

PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA MEDIACIÓN CONCURSAL ELABORADAS POR LOS MIEMBROS DE LA COMISIÓN CONSULTIVA DE MEDIACIÓN CONCURSAL DEL CENTRO DE MEDIACIÓN EMPRESARIAL DE MADRID¹

La mediación concursal, incardinada en el ámbito de la institución preconcursal que es el acuerdo extrajudicial de pagos, en la práctica se está utilizando como un trámite necesario cuyo único objetivo es acceder al “beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho”, sin la penalización de atender el pago del 25% de los créditos ordinarios.

Con objeto de evitar que la mediación concursal se limite a dicha finalidad y pueda alcanzar, al menos parcialmente, los objetivos para los que fue creada esta figura, desde la Comisión de Mediación Concursal del Centro de Mediación Empresarial de Madrid (“CMEM”), se trasladan las siguientes propuestas para su detenido análisis.

Índice de propuestas

I.	Recomendaciones en mediación concursal con unificación de criterios: Aportación del plan de pagos con la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y determinación de baremos de quitas (y esperas).....	2
II.	Criterios Interpretativos relativos a los honorarios derivados de Ley de Segunda Oportunidad: Mediación Concursal: expedientes de AEP para personas físicas no empresarias y personas físicas empresarias y posterior nombramiento como Administrador Concurso	3
	a) Aspectos previos	3
	b) Reflexiones y propuestas principales.....	5
	c) La provisión de fondos	6
	d) Propuestas de mejoras para facilitar la labor de mediación concursal y la aplicación de la ley de segunda oportunidad	7
III.	Estandarización y sistematización de procesos y otras medidas.....	8

¹ La Comisión Consultiva de Mediación Concursal del Centro de Mediación Empresarial de Madrid está conformada por Tomás Villatoro, en calidad de presidente, y Nuria López Hernández, Juan J. Valderas, Miguel Ángel Salazar García y Enrique Suárez García, en calidad de vocales.

I. Recomendaciones en mediación concursal con unificación de criterios: Aportación del plan de pagos con la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos y determinación de baremos de quitas (y esperas)

PRIMERA.- En las mediaciones concursales una vez aceptado el cargo se tiene que proceder a comunicar a los acreedores la existencia del procedimiento por parte del mediador concursal.

Con posterioridad, el mediador concursal debe elaborar un plan de pagos en función de las circunstancias del deudor que, con carácter previo a la reunión con los acreedores debe ser remitido a estos, si bien en la practica es la propia parte deudora quien elabora este plan de pagos y se lo remite al mediador.

Podemos encontrarnos con que los Letrados de la mediada cumplan con su deber y colaboren en la elaboración del plan de pagos o, por el contrario, que haya que estar persiguiéndoles a tal efecto.

La propuesta que hacemos es que junto con la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos el deudor ya adjunte el plan de pagos correspondiente, de esta forma cuando el mediador acepta el cargo ya se le da traslado de la propuesta, de tal manera que en ese momento el mediador puede elaborar una propuesta de pagos definitiva y remitírsela a los acreedores junto con la comunicación inicial de mediación, de forma tal que los mismos se manifiesten a priori y desde un primer momento sobre su conformidad o no con el mismo.

De esta manera, se evita tener que convocar una reunión a la que en la practica no acude nadie pero que demora a la hora de acudir, si no hay acuerdo, al procedimiento concursal.

SEGUNDO.- En la misma línea hay que mencionar que uno de los problemas que nos encontramos es la falta de respuesta por parte de los acreedores ante la propuesta del acuerdo, resultando que la sanción a esta falta de respuesta es la consideración de sus créditos como subordinados.

Aun cuando la sanción es grave, la respuesta de los acreedores es poco frecuente, por ello proponemos que en la comunicación inicial del mediador se advierta expresamente de la sanción que se podría imponer en caso de no comunicación de los créditos en tiempo y forma.

TERCERO.- En ocasiones se produce la circunstancia de que hay acreedores dispuestos a aceptar el acuerdo porque lo estimen razonable y, sin embargo, no resulte posible su aprobación por insuficiencia de quorum, a pesar de haber sido comunicados debidamente todos los acreedores. Como solución podría establecerse que las mayorías necesarias para la adopción del acuerdo se calcule en función de los asistentes y no de la masa, y que aquellos que no contesten o asistan a la reunión sean considerados como subordinados dentro del acuerdo extrajudicial de pagos de tal modo que les vincule, pero se les pague solo después de que hayan cobrado los acreedores ordinarios.

CUARTO.- En las quitas presentadas por los mediados en su plan de pagos en ocasiones se incurre en abuso de derecho. Las quitas suelen ser superiores al 80/90 % y con frecuencia por parte de los mediados ni tan siquiera se hace una valoración de las posibilidades, sino que se tiende a ir a valores estandarizados lo que provoca que las entidades financieras rehúsen de entrada los planes de pagos.

Sería aconsejable mantener reuniones con las principales entidades crediticias para poder conocer qué porcentajes de quitas estarían dispuestas a aceptar y, en función de ello, establecer unos criterios.

Otra opción sería que, si el mediador observa que las quitas propuestas no son conforme a las circunstancias reales, se pueda llegar a estimar que la propuesta de acuerdo extrajudicial no ha sido planteada con buena fe, con la consecuencia de no exoneración del pasivo.

QUINTO.- De igual forma habría que requerir a las entidades crediticias que indiquen expresamente a qué cuenta de correo se han de dirigir las comunicaciones dado que con demasiada frecuencia nos encontramos con que las mismas son remitidas a departamentos erróneos.

II. Criterios Interpretativos relativos a los honorarios derivados de Ley de Segunda Oportunidad: Mediación Concursal: expedientes de AEP para personas físicas no empresarias y personas físicas empresarias y posterior nombramiento como Administrador Concursal

a) Aspectos previos

En septiembre de 2020 entró en vigor el TRLC (“**Texto Refundido de la Ley Concursal**”), en el que no se ha recogido aún lo concerniente a la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (conocida como la Directiva sobre reestructuración e insolvencia); en todo caso, el plazo para la transposición culminaría el próximo 17 de julio de 2021.

La Ley de Segunda Oportunidad tiene dos fines para las personas físicas (recordando que es un procedimiento al que también pueden acogerse PYMES):

1. Que los deudores vean exoneradas aquellas deudas impagables que mantienen con las entidades financieras y otros acreedores.
2. Que, fruto de lo anterior, se permita una inclusión de los deudores, de nuevo, en la Sociedad, reduciendo la marginalidad.

Para ello el deudor debe:

- Solicitar una mediación concursal.
- Con gran probabilidad, solicitar el concurso consecutivo.
- Concluir ese concurso, bien por liquidación, o bien por insuficiencia de masa activa.

A los efectos del TRLC, no hay mención similar a la relativa a los que figura en la Disposición Adicional Segunda² (tan solo una reseña en el art.645 TRLC), por lo que sigue teniendo validez una ponderación que debe lidiar con los siguientes problemas:

- El deudor con frecuencia tiene totalmente exhaustos sus ahorros y su capacidad de obtener ingresos o financiación.
- El deudor debe afrontar gastos como los de asesores, certificados registrales, notarios, notas simples, abogados, procuradores, que intervienen en la tramitación, además de los concernientes a la propia mediación.
- Lo exiguo de los honorarios, así como la alta probabilidad de impago desincentivan el procedimiento, que con frecuencia provoca que los mediadores no asuman el nombramiento de sus cargos en ese escaso plazo de 5 días.
- Los honorarios ya percibidos durante la mediación pasan a considerarse honorarios ya cobrados por la función de administrador concursal en el concurso consecutivo.

En algunos foros se entiende que no está claro que la retribución de la mencionada Disposición Transitoria sea suficiente como para limitarlos con efectividad, si bien nuestra Cámara debe hacer una defensa de esos límites, que se calculan a partir del anexo del *Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de administradores concursales* (“Arancel”), con tablas que determinan los porcentajes para fijar los derechos de los administradores profesionales en la fase común.

Por otro lado: si hay AEP previo, el Mediador Concursal (ya transformado en Administrador Concursal) cobrará solo una fracción de lo que devengaría en caso de concurso de acreedores sin previo AEP, que es una institución extrajudicial.

² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8469>

Textualmente lo siguiente:

1. *La remuneración del mediador concursal se calculará conforme a las siguientes reglas:*

- a) La base de remuneración del mediador concursal se calculará aplicando sobre el activo y el pasivo del deudor los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.*
- b) Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70% sobre la base de remuneración del apartado anterior.*
- c) Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50% sobre la base de remuneración del apartado 1.*
- d) Si el deudor fuera una sociedad, se aplicará una reducción del 30% sobre la base de remuneración del apartado 1.*
- e) Si se aprobara el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25% del activo del deudor.*

2. *Esta disposición será aplicable hasta que se desarrolle reglamentariamente el régimen retributivo del mediador concursal.*

b) Reflexiones y propuestas principales

Es unánime la crítica al sistema de remuneración de la mediación concursal. El RDL 1860/2004, regulador de los honorarios de la administración concursal sigue pendiente de reforma desde el año 2011, sin que, inexplicablemente, haya prosperado ninguna de las propuestas impulsadas por distintos colectivos.

Sin perjuicio de reiterar la necesidad de un marco legal adecuado que garantice la correcta retribución del mediador concursal, lo cierto es que con la regulación prevista en el artículo 645 TRLC es posible establecer algunas prácticas que deben considerarse acertadas:

- (1) Para la correcta determinación de los honorarios **es imprescindible que en la solicitud del deudor se precise el valor de los bienes del deudor y la cuantía aproximada de sus deudas**. Por lo tanto, el organismo que recibe la solicitud de mediación tendrá que requerir al deudor para que establezca, con la mayor precisión posible, dichos criterios de valor.
- (2) En la Ley concursal (artículo 233.1 LC) se establecía que esa retribución debía constar en el acta de nombramiento; es decir: debía incluirla el notario, registrador o la Cámara en la actuación realizada reflejando el nombre del mediador. En el TRLC la fórmula empleada es más abierta: no se habla de “acta”, sino de “*resolución en la que se designe*”. Esta fórmula ha de permitir que la retribución se establezca no sólo en el acta de nombramiento, sino también en resolución distinta, como puede ser la que dicte la Cámara al asumir la mediación. **En todo caso, debe exigirse que esa retribución quede fijada, aunque sea de modo provisional, antes de que el mediador acepte el cargo y empiece a desarrollar su actividad.**
- (3) Se tiene que permitir al mediador solicitar la revisión de la resolución fijada para poder subsanar posibles errores u omisiones. A falta de disposición legal, dicha revisión tendrá que hacerse ante el notario, Cámara de Comercio, o registrador, por escrito motivado.
- (4) **La retribución fijada en esa resolución será provisional**, susceptible, por lo tanto, de ajuste si el mediador constata variaciones en el activo o pasivo del deudor como consecuencia del desarrollo del proceso de mediación.
- (5) **El mediador concursal tendrá que indicar la retribución definitiva en las actuaciones finales que realice**. Bien al elevar la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, bien en el momento de rendir cuentas al concluir el trámite de mediación. Sería recomendable que esta indicación apareciera en el acta de inicio del trámite.
- (6) Los aspectos sociales de esta labor **deberían permitir la exención de IVA de los honorarios de la Mediación Concursal**, por cuanto es un impuesto que grava precisamente a quien no dispone de recursos, como es el deudor concursado.
- (7) Los honorarios del arancel no incluyen expresamente los suplidos.
- (8) Los honorarios tan escasos que en algún caso podríamos calificar de indignos a la cualquier profesión que combina la responsabilidad y el servicio

desarrollado por el mediador, nos autorizan a elevar a las instancias que sean necesarias la propuesta de que se establezca un sistema de aseguramiento del cobro desde la propia administración pública, de unos honorarios mínimos que sean analogados a los importes calculados a partir los módulos del turno de oficio de la abogacía por un procedimiento ordinario.

- (9) Dando por sentado que los expedientes concursales se incrementarán por efecto de la pandemia, es lógico pensar que los fondos europeos puedan destinarse a los afectados por tal pandemia, por lo que cabría iniciar la petición de fondos para disponer de capacidad financiera con la que ayudar a quienes se vean obligados a acudir a la institución preconcursal.
- (10) A la vez se podría promover una posibilidad de que los honorarios de la mediación puedan ser atendidos por los acreedores o alguno de ellos. Esta posibilidad podría ser útil en escenarios en los que los acreedores puedan ver la posibilidad de recuperar parte de su crédito en una mediación y prefieran favorecer esta opción, que se prevé que sea más rápida que no llegar al procedimiento concursal, el cual se puede prolongar por mucho tiempo, trayendo además consigo una expectativa de recuperación menor. El hecho de que un acreedor atienda los honorarios y costes de la mediación no desvirtúa el hecho de que un acuerdo resultado de mediación es siempre voluntario, con lo que el deudor está aceptando el resultado.

En definitiva, es un acicate más en el impulso y promoción de la mediación, persiguiendo su objetivo de eficacia, en tanto que puede dar lugar al desarrollo de un mejor acuerdo para los acreedores que el que resultase de un procedimiento concursal.

c) La provisión de fondos

El mediador concursal está sujeto a la Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo Artículo 15.2 dice:

*“Tanto los mediadores como la institución de mediación **podrán exigir a las partes la provisión de fondos que estimen necesaria para atender el coste de la mediación.***

Si las partes o alguna de ellas no realizaran en plazo la provisión de fondos solicitada, el mediador o la institución, podrán dar por concluida la Mediación”.

Por lo tanto, la norma permite esta acción previa que, de alguna manera, garantice la viabilidad económica del procedimiento.

d) Propuestas de mejoras para facilitar la labor de mediación concursal y la aplicación de la ley de segunda oportunidad

TRABAJO DEL MEDIADOR	FORMA DE REDUCIR COSTES ECONÓMICOS, DE GESTIÓN, O DE TIEMPO
Aceptar el cargo personalmente en Notaría	Permitir una comunicación telemática, mediante certificado digital, con la notaría.
Sesión informativa con el deudor	Habilitar medios que permitan tramitar la sesión de forma telemática.
Atención a deudores, letrados y acreedores	Remisión de información resumida, de forma periódica, de los principales hitos o avances en el procedimiento, válida bajo los estándares de LOPD.
Comprobación de créditos	Habilitar un canal con el respaldo de Cámara, para facilitar la comprobación, válido a efectos de LOPD.
Revisar y validar la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos del deudor, para su envío a los acreedores que son, fundamentalmente, Entidades Financieras	Habilitar un canal propio entre Cámara y Entidades Financieras para dinamizar esa relación, evitando la carga administrativa de obtener citas, intercambio de interlocutores, etcétera, y agilizando el trámite de forma que la Entidad sepa que la Cámara está tutelando el procedimiento sin mala fe.
Resolver consultas.	Crear tutoriales sobre las principales consultas.
Asistir a la reunión con acreedores, para lo que se requiere un despacho propio o alquilado.	Dar prioridad a reunión telemática, o disponer de despacho en Cámara para este fin.

TRABAJO EN EL CONCURSO	FORMA DE REDUCIR COSTES ECONÓMICOS, DE GESTIÓN, O DE TIEMPO
Si es abogado, puede presentar documentos telemáticamente (pero en general, luego se solicitan copias en los juzgados)	Permitir impresión de documentos a cargo de Cámara de Comercio.

Realizar el informe del art. 292	Establecer un informe-tipo que permita ordenar y sistematizar la mayor parte de la información.
Requerimiento de juzgado para nombramiento de procurador.	Habilitar turno de oficio de representación procesal.
Algunos juzgados solicitan ratificación de la solicitud de concurso, lo que añade otro trámite adicional.	
Nombramiento como AC en los casos en los que se solicita el archivo por insuficiencia de masa activa, lo que añade otro trámite, requiriendo de nueva visita a Juzgado.	Habilitar tramitación telemática.
Desconocimiento en el colectivo notarial de su obligación de solicitar el concurso consecutivo en los casos en que no se ha designado mediador concursal por renuncia de los contactados.	

III. Estandarización y sistematización de procesos y otras medidas

A efectos de poder desarrollar un trabajo más estandarizado en la fase de mediación, en todo aquello que es posible y necesario en la presentación del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, deberemos trabajar en sistematizar procesos y buscar sinergias entre los diferentes agentes intervinientes en el proceso. A tal efecto, se enumeran las siguientes medidas pendientes de desarrollo:

- Uso de formularios estandarizados como modelo de presentación, que aporte el total de información en formatos de alta usabilidad por parte del mediador. Estos formularios son muy útiles, en tanto en cuanto que aportan datos complementarios para la presentación de la solicitud en el supuesto de persona física.
En los formularios se ha de hacer especial hincapié en desarrollar de forma pormenorizada los datos de los acreedores con todos los detalles para comunicar con ellos a través de una única cuenta de correo electrónico, así como establecer unos requisitos para el detalle y control del inventario.
- Promocionar entre todos los operadores los expedientes electrónicos para el desarrollo de las actuaciones de mediación, permitiendo y dando validez a las comunicaciones, prestaciones y tramitaciones del expediente de mediación por medios telemáticos.

- Promover la creación de una Asociación de ámbito nacional de mediadores concursales. No existe una institución colegial que acoja a los mediadores, lo cual permitiría unificar criterios, facilitar el acceso e interlocución con las Administraciones y asegurar un control de la calidad del servicio.

Dado que la profesión de mediador es transversal a diversas profesiones como las de economistas, abogados y auditores, falta una institución propia, que por ahora no está incluida en ninguno de los colegios profesionales citados. Tal vez se debería pensar en una corporación como las que existen para auditores de cuentas, un instituto que acoja a diversas profesiones regladas.

- Promover reuniones periódicas entre los enlaces de Juzgados, Colegios de Abogados y Procuradores y personas delegadas del Colegio de Economistas y Censores Jurados, así como representantes de estas asociaciones de mediadores, a los efectos de solventar los posibles problemas que se detecten en la aplicación del Texto Refundido de la Ley Concursal.

Estas reuniones, supondrán una mejora en la eficiencia y eficacia de la tramitación procesal, en beneficio de la ciudadanía, y deberían vincularse al funcionamiento del observatorio de la segunda oportunidad.

- A efectos prácticos, trabajar en una modificación del régimen del acuerdo extrajudicial de pagos, eliminando límites cuantitativos para su acceso – por lo menos en personas físicas, para que se puedan acoger a este procedimiento deudores con unos pasivos superiores a los 5 millones de Euros.
- Trabajar en una propuesta de modificación de la Ley Concursal, para que se habilite un procedimiento directo para acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho a aquellos deudores que carezcan de patrimonio embargable y que no tengan una expectativa razonable de mejora patrimonial. Este procedimiento debería evitar que el deudor tuviera que acudir previamente al procedimiento extrajudicial de pagos y que evitara también tener que ser declarado en concurso consecutivo de liquidación como requisito previo para la exoneración.

A fin de cuentas, para que la mediación concursal sea realmente efectiva y se pueda fundamentar un trabajo de mediación como corresponde, lo cual será base para seguir defendiendo la profesión y la utilidad del procedimiento, el acuerdo extrajudicial de pagos debería destinarse única y exclusivamente a los deudores que tuvieran patrimonio embargable con el que plantear un planteamiento de pago razonable a sus acreedores.

- En línea con la propuesta anterior, eximir de la necesidad de acudir al acuerdo extrajudicial de pagos a aquellos deudores afectados por créditos que no quedaran sometidos legalmente a ese acuerdo extrajudicial (deudores que sólo tienen acreedores públicos o deuda con garantía real).

En Madrid, a 22 de marzo de 2021

Comisión Consultiva Mediación Concursal
Centro de Mediación Empresarial de Madrid (CMEM)