

La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias

by Redaccion - Viernes, mayo 03, 2013

<http://www.diariojuridico.com/especiales-2/la-mediacion-en-el-concurso-de-acreedores-reflexiones-y-estrategias.html>

Por Arturo Ortiz Hernández, abogado, administrador concursal y mediador



La mediación es una herramienta más que pueden utilizar los operadores jurídicos como forma de alcanzar un acuerdo negociado que evite el concurso de acreedores. En este artículo pretendo exponer, a modo de pinceladas, diversas reflexiones sobre la posibilidad de aplicar esta herramienta.

Algunos estudiosos de esta materia con amplios conocimientos en materia concursal pretenden introducir en la figura de mediación en el concurso, al amparo de los avisos recientes de la introducción de esta figura en la legislación concursal para pequeñas y medianas empresas de forma obligatoria. Leyendo las diversas propuestas he llegado a la conclusión que **lo que realmente propugnan es introducir una especie de “preadministrador concursal”** en el “preconcurso” que incluso luego sería designado administrador concursal.

La figura del mediador en el ámbito concursal que estos estudiosos plantean se concibe con una función eminentemente directiva, cuando no coercitiva. Se pretende que este mediador ilustre al deudor sobre sus posibilidades en el concurso y que incluso pueda imponer determinados aspectos en la negociación. Si lo que se pretende es esto, desde luego propongo que no se le denomine mediador y propongo como alternativa la designación de un “preadministrador” concursal desde el mismo momento de la presentación de la Comunicación previa prevista en el artículo 5.3 de la Ley Concursal, cuya misión se desarrollaría en dos etapas.

En contra de lo que se manifiesta en otros foros, **entiendo que dicho mediador no puede ser nombrado con posterioridad Administrador Concursal por dos motivos:**

- **Pérdida de Neutralidad.** Este mediador podría perder la neutralidad y tener interés en que no se

alcance ningún acuerdo ya que la percepción de honorarios del concurso podría resultarle igualmente interesante, por tanto pierde la neutralidad ya que por su labor percibiría doble retribución tanto por mediar como después por sus funciones propias de administrador concursal.

- **Perdida de Confidencialidad.** En segundo lugar podría verse comprometida la confidencialidad propia de todo proceso de mediación facilitando que las partes expongan sus problemas reales y propiciando después la consecución de acuerdos. ¿Qué concursado se va a arriesgar a dar información que después pudiera favorecer la interposición de acciones de reintegración por parte del administrador concursal?

A mi entender, si se propone un mediador con facultades de imposición de acuerdos y que después pueda ser nombrado administrador concursal, deberá proponerse un nombre nuevo y no el de mediador para evitar confundir ambas instituciones. O en su caso crear una etapa de intermediación en el concurso.

Así, propugno la introducción en el concurso de la mediación como una herramienta más a la hora de conseguir un acuerdo entre las partes que facilite la continuidad de la empresa.

Estrategias para la mediación concursal

La mediación concursal tiene su ámbito propio en empresas que puedan alcanzar viabilidad a través del concurso de acreedores, finalidad real de la ley concursal. **En aquellas empresas que se presume que van a liquidación entiendo que la mediación carece de sentido.** Hecho de menos en la legislación española una figura similar a la que existe en derecho concursal francés, un estudio previo para determinar si el concursado va a concurso o directamente a liquidación.

La mediación concursal tiene por finalidad alcanzar acuerdos con los acreedores que eviten el concurso. Los acuerdos deberán tener objeto, como bien dice el artículo 5 bis de la ley concursal, la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio. Según se persiga uno u otro, la mediación tendrá una mayor o menor flexibilidad ya que vendrá mercada por las previsiones establecidas en la Ley Concursal para el Convenio Anticipado.

Si la Mediación pretende la refinanciación de la empresa, estaremos ante unos procedimientos de Mediación más puros, pues la misma se llevará a cabo seleccionando los acreedores cuya actuación puede provocar de forma más inmediata la presentación del concurso de acreedores si no se llega a un acuerdo con ellos. Por ello es importante el estudio previo para seleccionar aquellos acreedores con los que se ha de desarrollar la mediación, aunque lo óptimo será realizarla con todos o la mayor parte de ellos. En este momento los acuerdos son más flexibles y no es fundamental el respeto al principio de la *par conditio creditorum*, pero no hay que obviarlo puesto que podríamos encontrarnos con posteriores acciones rescisorias. No olvidar este principio es fundamental para no incurrir en acuerdos muy desequilibrados entre los distintos acreedores y que pudieran llevar a acciones rescisorias. En estos acuerdos se pueden incluir otros adicionales que no sean de refinanciación, como compromisos de suministros de pedidos etc... En este tipo de acuerdo es donde la Mediación alcanza toda su riqueza.

No obstante, **si lo que se busca es la obtención de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, es cierto y en eso se distingue con el resto de materias sometidas a mediación, que la mediación concursal tiene cierta rigidez que no aparece en la mediación que se desarrolla en otros ámbitos.** Esta rigidez viene determinada por el principio concursal de respetar la *par conditio creditorum*,

y en la fijación de un objetivo concreto la consecución o aprobación de un acuerdo concreto con los acreedores, pero no cualquier tipo de acuerdo sino de un acuerdo homogéneo que cumpla los requisitos del artículo 100 de la Ley Concursal, es decir que respecto de los créditos ordinarios no podrá exceder de quitas superiores al 50 % ni esperas superiores a cinco años.

Puede incluir además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, incluidas las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos, puede incluir proposiciones de enajenaciones de bienes pero la propuesta no podrá consistir en la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos, ni en cualquier forma de liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada. Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros. Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio.

El convenio podrá presentarse junto con la solicitud del concurso si se alcanzan adhesiones que supongan la décima parte del pasivo. Cualquier acuerdo que no respetara estos límites podría correr el riesgo de no ser aprobado por el juez del concurso con el consiguiente riesgo de alcanzar acuerdos parciales que podrían llevar a la interposición de un concurso necesario por algún acreedor con el que no se hubiera llegado acuerdo de mediación y convertir todo el trabajo en estéril.

La aprobación de la propuesta anticipada de convenio, vinculará a acreedores que no hayan querido sumarse a la misma, si se obtienen las mayorías requeridas en la ley para la aprobación del mismo.

La designación del mediador, al ser voluntaria, deberá corresponder al concursado quien deberá elegir el profesional que considere más adecuado. En todo caso, si la mediación se propone por invitación del juez deberá ser a que se practique la mediación y dar un plazo para justificar el intento de la misma, tal y como está ocurriendo en algunos órganos judiciales. Pero, a mi juicio, no debe imponer o sugerir algún mediador en concreto. El mediador no es un administrador concursal.

En primer lugar he de poner de manifiesto que me inclino a que sea un equipo de mediación el que lleve el proceso, sobre todo si el concurso tiene un número elevado de acreedores.

En la **mediación concursal**, como en toda mediación con pluralidad de partes, es fundamental la fase de la premediación en sus tres etapas:

- **Analiza la situación actual en base a la información obtenida.** En esta fase llegar a conocer cual es la estructura del pasivo en cuanto al carácter personal de los acreedores, esto nos ayudará a decidir estrategias futuras, y en que acreedores hemos de centrar la mediación. Es importante saber si la deuda principal esta concentrada en Administraciones Publicas, acreedores profesionales (bancos y otras entidades crediticias), acreedores privilegiados y otros acreedores. Hemos de conocer los acreedores mayoritarios y aquellos que nos pueden facilitar conseguir un acuerdo.

En esta fase de análisis es muy importante que el mediador consiga información suficiente tanto del concursado como de los abogados del concurso que deben implicarse en el proceso de mediación y sobre todo en esta etapa previa. Suelen tener una visión mas objetiva de la situación que el propio concursado. Una vez obtenida la información, habrá que ver la conveniencia o no de iniciar el proceso.

En principio, si el grueso de la deuda es con Administraciones Públicas, el mediador tiene que tener en cuenta la imposibilidad de la Administración Publica de alcanzar acuerdos. Lo mas que obtendrá el concursado son aplazamientos o fraccionamiento de pago, pero aportando garantías. Esta consideración es importante pues la autotutela de sus créditos por parte de la Administración Pública compromete la viabilidad de cualquier acuerdo con el resto de los acreedores fuera de la propuesta anticipada de convenio. Cualquier proyecto de acuerdos en mediación debe de tener en cuenta esto, ya que los acuerdos que firmemos de refinanciación serán incumplidos si nos encontramos con ejecuciones administrativas que no se verían suspendidas por los mismos. Por ello, **si existe mayoría de crédito público habrá que ir de forma inevitable a la propuesta anticipada de Convenio o al Concurso de Acreedores pues será imposible garantizar la viabilidad de cualquier acuerdo.**

Esta etapa es clave porque el correcto análisis del mismo nos llevará a la conclusión sobre si es práctico o no intentar la mediación.

- **Se deciden y planifican las posibles acciones.** Una vez obtenida la información decidiremos qué acreedores llevaremos a mediación debido a su mayor reticencia a facilitar su apoyo a las posibles alternativas, y los acreedores cuyo consentimiento a un posible acuerdo puede obtener bien el empresario o sus abogados mediante negociación.

Creo importante que el mediador fije una estrategia de acuerdos de forma que los mismos sean equitativos para todas las partes del conflicto.

No podemos olvidarnos de los acreedores y deudores con los que pueda existir conflicto en función de las relaciones comerciales existentes entre las partes, disputas sobre incumplimiento de contratos, etc. Si existen esos conflictos deben tratarse de forma individual mediante los correspondientes procedimientos de mediación. La solución de estos conflictos será importante tanto para la obtención de recursos como para la obtención de adhesiones.

Desde luego, para una mediación concursal me inclino por el modelo de mediación de Harvard, más idóneo para la mediación mercantil. Este modelo desarrollado por el Dr. Roger Fisher es un método para la negociación asistida en la que ambas partes pueden ser asesoradas por una tercera persona para intentar resolver el conflicto. En otro tipo de conflictos, considero que otras escuelas de mediación como la transformativa o circular narrativa son más eficaces.

El mediador concursal debe tener, a mí entender, además de la formación como mediador, formación en derecho concursal y tener conocimientos de lo que es una empresa en funcionamiento, así como los procedimientos bancarios. Lo ideal sería una formación similar a la que se requiere para ser administración concursal.

Cuando la viabilidad de la empresa se vea comprometida por la actitud de un número pequeño de acreedores sin créditos privilegiados, a mi juicio bastará intentar la mediación con estos para evitar que

inicien ejecuciones que puedan hacer aparecer al concursado en registros de impagados que imposibiliten la financiación bancaria o cualquier otra. Esto nos dará mayor flexibilidad y margen de maniobras con los acuerdos.

También hay que tener en cuenta de cara a la refinanciación con entidades bancarias que los procesos en estas entidades se están volviendo especialmente lentos en algunas ocasiones. Es necesario tener conocimiento de los procesos de toma de decisión de estas entidades.

A mi entender, **la mediación tiene pleno sentido en el periodo previo al concurso de acreedores**, que es donde la ley concursal pretende que el concursado lleve a cabo una labor de negociación con sus acreedores que le permita evitar el concurso de acreedores. El artículo 5 bis de la Ley Concursal expone: "El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley". Aunque, a mi juicio, esta labor podría empezar antes ya que el periodo de tres meses podría devenir escaso ya que al estar ante una mediación donde existe una pluralidad de partes podría ser muy ajustado. Por ello entiendo que debería introducirse una modificación donde se permitiera la ampliación de este plazo previo informe del mediador justificando la necesidad de este plazo al menos por otros treinta días si viera posible la consecución del acuerdo.

En el desarrollo de la mediación, el mediador tiene que ser capaz de que las partes entiendan su MANPA o MAAN y también su PAAN, por ello propugno que el mismo tenga conocimientos de la realidad concursal y su practica en los juzgados. Que las partes entiendan esto es clave para poder alcanzar acuerdos.

En la etapa de acuerdos, no podemos olvidar que la mediación concursal en el ámbito del precurso es una mediación especial. Quizás habrá que denominarla intermediación para no contaminar el nombre, pues lo que se trata es de conseguir adhesiones a un convenio concreto con limitaciones respecto determinados créditos. Es precisamente este tipo de acuerdo el que aprobará el juez y tendrá su eficacia con la aprobación del convenio mediante la presentación de las adhesiones. Esto lo desarrollare en futuros artículos.

Hay que tener en cuenta que una ventaja importante del procedimiento concursal es evitar las ejecuciones singulares de los créditos que quedan suspendidos por el concurso y para ello no se puede olvidar que lo idóneo, una vez descartada la opción de acuerdos con los principales acreedores que se comprometan con la viabilidad de la empresa es conseguir la adhesión a un convenio que reúna los requisitos del Artículo 100 de la Ley Concursal y que después tendrá su tramitación concursal, única manera de frenar las ejecuciones singulares de aquellos que no se hubieran adherido al convenio aprobado con las formalidades y procedimiento previsto en la ley concursal.

Por último, en el supuesto de acuerdos previos de refinanciación, quedará a disposición de las partes elevarlos a públicos, para que adquieran firmeza ejecutiva.