



sumario	
<ul style="list-style-type: none"> Tribuna La mediación (pre)-concursal <i>Lorenzo PRATS ALBENTOSA</i> 	1
<ul style="list-style-type: none"> Comentarios de Jurisprudencia Teoría de la imputación objetiva y actuación dolosa en homicidio. ¿Tipicidad o Culpabilidad? <i>Manuel-Jesús DOLZ LAGO</i> 	7
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> El delito ambiental exige constancia de riesgo grave para los sistemas naturales o el equilibrio medioambiental <i>Manuel-Jesús DOLZ LAGO</i> 	9
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> El principio de accesoriadad en la participación criminal exige el mantenimiento del mismo título de imputación. <i>Manuel-Jesús DOLZ LAGO</i> 	11
<ul style="list-style-type: none"> <ul style="list-style-type: none"> Aplicación del error de prohibición invencible a un supuesto de ablación de clítoris en Senegal, por deficiencia probatoria. <i>Manuel-Jesús DOLZ LAGO</i> 	14

TRIBUNA

LA LEY 1041/2014

La mediación (pre)-concursal

Lorenzo PRATS ALBENTOSA

Catedrático de Derecho civil

Universidad Autónoma de Barcelona

La actuación de un mediador es clave para el éxito del Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP) como mecanismo para la restructuración de la insolvencia y para evitar la apertura del concurso de acreedores. A un AEP pueden acogerse los emprendedores, persona natural o jurídica en estado de insolvencia, o que prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones. Siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros. El mediador deberá redactar el plan de pagos de los créditos pendientes de abono en la fecha de la solicitud del AEP. Si en este plan se contempla una mora o espera, esta no podrá superar los tres años, y si se propone una quita, esta no podrá superar el 25 % del importe de los créditos. El plan de pagos se aprobará con el voto favorable de los acreedores que sean titulares de, al menos, el 60 % del pasivo. Pero se requerirá el voto favorable del 75 % del pasivo cuando el plan consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas. Si el plan se aprueba deberá elevarse a escritura pública y se publicará en el BOE, así como en el Registro Público Concursal.

1. La Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, aborda un amplio número de materias, con las que se pretende dar amparo y tutela a los denominados «emprendedores». Por estos se entiende a todas aquellas personas, naturales o jurídicas, que realizan una actividad económica. Un concepto que, por tanto, supera al comerciante y al empresario y abarca al profesional e, incluso, al denominado fiscalmente como «autónomo».

El propósito último del legislador es promover la actividad económica, desde todos aquellos ángulos que ha sido capaz de imaginar. Y para ello establece una serie de incentivos en múltiples ámbitos para

que, quien tenga el propósito de emprender una actividad de tal tipo, lo haga al amparo de la red que esta Ley teje.

Una de las líneas de acción la constituye la creación de una nueva pieza dentro del ámbito de la pre-concursalidad (o de la desjudicialización de la solución de la situación de insolvencia). Esta nueva pieza se denomina «Acuerdo Extrajudicial de Pagos» (en adelante AEP), y su éxito pivota sobre la actividad del que se denomina, inexactamente, «Mediador concursal», inexactitud que induce a una innecesaria confusión, pues este mediador tan sólo prestará sus servicios con carácter previo a la declaración del concurso y, en ningún caso, durante el mismo.



Tribunal Constitucional
la sentencia del día
El TC modifica su doctrina y no exige como condición previa a la extradición la revisión de las sentencias dictadas en ausencia
Ponente: Roca Trías, Encarnación
16

Desde luego, en la mente del legislador ha estado presente, de un lado, la constatación de que el temor al concurso, y a sus efectos sobre el deudor (entre los cuales no son menores sus devastadoras consecuencias económicas sobre el maltrecho patrimonio del concursado), disuade a no pocas personas de iniciarse en esa aventura que ahora se denomina emprender. Pero, de otro lado, también ha estado presente la constatación empírica de que la rigidez del proceso concursal —y sus nada desdeñables costes— está constituyendo, en sí mismo, un lastre de gran importancia para la superación de la crisis en nuestro país.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el Fondo Monetario Internacional, al solicitar una reforma de la legislación concursal a fin de que nuestras empresas «se deshagan de la pesada losa de su deuda» (1).

De este modo la útil y versátil herramienta de la mediación se convierte en una técnica que, sin duda, aportará inteligencia a las partes para facilitar, en un buen número de casos, la superación de la situación de insolvencia y sobre todo el mantenimiento en el tráfico de un emprendedor «vivo» —en términos económicos— antes que patrimonialmente «muerto».

2. La ley, como se ha dicho, persigue desplegar sus efectos tuitivos sobre la actividad del denominado «emprendedor-persona natural» —aunque no solo—, perfeccionando el catálogo de recursos y remedios pre-concursales.

A este objeto, en primer lugar, se incluye en el concepto emprendedor tanto al comerciante, como a quien realice actividades profesionales, como, además y en general, a los trabajadores autónomos. Con ello persigue, de un parte, ampliar la base subjetiva de protección (profundizando en la discriminación, por trato desigual, con el deudor persona natural «no emprendedor» o consumidor). Y, de otra parte, implica, como se verá a continuación, la atribución de mayores competencias al Registro Mercantil sobre personas respecto de las que hasta ahora no las tenía, lo que no es más que una deriva de la estrategia de política legislativa —que quedará como marca del Legislador de la presente legislación— de «registrarizar» nuestra vida.

Y, en segundo lugar, se modifica la LC mediante la creación de un nuevo título X (arts. 231 a 241), para introducir, como se ha indicado anteriormente, la regulación del que se denomina «Acuerdo extrajudicial de pagos», y crear la figura del «mediador concursal», a quien, incluso, se faculta para que pueda solicitar la declaración de concurso consecutivo.

3. El AEP lo podrá solicitar aquel emprendedor persona natural que o bien se encuentre

en estado de insolvencia, según el art. 2 LC, o bien prevea que no podrá cumplir regularmente sus obligaciones. La solicitud se podrá realizar siempre que su pasivo no supere los cinco millones de euros, cosa que deberá demostrar aportando junto con la solicitud el correspondiente balance.

Además, se contempla la posibilidad de que también puedan acogerse a este procedimiento, y que, por tanto, también puedan solicitar la negociación de un AEP, «personas jurídicas, sean o no sociedades de capital» (por tanto, también sociedades personalistas, civiles, asociaciones y fundaciones) que estén en estado de insolvencia.

No obstante, se exige que concurren, además, otros requisitos, aparte del subjetivo. Así, se precisa que el deudor solicitante demuestre al notario o registrador mercantil que, en el caso en el que se le declarase en concurso, este no tendría «especial complejidad», por concurrencia de alguna de las tres circunstancias contempladas por el art. 190 LC (2), que, además, demuestre que dispone de activos líquidos suficientes para satisfacer los gastos propios del AEP, y que su patrimonio y sus ingresos previsibles permitirán lograr «con posibilidades de éxito» el acuerdo de pago.

4. La norma delimita negativamente los sujetos que no podrán solicitar acogerse a un AEP y, por tanto, tampoco a una mediación pre-concursal, tal y como se contempla en la ley.

Así, establece que no podrá pretender un acuerdo de esta naturaleza el emprendedor que haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, el orden socioeconómico, la Hacienda, la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores.

En segundo lugar; tampoco podrá solicitarlo aquella persona que, estando obligada a inscribirse en el Registro Mercantil, no lo hubiera hecho con antelación a la solicitud del AEP (una medida de estímulo a la inscripción en tal Registro, propia de la ya referida línea de política legislativa).

En tercer lugar, tampoco podrán intentar este Acuerdo quienes hayan incumplido su deber de llevar contabilidad en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud de acuerdo, o incumplido su deber de presentar en el Registro Mercantil las cuentas anuales en alguno de tales ejercicios.

En cuarto lugar, la norma impide que puedan solicitar el inicio de un AEP quienes, en los tres años anteriores a la solicitud, hubiesen llegado a un acuerdo extrajudicial con sus acreedores, u obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación, de los contemplados en la disp. adic. 4.^a LC, o

hubieran sido declaradas en concurso de acreedores. Ni, tampoco, aquellos deudores que estén negociando un acuerdo de refinanciación, o respecto de los que se haya admitido a trámite su solicitud de declaración de concurso.

Por último, el notario o el registrador mercantil no podrá admitir el inicio de un expediente para llegar a un AEP cuando en el momento en el que el deudor solicite su inicio cualquiera de los acreedores, que deba verse afectado por el acuerdo, hubiera sido declarado en concurso.

De otra parte, se impide a las entidades aseguradoras y reaseguradoras que puedan ser parte en un acuerdo de esta naturaleza.

5. Asimismo, la norma procede a delimitar, también negativamente, el objeto del acuerdo, de modo que el mismo no podrá afectar a los créditos de derecho público.

Por lo que se refiere a los derechos de crédito con garantía real —prenda, hipoteca, anticresis, y derecho de retención en Cataluña—, sus titulares podrán abstenerse de participar en el AEP. En consecuencia sólo se incorporarán al mismo, y, por tanto, quedarán vinculados a sus estipulaciones, si así lo deciden, y comunican su decisión expresamente al mediador concursal.

6. El procedimiento para la negociación y ulterior perfección del AEP se iniciará con una instancia del deudor, en la que el deudor solicitará el inicio del expediente para alcanzar un acuerdo de este tipo, así como el nombramiento de un «mediador concursal» (arts. 231.1. y 232.1 LC).

Esta solicitud se dirigirá por el deudor empresario (comerciante/profesional) persona natural, sociedad civil, asociación o fundación a un notario de su domicilio. No obstante, si el deudor es un empresario o persona jurídica de las que deba inscribirse en el Registro Mercantil, la solicitud se dirigirá mediante instancia al registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor. En el caso en el que el solicitante no esté inscrito en el Registro Mercantil, cuando debería estarlo, el registrador procederá a la apertura de la hoja correspondiente.

El deudor, además, hará constar en la instancia o solicitud en la que pida el inicio del expediente, el dinero y los activos líquidos con los que cuenta, sus bienes y derechos, así como los ingresos regulares previstos. A este listado acompañará una relación de sus acreedores, en la que referirá la cuantía y los vencimientos de sus créditos, e indicará aquellos acreedores que sean titulares de créditos con garantía real o créditos de derecho público. Además, incluirá una relación con los

contratos vigentes y, otra más, que contenga los gastos mensuales previstos.

Cuando el deudor sea persona casada en régimen de gananciales, de participación o de comunidad, se identificará a su cónyuge, así como su régimen económico matrimonial. Este deber de identificar al cónyuge del deudor no deberá cumplirse cuando el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes.

En el caso en el que el deudor estuviese obligado a la llevanza de contabilidad, deberá acompañar a la solicitud las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios.

7. El notario o el registrador mercantil deberá designar mediador concursal a aquella persona natural o jurídica que le corresponda según el orden previsto en el listado oficial de mediadores concursales que se publicará en el portal correspondiente del BOE, y que deberá ser elaborado por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia. Los mediadores que se incluirán en este listado deberán reunir los requisitos para ser mediador previstos en la Ley 5/2012, de Mediación, así como en los arts. 27 y 233 LC.

7.1. El título III de la Ley de Mediación (en adelante LM), arts. 11 y ss., contiene el denominado Estatuto —jurídico— del Mediador, que, ciertamente, determina la regulación legal básica de la profesión de mediador.

Los preceptos contenidos en este título son desarrollo de la competencia exclusiva que le corresponde a las Cortes Generales, de acuerdo con los títulos octavo y trigésimo del art. 149 CE (disp. final 5.^ª). Su objeto es la determinación de los requisitos para ejercer como mediador (art. 11), sus deberes de conducta profesional (arts. 13 y 15), así como su responsabilidad civil (art. 14). Deberes que, en todo caso, se integrarán en aquel contrato que se celebre entre el mediador y su cliente, siempre y cuando la ley aplicable al mismo sea la LM (arts. 1091, 1104 y 1258 CC).

Una de las particularidades de la LM reside en el establecimiento en estos preceptos de un singular sistema público de regulación del ejercicio de la actividad profesional del mediador. De acuerdo con este sistema, el legislador no ha optado por el establecimiento de un deber de colegiación obligatoria de los mediadores previo a la prestación del servicio, semejante al existente para otras profesiones (p. e. abogados o procuradores de los tribunales), sino que ha propiciado la creación por el Ministerio de Justicia del Registro público de Mediadores e Instituciones de Mediación, de incorporación voluntaria, como un mero «instrumento» para la verificación por la Administración del «cum-

plimiento de los requisitos exigidos por esta ley a los mediadores y a las instituciones de mediación, así como de su publicidad» (así, la disp. final 8.^ª *Desarrollo reglamentario del control del cumplimiento de los requisitos de la mediación exigidos en la Ley*) (3).

Realmente, este registro ha sido creado por el art. 8 RD 980/2013, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012 (en adelante RLM) de mediación en asuntos civiles y mercantiles. En el referido precepto se atribuye a este registro la finalidad de «facilitar el acceso de los ciudadanos a este medio de solución de controversias a través de la publicidad de los mediadores profesionales y las instituciones de mediación.»

En consecuencia, ni en la ley, ni en el reglamento se impone a los mediadores el deber de inscribirse en el registro con carácter previo al ejercicio de la profesión, pues, tal y como se dispone en el art. 11.1 RLM, la inscripción en el mismo es voluntaria. Por tanto, con carácter general, ha de afirmarse que la prestación de los servicios profesionales propios del mediador puede realizarse sin estar inscrito en tal registro. Pero también ha de subrayarse que, en todo caso, los mediadores quedan obligados frente a sus clientes al cumplimiento de los deberes que la LM les impone, pues estos se integran en el contrato (art. 1.258 CC).

No obstante lo anterior, el mediador que voluntariamente desee incorporarse al registro deberá aportar al responsable del mismo (el Director General de los Registros y del Notariado, art. 10.2 RLM) los documentos a que se refiere el art. 14 RLM, así como también deberá acreditar ante él que está en posesión de un título oficial universitario o de formación profesional de grado superior, y que cuenta con la formación específica para ejercer la mediación (arts. 3, 5 y 6 RLM) y, por último, que ha suscrito un contrato de seguro o garantía equivalente para la cobertura de su responsabilidad civil.

La falta de acreditación de los anteriores extremos determinará que el encargado del registro no pueda proceder a la inscripción del mediador, tal y como se dispone en el art. 15. 2, 2 RLM, y dicte, en consecuencia, una resolución por la que rechace la solicitud de inscripción.

7.2. Ha de tenerse en consideración, sin embargo, que si bien la inscripción en el registro se contempla como voluntaria respecto de los mediadores en general (art. 11.1, 1RLM), en el caso de los mediadores *concursoales* su inscripción en el registro es obligatoria; además de estar sujeta a otros requisitos específicos, que se suman a aquellos que, con carácter general, se exigen para la inscripción de todos los mediadores (arts. 233. 1 LC, 11.1, 2, 18 y 19 RLM).

En consecuencia, y por lo que se refiere al mediador *concursoal*, la LC le exige que demuestre al encargado del registro que en él concurren los requisitos que precisa la LM para actuar como mediador, así como que, o bien tiene la condición de abogado en ejercicio, con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, y acredite formación especializada en Derecho concursal, o bien que sea economista, o titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional y con especialización demostrable en el ámbito concursal (arts. 27.1 y 233 LC).

Todos estos requerimientos y condiciones han de ser acreditados por la persona natural o jurídica que solicite su inscripción como mediador concursal en el Registro de Mediadores. La comprobación de su cumplimiento por parte del encargado del registro determinará su incorporación a la sección segunda del mismo [art. 13 b) RLM]. Una vez incorporado, el registro suministrará al Boletín Oficial del Estado el listado oficial de mediadores *concursoales*, y, a partir de tal momento, podrá ser designado como tal (art. 233, 1 LC), por el notario o el registrador mercantil, de acuerdo con el procedimiento que se analizará a continuación (*sub* 8).

Debe observarse cómo estas disposiciones determinan que el ejercicio de la profesión de mediador *concursoal* se presente como un ejercicio altamente regulado, que no libre. Y ello pues la prestación de este servicio profesional depende, en primer término, de una resolución administrativa, cual es aquella emitida por el Director General de los Registros y del Notariado por la que se autoriza la inscripción del profesional en la sección segunda del Registro de Mediadores. Pero, en segundo término, depende de la comunicación que se realice por el encargado del registro al portal del BOE de la incorporación del nuevo mediador a la lista oficial, de acuerdo con el modo de proceder que se determine reglamentariamente. En consecuencia, mientras el mediador no se encuentre incorporado a esa lista oficial, y esta modificación de la lista no se publique en el portal del BOE, el nuevo mediador no podrá ser nombrado.

Este modo de regular el acceso al ejercicio de la profesión de mediador concursal plantea dudas de fondo referidas a su adecuación con lo dispuesto en los arts. 9 y 10.2 Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior. Pues este régimen de autorización determina que no pueda ejercerse la profesión de mediador concursal sin su inscripción en el registro, su incorporación a la lista oficial publicada en la Agencia del BOE, y sin que sea designado por el notario o registrador mercantil competente. En concreto, las dudas se plantean, sobre si este régimen de autorización para la

prestación del servicio de mediador *concur*sal está justificado por una «razón imperiosa de interés general», o si el objetivo perseguido no puede conseguirse «mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

7.3. Los arts. 11 y ss. LM han sido objeto de desarrollo por el Reglamento de la Ley de Mediación (RLM) a fin de permitir su control por el encargado del registro, con ocasión de la solicitud de inscripción en el mismo por los mediadores interesados. Además, ha de señalarse que estas determinaciones han sido objeto de mayor concreción por lo que respecta a la inscripción de los mediadores concursales, tal y como resulta de los arts. 233.1 LC y los arts. 18 y 19 RLM.

Así, por lo que se refiere al seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente de los mediadores o instituciones de mediación, han de ser tenidos en consideración los arts. 26 (Obligación de aseguramiento de la responsabilidad civil profesional del mediador), 27 (Cobertura del seguro de responsabilidad civil o de la garantía equivalente), 28 (suma asegurada), y 29 (Obligación de aseguramiento de las Instituciones de mediación).

Además, ha de tenerse en consideración que la disp. trans. 2.ª contiene la previsión de que sean elaboradas listas de mediadores concursales, que tendrán una eficacia provisional desde la entrada en vigor del RLM (27 de marzo de 2014), y hasta la entrada en funcionamiento del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación. De acuerdo con esta previsión «la relación de mediadores concursales que se comunicará a la Agencia del BOE se confeccionará a partir de las listas de administradores concursales que cumplan los requisitos del art. 18 de este Real Decreto».

Lo que, en consecuencia, implica que mientras dure este período transitorio, el Director General de los Registros y del Notariado, en tanto que encargado del Registro de Mediadores, podrá recibir solicitud de aquellos administradores concursales que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del art. 233 LC a fin de que sean incluidos en la relación provisional de mediadores concursales que deberá remitirse a la Agencia del BOE para su publicación y eventual nombramiento.

7.4. A lo anterior ha de añadirse que el art. 233,1 LC, contempla la posibilidad de que una persona jurídica sea mediadora *concur*sal, si bien, en este caso, la mediación se realizará por los mediadores que ella designe.

El art. 18.2, 3 RLM dispone que estas Instituciones podrán solicitar su inscripción en el registro aportando tanto sus datos identifica-

tivos, como los de aquellas personas naturales que, por figurar inscritas en las secciones primera o segunda del registro, puedan desarrollar la actividad de mediación en representación de la persona jurídica (4). Además, la institución deberá acreditar que en ella está integrado, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, o bien un titulado mercantil o un auditor de cuentas, asimismo deberá garantizar la independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administrador concursal, tal y como se exigen por el último párrafo del apartado 1 del art. 27 LC.

8. Una vez se publique el listado oficial de mediadores concursales en el portal electrónico de la Agencia del BOE podrá procederse a su nombramiento. La competencia para su nombramiento se atribuye a los notarios o a los registradores mercantiles, y lo harán en favor del mediador que le corresponda, de acuerdo con el orden en que se encuentren en el listado oficial publicado en el referido portal del BOE.

El notario o el registrador deberá comunicar el nombramiento al mediador, que deberá aceptar el cargo. La certificación o copia del acto de la aceptación será remitida a los registros públicos de bienes, para que lo hagan constar mediante anotación preventiva en el folio registral correspondiente. También se remitirá al Registro Civil, así como «a los demás registros públicos que corresponda».

Además, el notario o el registrador comunicarán de oficio al juez competente para la declaración del concurso la apertura de negociaciones, y ordenará su publicación en el «Registro Público concursal» (regulado por el RD 892/2013, de 15 de noviembre, que tras un período de *vacatio legis* de tres meses, entrará en vigor el 3 de marzo de 2014).

Asimismo, esta comunicación se dirigirá telemáticamente a la Agencia Tributaria y a la Tesorería de la Seguridad Social en la que, además, se indicará, a parte de los datos identificativos del deudor, los del mediador y la fecha en la que aceptó el cargo. Cuando haya representación de los trabajadores, también se le comunicará, y se le ofrecerá personarse en el procedimiento.

9. El mediador, en los diez días siguientes a la aceptación del cargo, deberá comprobar la existencia y la cuantía de los créditos. En los dos meses siguientes convocará por conducto notarial a una reunión, al deudor, así como a los acreedores que pudieran quedar afectados por el acuerdo; esta reunión que se celebrará en el lugar del domicilio del deudor.

En la convocatoria, se hará constar que la finalidad de la reunión es alcanzar un acuerdo de pago, además de expresar la cuantía

del crédito de cada acreedor, y las fechas de concesión y vencimiento y las garantías constituidas.

Los titulares de créditos garantizados con prenda, hipoteca o anticresis podrán comunicar expresamente al mediador, dentro del mes siguiente a la recepción de la convocatoria, su voluntad de intervenir en el acuerdo.

10. La iniciación del expediente no impedirá que el deudor continúe con su actividad (art. 235.1 LC). No obstante, su capacidad quedará restringida, y ellos pues «se abstendrá» de solicitar la concesión de préstamos o créditos, y deberá devolver las tarjetas de crédito de las que sea titular y, asimismo, «se abstendrá» de utilizar ningún medio electrónico de pago.

De otra parte, mientras duren las negociaciones del acuerdo, el deudor no podrá ser declarado en concurso, salvo que concurren las circunstancias previstas en el art. 5 bis LC (art. 235.6 LC).

11. Tras la publicación de la apertura del expediente de mediación, y durante el plazo máximo de los tres meses siguientes, los acreedores afectados por el AEP no podrán iniciar o continuar (5) ninguna ejecución sobre el patrimonio del deudor, y ello pues, durante tal plazo se estará negociando el AEP. Además, durante este mismo período, los acreedores deberán abstenerse de realizar cualquier acto que esté dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del su deudor.

De la anterior regla quedan exceptuados los acreedores cuyo crédito esté garantizado con garantía real, quienes podrán decidir si inician o, en su caso, continúan con la ejecución de su garantía, a pesar de la publicación de la apertura del expediente. Cuando decidan iniciar o continuar la ejecución no podrán participar en el acuerdo extrajudicial.

Uno de los efectos legales de la anotación de la apertura del expediente en los registros públicos en los que se encuentren inscritos los bienes del deudor, es el cierre de estos registros respecto de embargos o secuestros posteriores con efectos retroactivos a la presentación de la solicitud del nombramiento de mediador *concur*sal.

De la anterior regla se exceptúan los embargos o secuestros acordados en el curso de procesos instados por los acreedores de derecho público del deudor, así como por los acreedores con garantías reales que se hayan abstenido de participar en el acuerdo extrajudicial de pagos.

12. El mediador *concur*sal, al menos veinte días naturales antes de la celebración de la

reunión, remitirá a los acreedores, con el consentimiento previo del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud. Si en este plan se contempla una mora o espera, esta no podrá superar los tres años, y si se propone una quita, esta no podrá superar el 25% del importe de los créditos.

A este plan se acompañará un «plan de viabilidad», que contendrá una propuesta de cumplimiento de las nuevas obligaciones, en el que se incluirá la determinación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un «plan de continuación» de su actividad profesional o empresarial.

Asimismo, deberá incluir una «propuesta de negociación» de las condiciones de los préstamos y créditos del deudor. En esta propuesta podrá plantearse a los acreedores la cesión de bienes en pago de deudas, y contendrá o una copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, en el caso en el que se prevea su pago en sus plazos de vencimiento.

Los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o de modificación de la propuesta del acuerdo, y podrán expresar su aprobación o rechazo, total o parcial, de la propuesta. A continuación, el mediador remitirá a los acreedores el plan de pagos y de viabilidad final aceptado por el deudor.

En el caso en el que los acreedores, que representen la mayoría del pasivo que resultaría afectado por el acuerdo, decidieran no continuar con las negociaciones, el mediador deberá solicitar «de inmediato» la declaración de concurso *consecutivo*.

En la reunión de los acreedores con el mediador y el deudor se tratará de las propuestas alternativas, o de modificación, del Plan, así como de los motivos de oposición alegados. No obstante, cuando algún acreedor haya aceptado el plan en los diez días anteriores a la celebración de la reunión y, finalmente, no asista a esta, no podrán alterarse las condiciones de pago aceptadas por tal acreedor.

Los créditos de los acreedores que, convocados, no asistan a la reunión, y que con antelación a su celebración no se hubiesen opuesto al Plan, si fracasa la negociación, y se declara el concurso del deudor común, se calificarán como subordinados.

Asimismo, en la reunión se tratará la aprobación del Plan. Para que esto suceda se necesitará el voto favorable de los acreedores que sean titulares de, al menos, el 60% del pasivo. No obstante, será preciso el voto favorable del 75% del pasivo, en el caso en el que el



plan consista en la cesión de bienes del deudor en pago de sus deudas.

13. Si el plan se aprueba deberá elevarse a escritura pública ante el notario que, en su caso, se inició el expediente. En los casos en que el expediente se hubiera iniciado ante el registrador mercantil, se le presentará copia de la escritura en la que se haya otorgado el Acuerdo y, por tanto, contenga la aprobación del Plan, a fin de que cierre el expediente.

El cierre del expediente será comunicado por el notario o por el registrador al juzgado que, en su caso, debería tramitar el concurso, y, asimismo, a los registros públicos de bienes, a fin de que procedan a la cancelación de las anotaciones que se hubiesen practicado.

El AEP se publicará en el BOE, así como en el registro público concursal por medio de un anuncio, en el que se indicará que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en la notaría o registro mercantil en el que se inició.

14. La aprobación del AEP tendrá por efecto que ningún acreedor podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. Además, los créditos quedarán aplazados o perdonados de acuerdo con lo pactado. Cuando se hayan cedido a los acreedores bienes en pago de deudas, estas se considerarán extinguidas en la proporción correspondiente.

Por su parte, el deudor podrá solicitar la cancelación de los embargos que se hubiesen acordado y, en su caso, anotado.

15. Cuando el plan no llegue a aprobarse, y el deudor continúe en estado de insolvencia,

el mediador solicitará al juez competente su declaración en concurso «consecutivo» (art. 242 LC), quien —según dice la ley— «deberá acordarla de forma inmediata». El mediador también podrá instar del juez la conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa (art. 238.3 LC).

Acordado por el juez el concurso consecutivo del deudor, se procederá a la apertura de la fase de liquidación —salvo, lógicamente, en el caso de falta de masa activa— y se designará como administrador del concurso a quien actuó como mediador, salvo que el juez, motivadamente, aprecie la concurrencia de justa causa para no designarlo.

El mediador convertido en administrador del concurso no podrá percibir por el desempeño de este cometido una retribución superior de la que le hubiera sido fijada en el expediente de AEP. No obstante, el juez podrá acordar que se supere tal límite retributivo en atención a la concurrencia de circunstancias excepcionales.

Los gastos causados por la tramitación del expediente para la perfección del AEP tendrá la consideración de créditos contra la masa. De este mismo modo serán calificados los gastos generados durante la tramitación del expediente extrajudicial que no hubieran sido satisfechos.

El cómputo del plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contarán desde la fecha de la solicitud del deudor al notario o registrador mercantil de inicio del AEP.

Por último, los titulares de créditos que hubieran firmado el AEP no necesitarán solicitar su reconocimiento.

16. El AEP adoptado tan solo podrá ser objeto de impugnación judicial por las causas que reconoce la ley tasadamente. Así, en primer lugar, por la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para su válida adopción del acuerdo, teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores no convocados, En segundo lugar, porque se hubieran superado los límites establecidos por el art. 236.1 LC —vistos anteriormente *sub* núm. 12—. Y, en tercer lugar, en la desproporción de la quita o moratorias exigidas.

La legitimación activa para la impugnación del AEP se encuentra restringida a los acreedores que o no hubieran sido convocados en forma, o se hubieren opuesto, o no hubiesen votado a favor dentro de los diez días siguientes a su publicación.

No obstante, la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo. En el caso en el que se planteen varias impugnaciones al AEP, todas ellas se tramitarán conjuntamente siguiendo el cauce procesal del incidente concursal. La sentencia firme que anule el acuerdo se publicará en el BOE y, como consecuencia, dará lugar a la sustanciación del concurso consecutivo previsto en el art. 242 LC.

17. Tras la publicación del acuerdo y durante la fase de ejecución del mismo, se impone al mediador concursal el deber de supervisar su cumplimiento. En el caso de cumplimiento íntegro del mismo el mediador otorgará acta notarial en tal sentido, que se publicará tanto en el BOE como en el Registro Público Concursal.

Cuando se incumpla el AEP, el mediador deberá instar el concurso *consecutivo* y, en

este caso, se considerará que el deudor se encuentra en estado de insolvencia.

18. La norma ha procedido a una detallada regulación del procedimiento para la perfección del AEP, y ello en tanto que posee estrechas relaciones con el concurso de acreedores y la tutela de los intereses superiores que en él se atienden. Esta minuciosa regulación ensombrea la actividad propia del mediador, y en ello cabe encontrar una razón a que la introducción de la figura del mediador sea objeto de crítica, cuando no de desprecio, por considerar que es un *sucedáneo* de administrador del concurso, cuando no un «intruso» en su esfera de influencia.

Sin embargo, considero que —cuestiones procedimentales y concursales a un lado— la norma reserva al mediador un amplio y muy importante ámbito para que despliegue sus particulares habilidades profesionales durante las sesiones a celebrar entre el deudor y sus acreedores, a fin de afrontar con éxito la superación del problema.

Desde luego, la norma aboca directamente la intervención mediadora a la perfección del AEP, y de los diversos acuerdos y planes que en él se contienen. En cada conversación o reunión, el mediador tendrá la oportunidad de aplicar su técnica, bien diferente a la del administrador del concurso, en tanto que orientada, siempre y en todo caso, a que las partes, por sí mismas, sean capaces de hallar la mejor solución posible para la solución del conflicto, es decir, para la satisfacción de los intereses, tanto de los acreedores como los del deudor, ante el cambio sustancial del patrimonio

de este respecto del momento de nacimiento de los créditos, creando una regla, adoptando unos compromisos que puedan ser asumidos por todos, y que propicien, como indicaba al inicio de este estudio, que de la mediación —y del consiguiente AEP— resulte un deudor patrimonialmente «vivo», con capacidad para reincorporarse con celeridad a la actividad comercial y financiera, ideas que subyacen a la investigación del FMI referida *sub* nota 1.

Es por ello que la inserción de la mediación entre los medios para la evitación del concurso de acreedores debe ser celebrada y respaldada. En sí pretende provocar un cambio importante en la idiosincrasia de quienes se califican de «concurralistas», o expertos en el proceso concursal y sus vericuetos y en la administración del concurso, a fin de que aborden la crítica situación patrimonial del deudor, en primer término, desde la posible solución pactada, antes que desde el rigor del proceso.

Pero también en la de los deudores, que presentarán su solicitud de AEP, no bajo el estigma histórico de ser unos presuntos defraudadores por no poder atender al pago de sus deudas a la espera de un castigo divino, sino como alguien que se encuentra en una situación en ningún caso querida, propia del riesgo de la actividad emprendida, de la que pretende salir (sin provocar mayor lesión a sus acreedores, ni que estos —o el proceso, bienintencionadamente— se la provoquen a él) con rapidez y con la dignidad de haber llegado a tejer una «buena» solución, la solución óptima para todos ante la situación patrimonial del deudor. ■

NOTAS

(1) AAVV., «Jobs and Growth: Supporting the European Recover», en *International Monetary Found, January, 2014. En particular en el Capítulo II, «Growth and the importance of Sequencing Debt Reductions across Sectors»*, redactado por BORNHORST, F. y RUIZ ARRANZ, M., en especial págs. 31 y ss., [<http://www.imf.org/external/np/seminars/eng/2014/EURbook/pdf/2.pdf>], en el que tras señalar que la deuda de las empresas españolas constituye el gran reto para la recuperación económica, subraya que los dos hándicap de nuestra economía son tanto la inflación, como el débil crecimiento económico, por lo que en consecuencia sostienen que la superación de la crisis pasa por unas quitas generalizadas o, al menos, por introducir mayor flexibilidad en los calendarios de pagos, facilitando una salida limpia, preferiblemente ajena a los tribunales, para sus compañías endeudadas pero viables, y una rápida liquidación de las empresas inviables». En este mismo sentido también se ha pronunciado la Comisión Europea el pasado 28 de enero 2014 en el acto de presentación del citado libro del FMI.

(2) Estas son: «1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores. 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. 3.º Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros».

(3) Téngase presente que la incorporación a este registro tiene, a efectos profesionales, una trascendencia muy relativa, dado el escaso valor que añade a mediadores con una experiencia previa contrastada y formación superior a la exigida para acceder a tal registro (¿qué valor le aporta inscribirse en este registro a un mediador registrado en un registro de mediadores de una Comunidad Autónoma, que para incorporarse al mismo acreditó una formación notablemente superior?).

De otra parte, y una vez que en los próximos años el mercado identifique con claridad a las Instituciones de mediación, su prestigio se reconocerá, desde luego, por la selección rigurosa de los mediadores que forman parte de sus listados, y entre los criterios de selección tales Instituciones exigirán a los candidatos la acreditación de una formación superior a la que con carácter meramente testimonial exige el

art. 5 del RM, a parte de otros indicadores de mayor calidad objetiva que los vinculados con la formación inicial o continuada como, por ejemplo, la actividad profesional desempeñada —llamativamente olvidada por el art. 15.2.2 RM— o la acreditación de experiencia como formador de mediadores.

(4) Nótese cómo, en este caso, al mediador que actúe por la institución no se le exige que acredite la concurrencia de los requisitos para ser mediador concursal, pues basta que esté inscrito en la sección primera del Registro del Mediadores, que esté incorporado a la institución de mediación registrada, y así lo haya comunicado al registro al solicitar su inscripción, y que esta institución, en tanto que nombrada como mediadora concursal, le haya designado como mediador.

(5) De este modo la apertura del expediente se convierte en causa de suspensión de las ejecuciones iniciadas sobre el patrimonio del deudor, salvo que sean como consecuencia de créditos de la Hacienda Pública o la S.S. o de la ejecución de garantías reales cuyo titular se haya abstenido de participar en expediente de negociación del AEP.