediación concursal, es una parte de la denominada “segunda oportunidad “y no se puede entender sin las demás fases del proceso, el concurso consecutivo posterior a una mediación sin resultado positivo y al proceso de exoneración de deudas, ya que como se ha comentado la finalidad de la mediación, en la gran mayoría de los casos, es poder exonerar las deudas en un concurso consecutivo por lo que no interesa llegar a acuerdo alguno en la mediación.

2.- HONORARIOS DE LOS MEDIADORES CONCURSALES Y ADMINISTRADORES CONCURSALES EN EL CONCURSO CONSECUTIVO.

El legislador, se ha preocupado en gran medida en que el mediador concursal, sea una persona con una alta formación y capacidad, demostrable, preocupándose por su formación y experiencia reconocida, pero para nada en su retribución.

El legislador se vanaglorió de haber creado un mecanismo de segunda oportunidad mediante una normativa, algo confusa, para proteger a miles de familias, pero, como siempre, dejando el peso y la responsabilidad de dichos mecanismos a profesionales, notarios y mediadores concursales, cuyos honorarios no se pueden calificar de dignos, sino más bien de inexistentes o míseros.

Requisitos para ser Mediador Concursal.

- Acreditar cinco años de experiencia profesional
- Acreditar experiencia como administrador concursal (AC)
- Acreditar Formación en derecho concursal
- Abogado, economista, auditor, titulado mercantil
- Formación acreditada y homologada como mediador en asuntos civiles y mercantiles
- Formación continua.
- Estar Inscrito en el Registro de Mediadores concursales del Ministerio de Justicia.
- Seguro de Responsabilidad Civil.

Vista la formación exigida a los mediadores concursales, partimos de un hecho y es que tenemos a unos profesionales altamente cualificados, con formación y experiencia al que la Ley le determina unos honorarios, que deberá cobrar de quien no puede pagar a sus acreedores y que serán los mismos para la fase de AEP que en la fase de concurso consecutivo.

Establecía la Ley 25/15 en la Disposición Adicional Segunda que la remuneración del mediador concursal debería desarrollarse reglamentariamente y hasta ese desarrollo reglamentario, para la determinación de los honorarios sería de aplicación el RD 1860/2004, que regula los honorarios de los administradores concursales, con las siguientes reducciones:

- 70% solicitudes de personas físicas no empresarios
- 50% en solicitudes de personas físicas empresarias.

Esta determinación normativa de honorarios, en la práctica suponía que raramente se llegue a una remuneración mínimamente digna, llegando en muchas ocasiones a no superar una cuantía de 100 o 200 euros en cada una de las fases, dándose la paradoja que el abogado del solicitante, cuya carga de trabajo es menor que la del MC-AC esté cobrando entre 4.000 y 7.000 euros por su trabajo y en muchas ocasiones no tiene un conocimiento de la materia como lo tiene el MC.

Es por ello que es comprensible la existencia de casos en los que ningún mediador concursal acepta su designación, ya que le supone una pérdida de tiempo y dinero para el profesional, que no puede aceptar 10 designaciones al año, que requieren de mucho tiempo y dedicación y que cada una de ellas supone una pérdida de dinero y tiempo y que se iría acumulado con las designaciones de los próximos años, ya que difícilmente finalizará un proceso de este tipo en menos de un año.

Ante esta problemática de falta de aceptaciones de las mediaciones concursales, durante el estado de alarma se adoptaron medidas procesales, Real Decreto Ley 16/2020 de 28 de abril para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la justicia, se ha contemplado esta cuestión, determinando que, durante el año siguiente a la declaración del estado de alarma, se considera que el AEP se ha intentado por el deudor, sin éxito, si se acredita que se han producido dos faltas de aceptación de mediadores concursales, pudiéndose iniciar el concurso consecutivo por el deudor.

Pasados cinco años, sin reglamentar sobre los honorarios de los mediadores concursales, ni de los administradores concursales, el Texto Refundido, vuelve a recalcar la necesidad de reglamentar los honorarios profesiones de los mediadores concursales, en

su artículo 654.2, lo mismo que para el administrador concursal (art. 85 TRLC).

El Texto Refundido no contempla la reducción de honorarios, sino que establece en relación a los honorarios del mediador concursal que estos se determinen en la resolución en la que se le nombre al mediador, lo que significa que quien designe al mediador, ¿Ministerio? ¿Notario? ¿Registro Mercantil?, serán los que tengan que determinar, sin audiencia del mediador y sin conocer de forma real el activo y el pasivo, ni el futuro éxito o complejidad del trabajo, la cuantía de los honorarios del mediador concursal.

En este caso, el único referente que nos queda para la determinación de los honorarios del mediador concursal es la disposición transitoria segunda de la ley 25/15 ,que remite al RD1860/2004, con su reducciones, reducción que no se encuentra contemplada en el Texto Refundido .

La respuesta puede ser que no se aplica la reducción, porque esa no se encuentra contemplada en la TRLC, en este sentido establece el Auto de fecha 10 de Noviembre de 2020 del Juzgado mercantil de Barcelona Concurso ordinario 734/10 que *“El texto refundido sustituye a partir de su entrada en vigor a las disposiciones legales refundidas, las cuales quedan derogadas y dejan de ser aplicables desde ese momento”* , pero el auto considera que la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 25/15, no está derogada, por cuanto *“fue objeto de mención en el informe del Consejo de Estado a fin de garantizar la pervivencia transitoria de la norma “*

El mediador concursal tiene la posibilidad de no aceptar el cargo en una designación, con el único inconveniente de pasar al ser el último de la lista de designaciones, mientras que el administrador concursal se encuentra obligado a aceptar la designación, si quiere seguir trabajando como administrador concursal en los siguientes tres años (art.70TRLC). Esto puede dar lugar a que en una solicitud de mediación, ningún mediador acepta el cargo, por ser un trabajo arduo y sin posibilidad de cobro; El solicitante presentará concurso consecutivo y el juzgado nombrará a un administrador concursal, que si quiere seguir siendo administrador concursal, debe de aceptar el encargo, sin posibilidad de cobrar honorarios y sin fondo de garantía arancelaria.

Esperemos que algún día, el legislador, decida reglamentar sobre los honorarios de los administradores concursales, de los mediadores concursales y sobre el fondo de garantía arancelaria, tan necesario para que algunos administradores concursales puedan percibir honorarios en concursos sin masa

3.- INTERVENCIÓN DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 85.6 de la LOPJ, reformado por la Ley Orgánica 7/15 de 21 de julio, unos días anterior a la de segunda oportunidad 25/15 de 28 de julio, establece que los concursos de las personas físicas, no comerciantes, corresponde su tramitación a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del deudor.

Esto supone que corresponde la tramitación de un concurso de acreedores (consecutivo o no), a un órgano jurisdiccional que no está especializado, ni tiene práctica en la tramitación de estos procesos; cuando existen Juzgados, los mercantiles, especializados en los procesos concursales y cuya entrada en funcionamiento (1 de septiembre de 2004) viene determinada por la Ley concursal del año anterior

Es cierto que existe el principio “iura novit curia”, pero ello no significa que los Jueces de Primera Instancia tengan los conocimientos específicos ni la experiencia en la tramitación de concursos de acreedores que pueden tener los jueces especializados y formados en la materia (mercantiles).

Hay que tener en cuenta, además, que muchos de los Juzgados de Primera Instancia, son Juzgados mixtos, de Instancia y de Instrucción, por lo que además de la materia civil y penal que tramitan, se les suma una materia tan específica como la concursal.

Además de la falta de formación específica de los jueces, tampoco tienen formación ni experiencia en materia concursal los letrados de la administración de justicia ni los funcionarios adscritos al Juzgado de Primera Instancia. De hecho, cada vez que en mediador-administrador concursal comparece ante un Juzgado de Primera Instancia a aceptar el cargo, es frecuente que los funcionarios, le realicen preguntas en relación a los dos o tres expedientes concursales que tramitan en el juzgado.

Esta falta de conocimiento especializado de la materia concursal, y las amplias posibilidades que existen cuando se presenta un concurso (con convenio, sin convenio, consecutivo, voluntario, necesario, con plan de liquidación, con solicitud de finalización por falta de masa etc.), generan problemas cuando los letrados de la administración de justicia, jueces o funcionarios del Juzgado de Primera Instancia utilizan formularios estándar para sus resoluciones.

La utilización de esos formularios estándar nos lleva a encontrar, con mucha frecuencia, situaciones como que se admiten concursos y se acuerda su finalización por falta de masa y a la vez acuerdan la apertura de la fase de liquidación, requieren presentación plan de liquidación mandando liquidar los bienes e instan al Administrador concursal (antes mediador) a presentar el informe del art 289 del TRLC (informe ya presentado en la solicitud de concurso consecutivo).

Es muy diferente cuando se tramita el concurso consecutivo en un juzgado mercantil, puede existir más o menos retraso en la tramitación por la saturación de trabajo, pero tanto el juez, como el Letrado de la Administración de Justicia y los funcionarios son expertos en la materia y saben de lo que se está dilucidando, aunque en ocasiones podamos discrepar de sus criterios o resoluciones.

Sucede, que es tal la incomodidad de algunos jueces y letrados de la administración de Justicia de los Juzgados de Primera Instancia en la tramitación de los concursos o concursos consecutivos, que buscan cualquier posibilidad para no admitir a trámite los concursos de acreedores, ya sea alegando que no se han acompañado copia en papel, sin haber dado posibilidad de subsanación tal como prescribe la LEC., o no haberse cumplido los plazo de la presentación (durante el estado de alerta), o incluso inadmitiendo por cuestiones de fondo, o por no presentar un plan de liquidación cuando se ha solicitado la conclusión por falta de masa o que solo existe un acreedor, cuando en realidad existen varios.

Un ejemplo que recoge casi todos estos motivos de inadmisión lo realiza el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Collado Villalba en el concurso consecutivo 430/2020, que despliega una amplia variedad de motivos de fondo y forma, que deja patente lo que podrían ser sus pocas ganas de tramitar el concurso consecutivo.

4.- PLAZOS DE PRESENTACION DEL CONCURSO CONSECUTIVO.

El mediador concursal, una vez que tiene constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los acreedores o cuando ha finalizado el plazo legal de dos meses desde la comunicación al juzgado del inicio de las negociaciones, tiene un plazo de diez días para presentar ante el juzgado competente el concurso consecutivo.

Es clara la Ley en cuanto la existencia de un plazo de diez días para la presentación del concurso, el problema surge si este plazo es perentorio e impide la presentación del concurso una vez transcurrido y si este plazo se puede cumplir por el mediador concursal.

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 1994/2016, sección 28, el plazo de los diez días empieza a contar desde el transcurso de los dos meses desde que el Notario, Registro mercantil comunican al Juzgado competente la apertura de las negociaciones, igualmente la Sentencia considera que el plazo de los diez días es perentorio y de obligado cumplimiento a los efectos de la admisión y tramitación del concurso consecutivo. En el caso que el mediador concursal no presente la solicitud del concurso consecutivo en dicho plazo, ya no lo podrá presentar, pudiendo presentarlo el deudor o los acreedores, no considerándose concurso consecutivo y con las consecuencias jurídicas que ello pudiera conllevar.

Cuando el mediador concursal, presenta la solicitud de concurso consecutivo, debe de acompañar a la solicitud una serie de documentos, según establece el artículo 76 TRLC, uno de esos documentos es el informe contemplado en los artículos 289 y ss. de la norma. Previo a la emisión del informe, el todavía mediador concursal debe de haber comunicado con una antelación mínima de diez días a la presentación del informe (art. 289 TRLC), el proyecto de inventario y la lista de acreedores, habiendo comunicado, con anterioridad, a los acreedores la existencia de un “futuro” concurso (art. 252 TRLC).

Si el mediador concursal debe de presentar el informe junto con la solicitud de concurso y cumplir con los requisitos de comunicación de los art 252 y 289 TRLC, nos encontramos que el cumplimiento lapso temporal de estas notificaciones, le impedirán cumplir el plazo preclusivo de los diez días para presentar la solicitud del concurso, desde que tiene constancia de la imposibilidad de llegar a un acuerdo con los acreedores o

cuando ha finalizado el plazo de legal de dos meses desde la comunicación al juzgado del inicio de las negociaciones.

Es muy frecuente que, una vez admitido el concurso consecutivo por el Juzgado, en el auto de admisión del concurso, ya con un plan de liquidación o convenio y el informe del artículo 289 TRLC, requiera al administrador concursal, antes mediador concursal para que realice las comunicaciones del art.252 y 289 TRLC, dando el plazo a los acreedores para comunicar créditos y requiriendo al administrador para que presente el informe, que ya presentó en la solicitud de concurso consecutivo.

También aparece que el artículo 710 TRLC, establece que aquellos titulares de crédito que hubieren suscrito el acuerdo extrajudicial de pagos no necesitarán comunicar la existencia de estos créditos ni solicitar el reconocimiento de los mismos, Evidentemente , se refiere cuando no ha existido quorum para el acuerdo, en caso contrario no estaríamos en procedimiento concursal, salvo incumplimiento del acuerdo: por lo que los acreedores que no hubieran suscrito el acuerdo tendrán plazo para comunicar la existencia de esos créditos y su reconocimiento, apareciendo la duda si este derecho a comunicar, deberá ser antes de la declaración del concurso , a instancia del mediador concursal o si este derecho lo podrán ejercer una vez declarado el concurso consecutivo y con plazo dado por el Juzgado para ello..

5.- CONCLUSION

Como colofón, considerar que el TRLC hubiese sido una “segunda oportunidad” para aclarar todas estas dudas, problemáticas surgidas en la aplicación práctica de la mediación concursal y el concurso consecutivo, y crear una reglamentación que desarrolle la ley concursal, como se establece en la propia ley concursal; parece que los legisladores de los últimos años , están más preocupado en dictar normas, hacer gala de ello, olvidarse de ellas hasta su próxima modificación, sin desarrollarlas reglamentariamente de forma ordenada y sistemática y sin tener en cuenta que los profesionales, cualificados y con amplia experiencia y formación que tienen que tramitar estos procedimientos, deben de tener una remuneración de acuerdo con su preparación , su trabajo y su labor social, como ocurre en otras legislaciones.

Autor: Ángel Pedro Díaz Cano