

EL MEDIADOR CONCURSAL. UNA FIGURA INTRODUCIDA CON LA LEY 14/2013 DE APOYO A LOS EMPRENDEDORES Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

Por Leopoldo Pons Albentosa

Socio director de Leopoldo Pons, abogados y economistas

11.11.2013

SUMARIO

Siguiendo con los trabajos propuestos en torno a las modificaciones realizadas en la Ley Concursal por medio de la Ley 14/2013 de apoyo al emprendedor y su internacionalización, de 27 de septiembre, y una vez descritas las condiciones objetivas y subjetivas de la figura del Acuerdo extrajudicial de pagos, nuevo Título X de la Ley 22/2003, abordamos ahora el dedicado a esta nueva institución del mediador concursal.

1. El mediador concursal. Un nuevo profesional en el marco económico forense español

El derecho español ha conocido importantes cambios en su ámbito económico en los últimos 30 años, desde el tributario hasta el marco mercantil. En ese contexto, el papel de los peritos y expertos en materias contables, de información y contenido financiero y patrimonial, han ocupado papeles cada vez más relevantes a la hora de resolver áreas determinantes de la justicia material. Las figuras del perito forense de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el auditor de cuentas, con su propia ley y desarrollo reglamentario, el experto independiente en el contexto del Registro Mercantil y los acuerdos de refinanciación, el administrador judicial y la vigente regulación de la administración concursal, son todas ellas figuras específicas que, de una forma u otra, cuentan con un estatuto jurídico propio, donde se regulan las condiciones y requisitos de competencia, instrucción, condiciones y experiencia, idoneidad, según el encargo a realizar, a la vez que las de capacidad, incompatibilidades y prohibiciones, la política retributiva, la responsabilidad profesional y la cobertura ante infracciones al ejercicio de las funciones asignadas y, en última instancia, la organización y explicitación de los colectivos disponibles.

Por su parte, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, ha introducido una nueva figura, la del denominado mediador concursal, que se inserta en dos coordenadas de referencia. En primer lugar es de obligada presencia ante la solicitud, por parte del interesado, deudor, de intentar un acuerdo extrajudicial de pagos y, en segundo lugar, se configura a partir de una posible doble función, la del mediador especializado, dentro de la Ley

5/2012, de 6 de julio, de mediación y la del posible administrador concursal ante, en su caso, el nuevo instituto del concurso consecutivo del 242 LC ex novo. En términos literales así lo regula el artículo 233 LC tras su incorporación en virtud de la Ley 14/2013, con el tratamiento subsidiario de la explícita referencia, también novedosa, al experto independiente, del artículo 71.bis LC dedicado al experto nombrado por el Registrador ante los acuerdos de refinanciación de ese artículo, introducido por el artículo 31. Uno, de la Ley de 14/2013.

2. La posible doble función del mismo, mediador en el acuerdo y administrador concursal

Aquí aparece una posible doble función no exenta de dificultades, porque tal y como se ha puesto de manifiesto en el debate parlamentario de la Ley 14/2013, véanse las intervenciones de Convergència i Unió o de Izquierda Unida al respecto, no parece que puedan conjugarse las funciones del mediador que, como recuerda la propia Ley 5/2012 y remarca en Dictamen del Consejo de Estado cuando se ocupa del desarrollo reglamentario de la misma, están sometidas al Código de conducta europeo para mediadores, de difícil armonización con las funciones y actuaciones en el caso de que se tengan que trasladar a la figura del administrador concursal, donde deja de ser una cuestión de simple buena fe entre las partes y de habilidades entre técnicas y emocionales, para convertirse en una parte beligerante del proceso concursal, como es el caso de la necesaria apertura de la sección de calificación, ya que el concurso consecutivo se inicia con la liquidación del concursado.

Ante este nada desdeñable posible conflicto, el legislador redacta el nombramiento del administrador concursal del artículo 242 LC estableciendo que, salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal, trasladando al mismo una carga de la prueba que puede ser de imposible conocimiento en la propia declaración del concurso consecutivo.

Sobre esta cuestión ya se han pronunciado, en un primer posicionamiento provisorio, los magistrados de lo mercantil de Madrid, en una reunión mantenida el 11 de octubre de 2013, coincidente con lo aquí expuesto en cuanto a los conflictos que se plantean entre el deber de confidencialidad del mediador y su posterior papel como administrador concursal, entendiendo los magistrados que esta nueva figura reúne una serie de especialidades respecto a la mediación común, pudiéndose derivar una exoneración legal implícita de dicho deber, pero sólo específicamente respecto de su posterior actuación como administrador concursal, y no en otros aspectos.

Sin embargo, aquí sería recomendable, desde el punto de vista del profesional, introducir salvaguardas del señalado deber de confidencialidad, en el sentido apuntado por los magistrados, y ello en la propia intervención que se formalice mediante acta en el momento de asumir el cargo de mediador concursal, sea cual fuese el derrotero final del caso.

3. El problema del nombramiento del mediador concursal

Si seguimos al pie de la letra al legislador nos encontramos con que el nombramiento del 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 correspondiente, artículo 233.1 de la LC. Aparece aquí una forma secuencial, con la apostilla de "que corresponda", pudiéndose leer la misma o bien de una forma lineal, es decir uno después de otro, y según un orden numérico preestablecido, sin más requisitos que los genéricos mencionados, y todo ello a nivel nacional, portal publicado en el Boletín Oficial del Estado, a partir de la lista suministrada por el que será Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, o bien de una forma racional, entendiéndose "corresponda", con la adecuación correspondiente según el caso de que se trate y la lista de que se disponga. Con ello se traslada tanto al régimen de designaciones de la administración concursal como a la del experto por el Registrador, como veíamos.

Quizás también queda pensar en el papel que pueden jugar las Instituciones de la Mediación, a la hora de proveer al Ministerio de Justicia de la información precisa al respecto. Por nuestra parte vemos que la figura del auditor oficial de cuentas es un escenario que podría ser de gran utilidad a la hora de solucionar este siempre importante problema de acertar con el correcto nombramiento del profesional que ha de intervenir en cada caso.

4. La retribución y el seguro de responsabilidad civil

La retribución del mediador concursal ha sido tratada en términos generales en el marco del arancel del administrador concursal, y para ello se introduce una nueva disposición adicional novena en la Ley Concursal que así lo establece. Por su parte, el seguro de responsabilidad civil aparece como de obligado cumplimiento en la Ley de mediación pero, como ocurrió en el marco concursal, su redacción específica queda al albur del correspondiente desarrollo reglamentario, que en un principio y a la fecha de redacción de este trabajo, aún no ha visto la luz en forma del correspondiente Real Decreto. No obstante, de nuevo se abren alguna

incógnitas que el ejecutivo deberá resolver ya que la solución para el caso del mediador en general debe acrisolarse ante los casos posibles, pero no necesariamente acaecidos, de que se tenga que ejercer esa doble función de mediador y después de administrador concursal, ya que estamos ante campos y coberturas diferentes y que, consecuentemente, requerirán de una regulación discriminada.

Como estamos ante un determinado y particular instituto del mediador concursal, probablemente la solución mejor sería conjugar ambos seguros, los del mediador, tal y como quede su reglamentación y, siempre en su caso, la recogida en el Reglamento del seguro de la administración concursal, con el problema de que cuando nos vayamos a él, Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, la suma asegurada, tal y como se establece en su artículo octavo, regula situaciones específicas de la administración concursal, número y tipo de concursos por los que han sido designados, y distinción entre si estamos ante la administración concursal como persona física o jurídica, cuestiones diferentes en el caso que nos ocupa del acuerdo extrajudicial de pagos.

5. El listado oficial de administradores concursales

Los mediadores deben situarse, cuando de ellos se habla en los términos de la ley 5/2012 de 6 de julio en su redacción vigente, en un marco de necesaria regulación reglamentaria, que aunque de inminente aprobación, es posible que en las fechas que vea la luz este trabajo ya podamos trabajar sobre ella, pero que en cualquier caso no hace referencia a la figura que nos ocupa del mediador concursal. De hecho el legislador de la Ley 5/2012 no había pensado en él, ni siquiera de forma genérica, dado lo novedoso y reciente de la institución, y por lo que sabemos tampoco han podido hacerlo, hasta el momento, los desarrollos reglamentarios de la misma.

Sin embargo es posible, al amparo de las dos normas referenciadas, Ley 5/2012 y Ley 14/2013, con las específicas menciones de ésta última, recoger reglamentariamente una solución de compromiso, y para ello habrá que conjugar ese listado, en un principio de carácter único y a nivel nacional, con las soluciones territoriales particulares que para el caso de la administración concursal se arbitran en la Ley Concursal en su artículo 27, párrafo tercero.

6. Conclusión. Una nueva figura con fronteras sensiblemente indefinidas

Esta primera inmersión en la figura del administrador concursal pone de manifiesto la necesidad de retomar la nueva institución y proceder a una regulación más precisa que permita resolver las muchas lagunas abiertas entre la primera regulación, donde entre otras muchas cuestiones será preciso darle un carácter práctico a los nombramientos, un perímetro jurídico más preciso al funcionamiento de los mismos y un marco de referencia más explicitado a los requerimientos de formación inicial y continuada para asegurar la adecuación necesaria de los mismos a un ejercicio profesional con garantías técnicas.

Nota

[1] Este conjunto de trabajos se desarrollan en el entorno de la muy reciente publicación de la Ley 14/2013 y a partir de esa primera lectura. Las primeras revisiones del mismo se han realizado en el Servicio de Estudios LP con la asistencia del Economista Manuel Rico.

EL DERECHO