

La mediación mercantil. Especial referencia a la mediación en el marco concursal

Mercedes LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA

Profesora Contratada Doctora. Departamento Derecho Penal y Procesal. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla

Diario La Ley, Nº 8225, Sección Doctrina, 9 Ene. 2014, Año XXXV, Ref. D-9, Editorial LA LEY

I. LA MEDIACIÓN. CONCEPTO Y REGULACIÓN

La aparición de las *Alternative Dispute Resolutions*, a partir de ahora ADR, se produce hace aproximadamente treinta años como consecuencia de otro movimiento típicamente anglosajón, conocido como *movimiento de libre acceso a la justicia*, con el que se pretende que todos tengan la posibilidad de acceder a un medio por el que se consiga una solución eficaz al conflicto planteado (1) . Así, los ADR se configuran como «mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales» (2) . A finales de la década de los sesenta la sociedad estadounidense comienza a expresar gran interés por las ADR, estudiosos del derecho, todos ellos de la *Harvard Law School* han contribuido a la aplicación de estas técnicas (3) .

Los ADR son mecanismos que se fundamentan en la libre voluntad de los ciudadanos que acogen técnicas diversas y que se caracterizan por solucionar los litigios entre particulares fuera del ámbito judicial. En nuestro país las técnicas de ADR no se encuentran tan consolidadas como en otros países de nuestro entorno al no haber sido potenciadas desde instituciones como la Universidad, desde la judicatura o desde el poder legislativo, si bien últimamente se aprecia un movimiento en alza, especialmente en el ámbito de la mediación familiar (4) .

Como es sabido, con las fórmulas autocompositivas la solución al litigio se acuerda por las partes mediante la cesión en sus pretensiones iniciales. La intervención del tercero, que se sitúa en plano de igualdad con las partes, tiene por finalidad potenciar la comunicación y alcanzar, con ello, una mejor solución al conflicto. Entre estos métodos se encuentra la mediación y la conciliación. Por su parte, la heterocomposición supone la intervención de un tercero que se sitúa *supra partes* y que tiene la posibilidad de imponer la solución del conflicto. Entre los métodos heterocompositivos se sitúan el arbitraje y el proceso judicial. Con la mediación el tercero no resuelve el conflicto sino que intenta acercar las posturas de las partes favoreciendo el diálogo entre ellas, acercando posturas para que sean ellas mismas las que, de forma pacífica, lleguen a la solución del conflicto. Desaparece la idea vencedor-vencido que es sustituida por la premisa contraria *win-win*, donde todas las partes ganan y pierden, sin conseguir una satisfacción completa de todos los intereses reclamados pero con la seguridad de no perderlo todo (5) . Es fundamental para entender la esencia de la mediación el no perder de vista que la misma se centra en intereses en vez de en posiciones. Es por esta razón que la actuación del mediador ha de dirigirse a evitar que las partes se sitúen en posturas intransigentes que paralicen la negociación. Lo importante no es quien gane o pierda, sino establecer una solución que satisfaga las necesidades de cada participante.

Como apunte histórico-legal, señalar que la mediación como institución reglada surge en EE.UU. en los años sesenta y setenta, extendiéndose durante la década de los ochenta a Canadá e Inglaterra, y al resto de Europa en los noventa. En la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa, respecto de medidas para prevenir la carga excesiva de trabajo a los Tribunales, se invita a los gobiernos de los Estados miembros a cumplir diferentes objetivos, como promover la potenciación de la solución amistosa de los conflictos (6) .

El primer paso en este camino ha de encontrarse en el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002 (7) , donde se reconoce como estas ADR representan una prioridad política para las instituciones de la Unión Europea que han de promoverlas, así como procurar crear los instrumentos adecuados que garanticen su desarrollo y su calidad. Con esta consulta se pretendía recabar los distintos puntos de vista, así como las observaciones generales que sirvieran para definir las directrices de la política a seguir para promover iniciativas tanto legislativas como operativas. Este Libro Verde fue acogido positivamente por la comunidad jurídica y empresarial europea, existiendo acuerdo prácticamente mayoritario sobre la necesidad de impulsar los sistemas de ADR transnacionales, ligado al pensamiento de que todo intento armonizador debe partir de respetar las leyes de régimen interno.

Consciente de esta situación de colapso y con el firme propósito de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea (en adelante UE) encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, se acordó por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 (LA LEY. 334004/2008) (8) , sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, con la que se pretende contribuir a promover el uso más frecuente de la mediación de tal manera que, a su vez, se simplifique y mejore el acceso a la justicia garantizando la libre circulación de empresas y personas. Con esta Directiva se pretende incentivar el recurso a la mediación, pero también dar homogeneidad a una serie de garantías procesales básicas que influyen en el reconocimiento mutuo y en la confianza recíproca en el ámbito de la UE.

Las disposiciones de esta directiva se refieren tan solo a los procedimientos de mediación en asuntos transfronterizos con la que se pretende dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, pero nada impide que dichas disposiciones se apliquen también a procedimientos de mediación de carácter nacional. Ciertamente, la mediación puede resultar especialmente eficaz en este tipo de litigios transfronterizos ya que a la lentitud y coste de los procedimientos o saturación de tribunales, se unen problemas tales como posibles conflictos de leyes o de órganos jurisdiccionales competentes (9) . Los ordenamientos internos han de desarrollar la institución de la mediación partiendo de la normativa europea, que se centra en otorgar una regulación de mínimos que permitan garantizar la calidad y eficacia de la mediación. Para el legislador de la UE, el acceso a la justicia no se limita tan solo a la tutela judicial sino que encuadra también aquellos procedimientos, alternativos al judicial, que resultan adecuados para resolver litigios tanto de particulares como de empresas (10) .

En nuestro país toda la regulación de la mediación había sido elaborada por las CC.AA., sobre todo en el ámbito de familia. No es hasta el mes de julio del año pasado que la directiva de referencia se transpone al Derecho español por Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY. 485413/2012) (11) , de mediación en asuntos civiles y mercantiles que concibe la mediación «como institución ordenada a la paz jurídica» que hará acudir a los tribunales como «último remedio, en caso que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes», contribuyendo a reducir la carga de trabajo de los Tribunales. Partiendo del reto que supone la implantación de una justicia de calidad, la mediación se perfila como un sistema alternativo de resolución de conflictos que ha ido cobrando una importancia creciente como instrumento complementario de la Administración de Justicia (12) .

II. OPORTUNIDAD DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL

La mediación mercantil es la gran desconocida en nuestro país y, al mismo tiempo, tan necesaria como la mediación en el ámbito civil. Que duda cabe que el incremento progresivo de la actividad comercial y empresarial que hemos experimentado hace unos años, y que ahora se ha visto brutalmente ralentizado por el fenómeno de la crisis

económica, ha generado un incremento en el número de conflictos entre comerciantes y empresas que hoy en día tienen un claro y desgraciado reflejo en el marco del proceso concursal. Precisamente, hoy más que nunca, surge la imperiosa necesidad de preservar las relaciones mercantiles previamente establecidas así como de intentar salvar el, cada vez mas reducido, tejido empresarial aportando soluciones que permitan a las empresas continuar con su actividad a través de cauces que permitan una resolución ágil y efectiva de las controversias. La actualidad empresarial española esta marcada por diferentes y variados tipos de conflictos que repercuten profundamente en su actividad. Cuando estos conflictos resultan insostenibles las empresas optan por acudir al proceso, solución que, en múltiples ocasiones, agrava el problema por cuanto rompe relaciones comerciales fundamentales para su supervivencia (13) .

La mediación es especialmente eficaz en los conflictos en los que hay un gran interés en conservar las relaciones de las partes, así como mantener la confidencialidad sobre las circunstancias de un conflicto o inclusive sobre su existencia, premisas ambas que concurren en el ámbito mercantil. Las ventajas que pueden ser aportadas por la mediación en el marco empresarial se han expuesto muy claramente el pasado 31 de enero de 2013 en el Seminario celebrado en el Colegio Notarial de Madrid bajo la rúbrica *Como beneficiarse de la mediación*, en el que se resaltó que «la mediación aporta ventajas competitivas para las empresas y supone un elemento de calidad diferenciador en la resolución de conflictos que influye positivamente en su organización», se apunta además que «en España la idea de acudir a la mediación para resolver conflictos no está del todo consolidada. No obstante, las empresas empiezan a percibir de manera fehaciente la necesidad y las ventajas de acudir a este método para resolver sus litigios, y como una magnífica herramienta para resolver situaciones de impago...» «... si bien queda un largo camino por recorrer hasta que la mediación se vea implantada como método habitual de resolución de conflictos, este tipo de resolución de conflictos va aumentando de forma considerable» (14) .

Ciertamente, el colapso que experimentan actualmente los juzgados y tribunales plantea la necesidad de buscar fórmulas alternativas al poder judicial en un intento de alcanzar una pronta solución que en el seno de las empresas se hace, si cabe, más acuciante debido a que una resolución tardía puede provocar la liquidación de la actividad empresarial. El aumento de las causas planteadas ante los Tribunales y la complejidad de algunas de ellas han provocado, una *desestabilización del sistema judicial* (15) , que propician buscar métodos alternativos a la resolución de conflictos.

Frente a la firme creencia, imperante prácticamente hasta la actualidad, de que el acceso a la tutela judicial es la mejor fórmula de solucionar definitivamente la controversia surgida, se va abriendo paso, poco a poco, en nuestro país, la conveniencia de potenciar la utilización de otras fórmulas de solución de conflictos, debido al aumento de las causas incoadas ante los Tribunales y a la consiguiente ralentización del sistema a la hora de dar una respuesta eficiente. Las cifras hablan por sí solas, no debemos olvidar que en España con una población de casi 50 millones de habitantes se producen 9,5 millones de litigios al año, y de ellos cerca de 1,7 millones son de casos civiles y mercantiles (16) . Si sirve de comparativo, nuestra vecina Francia, con una población de 65 millones de habitantes, apenas llega a los 6 millones de procesos judiciales. En este contexto la mediación mercantil se perfila como un mecanismo de resolución de conflictos más eficaz, sobre todo, si tenemos en cuenta factores temporales, económicos o personales (17) . Temporales, porque la mediación hace que el conflicto se resuelva de forma más ágil y rápido; económicos, porque no se precisa la actuación coactiva de los poderes públicos al haber sido planteada y adoptada por las propias partes la solución al conflicto. Además, la mediación resulta mucho más económica que un proceso judicial porque los honorarios del mediador se determinan en el momento de su nombramiento y porque además los gastos se van a repartir entre ambas partes. Gastos que lógicamente serán menores que los que genera la apertura de un proceso judicial. Y, por último, personales por la satisfacción que

genera en las partes al ver que ellas contribuyen a la solución del problema sin perder todas sus pretensiones.

La utilización de la mediación en el marco de las relaciones de negocios no es un fenómeno nuevo; nos remontamos a los años setenta para ver como las empresas norteamericanas comenzaron a utilizar nuevas técnicas para resolver sus problemas comerciales extrajudicialmente. De forma creciente, un número cada vez mayor de empresas, tanto de EE.UU. como de Europa, comenzaron a apreciar que las nuevas técnicas de resolución de conflictos producen, en muchos casos, mejores resultados que los pleitos por su agilidad y por el menor gasto que implican (18) . Así, la significativa reducción de costes legales, el ahorro de tiempo, la posibilidad de solventar cuestiones complejas, o la confidencialidad han hecho que muchas compañías y firmas de abogados en los EE.UU., Iberoamérica y Europa se interesen por la mediación (19) . Conviene recordar que en nuestro país ha aumentado considerablemente la litigiosidad empresarial a partir de 2009 como efecto de la gran crisis económica que padecemos, lo cual ha provocado una saturación más que considerable en los Juzgados de lo Mercantil.

No obstante, a pesar de las ventajas que levemente hemos anunciado, lo cierto es que la mediación mercantil en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas, ha sido un recurso muy poco utilizado sobre todo si tenemos en consideración que España es un país con una gran cultura procesal litigiosa. Pero, como en todo, la realidad se impone, y, bien sea por influencia del Derecho comparado, bien por la situación de colapso en la que se hayan inmersos nuestros Juzgados, lo que nos permite aventurar que a este tipo de mediación le espera un futuro de lo más prometedor. Además, hay que tener en cuenta que en la esfera jurídico privada en la que nos movemos la posibilidad de alcanzar una tutela efectiva por mecanismos distintos del Poder Judicial es mayor que en cualquier otro orden jurisdiccional, al basarnos en el principio de autonomía de voluntad y, con el, de disponibilidad del objeto litigioso.

Los conflictos que pueden desencadenarse en el ámbito empresarial se ocasionan tanto dentro de la empresa como en relación con otras empresas o personas. Así, *dentro de la empresa* pueden venir referidos a gestión, dirección, societarios o laborales (tanto individuales como colectivos), mientras que los producidos *fuera del ámbito de la propia empresa* pueden tener lugar bien con proveedores, bien con clientes (20) , bien con acreedores o con empresas competidoras. La mediación empresarial mercantil va a tener como objetivo esencial la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de los negocios, conflictos relacionados con aspectos tales como disminución de la demanda de productos o servicios, insatisfacción de los clientes, un clima laboral negativo, disminución de ingresos, constante rotación de empleados, errores de comunicación, demoras en la entrega de pedidos, falta de productividad... Ante estos problemas las empresas hacen frente a los conflictos mediante interminables pleitos que suponen un elevado desembolso económico, así como pérdida de relaciones comerciales o, inclusive, el cierre de muchas de ellas.

Ciertamente, el conflicto empresarial será solucionado a través de la mediación tan solo si las partes están realmente comprometidas y desean alcanzar un resultado negociado (21) . Además, solo si media una actitud de verdadero compromiso el acuerdo acordado en mediación será efectivamente ejecutado entre las partes. En un conflicto empresarial resulta apropiado acudir a la mediación cuando las partes desean un resultado o compromiso negociado. Para ello han de poder concurrir diversas circunstancias como la voluntad de las partes de continuar la relación, que las partes prefieran una solución rápida y un ahorro de costes, no deseen entablar un juicio o que estén interesadas en mantener la confidencialidad. Además, en la mediación comercial se posibilita que los directores de empresa controlen la resolución de problemas, que se pueda centrar la actuación empresarial en relaciones futuras e, inclusive, que los mediadores puedan ayudar a las partes a determinar por adelantado como resolverán dichos conflictos (22) . Ciertamente, la presencia de los representantes de las empresas en la mediación es muy importante, no solo porque pueden idear soluciones no previstas por abogados, sino también porque

pueden expresar cuáles son sus prioridades comerciales.

III. VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN MERCANTIL

Llegados a este punto, resulta oportuno apuntar las principales ventajas que proporciona este tipo de mediación. A nuestro entender, una de las principales ventajas que puede obtenerse se identifica con la restauración de la relación entre las partes, lo cual favorece la continuidad en la actividad empresarial. Hay que tener en cuenta que la empresa es una organización plural y que una mala relación empresarial con cualquiera de los operadores que conforman su tejido, ya sean socios, clientes, proveedores, trabajadores... hace que se resienta profundamente su actividad, porque si uno de los aspectos falla, y no digamos ya varios, repercutirá en el resto de forma inequívoca.

Otra de las ventajas se identifica con la disminución de los tiempos en la resolución de los conflictos, lo cual se halla estrechamente vinculado al posible restablecimiento de las relaciones empresariales. Ciertamente, si en el momento que surge el primer indicio de conflicto con cualquiera de los sujetos que conforman la actividad empresarial, se acude de forma exitosa a la fórmula de la mediación, se habrá conseguido detener el conflicto en el entorno empresarial evitando que otras relaciones se vean afectadas. Si, por ejemplo, comenzamos teniendo problemas con proveedores por falta de pago y éstos deciden acudir a la tutela jurisdiccional la solución a su problema de impago se dilatará mucho más que si decidimos intentar un acuerdo negociado que nos permita pagar, por ejemplo, aplazadamente. Además, si el proveedor decide acudir a la jurisdicción ordinaria podrá solicitar embargo preventivo de los bienes de la empresa lo cual puede hacer que comiencen a saltar todas las luces de alarma. Muchas veces estos problemas se deben a una falta o nula comunicación entre las partes que podría haberse solucionado con la actuación de un tercero que favoreciera el diálogo y que proporcione una solución al conflicto en un tiempo razonable.

De igual forma, las partes se involucran en la solución del problema, consiguiéndose un importante ahorro de costes y de recursos al no detener la actividad empresarial y al no tener que hacer frente a los gastos generados por la apertura de un proceso (23) .

Muy importante en este tipo de mediación es la confidencialidad ya que en este tipo de conflictos mercantiles no interesa que las reclamaciones de cualquier índole se hagan públicas, sobre todo, si nos encontramos con organizaciones empresariales de reconocido prestigio que pueden verse alteradas por la publicidad de estas controversias (24) . A esta obligación de confidencialidad hace referencia el art. 9 del Real Decreto cuando apunta que se extiende tanto al mediador como a las partes que no podrán revelar la información obtenida en el procedimiento. Además, esta obligación de confidencialidad impide que las personas que han participado en dicho procedimiento puedan aportar la información obtenida en el mismo en un ulterior proceso judicial o arbitral. Obligación de confidencialidad que a su vez se contiene en el art. 7 de la Directiva. Esta obligación de confidencialidad no se observará si las partes la dispensan o si es solicitada por los jueces del orden penal. La confidencialidad garantiza que las partes involucradas en el proceso puedan hacerlo con plena sinceridad con el fin de que la mediación llegue a buen término y sobre una base voluntaria.

En un conflicto hay que diferenciar entre posiciones e intereses de las partes porque solo cuando nos centramos en los intereses se podrá llegar a un acuerdo. A diferencia del proceso judicial en el que las partes buscan que la resolución que pone fin al conflicto refleje su posición, en la mediación se persigue el acercamiento de posiciones y la satisfacción del máximo número de intereses. La función principal del mediador es el acercamiento de las partes con el fin de facilitar la comunicación siendo éstas las verdaderas protagonistas, el mediador en ningún caso dictará resolución ni comunicará su opinión sobre el asunto. Lo que ha de intentar conseguir es un acercamiento de las posturas enfrentadas y lograr que las partes logren la solución a la controversia.

En el ámbito empresarial la conservación de las relaciones comerciales existentes y la posibilidad de no romper las expectativas al nacimiento de relaciones futuras importa y mucho. Una de las razones por las que se acude a la mediación empresarial es el futuro de las relaciones existentes así como el favorecimiento de las relaciones que puedan darse a lo largo del tiempo e inclusive el prestigio de la propia organización empresarial. Por ello, es deseable que el mediador cuente con una formación jurídico-empresarial y poseer la preparación necesaria en técnicas de negociación para lograr el acercamiento de las partes y el favorecimiento del diálogo. La mediación empresarial es una de las materias que requiere un enfoque multidisciplinar que integra conocimientos propios de la psicología, sociología y otras ciencias sociales y supone una de las mejores alternativas al proceso para la solución del conflicto empresarial ya que nadie mejor que las partes son las que conocen las circunstancias del asunto y como se puede solucionar.

V. LA MEDIACIÓN EN EL MARCO CONCURSAL

Una lectura de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal sirve para darnos cuenta que la intención del legislador desde sus inicios fue la de intentar salvar empresas, dedicando por ello más artículos a la fase de convenio que a la de liquidación. Pero también es sabido el sonoro fracaso que en la práctica ha supuesto esta idea. No hay más que acudir a las estadísticas judiciales para verificar como la mayor parte de los concursos terminan en liquidación. Esta situación ha conducido al legislador a buscar cauces distintos a la tutela judicial que permitan arreglos extrajudiciales de conflictos con los acreedores con objeto de garantizar la viabilidad empresarias. Pero verdaderamente ¿podemos utilizar la mediación como forma de alcanzar un acuerdo negociado que evite un concurso de acreedores? Ciertamente, urge un cambio de mentalidad que permita alcanzar acuerdos con los acreedores, que deberán tener por objeto la refinanciación o la consecución de una propuesta anticipada de convenio, antes de que sea demasiado tarde.

En esta línea, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LA LEY. 111111/2013) (25) modifica la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LA LEY. 1181/2003) (en adelante LC) introduciendo en el Capítulo V bajo la rúbrica *acuerdo extrajudicial de pagos* de su Título I la figura del mediador concursal. Tal como se manifiesta en su *Exposición de Motivos*: «En la situación económica actual, son necesarios tantos cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar». Nos habla el legislador de la necesidad de un cambio en la cultura empresarial de nuestro país, en el que siguiendo las directrices del Derecho comparado, se prevea un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios de modo que puedan pactarse quitas, de hasta un 25%, y esperas de hasta tres años Frente al rapidísimo sistema de declaración de concurso en otros países, aquí se tarda no menos de un mes en preparar la solicitud del concurso, pudiendo demorarse la declaración judicial de concurso hasta seis meses. De este modo, si la empresa tenía alguna posibilidad de seguir siendo viable la lentitud de estos procesos y los altos costes que suponen pueden acabar con toda esperanza de supervivencia de la misma. Concretamente, el art. 21 Ley 14/2013 modifica diversos preceptos de la LC (LA LEY. 1181/2003) e introduce en dicha ley un nuevo Título X, *El acuerdo extrajudicial de pagos, que se regula en los arts. 231 a 242.*

Antes de que viera la luz esta ley, se coordinó una experiencia piloto sobre mediación concursal en el País Vasco por el JM núm. 2 de Bilbao, con la que se pretendía desjudicializar los procesos concursales (26) . Pero lo cierto es que la mediación concursal tiene sentido en aquellas empresas que puedan alcanzar viabilidad a través del concurso de acreedores, y no en aquellas que se presuman que van a liquidación, afirmación que tropieza con nuestro panorama judicial actual, en el que según cifras del CGPJ, un 96% de concursos terminan en liquidación. Esta situación nos hace plantearnos no sólo el porqué las empresas llegan en estas circunstancias al concurso,

sino también la efectividad práctica de esta nueva medida y, lo que es más importante, si podemos hablar verdaderamente de una auténtica mediación. Por esta razón el legislador, con buen criterio, prevé en su art. 231.2 c) y d), dedicado a los presupuestos, que para poder instar dicho procedimiento se ha de disponer de activos líquidos suficientes para poder satisfacer los gastos que ocasione el acuerdo, siendo de prever que su patrimonio y sus ingresos han de permitir lograr con posibilidad de éxito un acuerdo de pago.

El problema al que nos enfrentamos es que el mal endémico de la cultura concursal empresarial de nuestro país es la de acudir tarde al concurso. En este sentido, nos han parecido muy ilustrativas las palabras pronunciadas por el magistrado ALFONSO MUÑOZ, el cual señala como desde los juzgados «se está intentando modificar esta cultura concursal entre el empresariado, y que se acuda a los concursos antes, aunque es muy difícil que en tan solo ocho años invirtamos una situación que llevamos ejerciendo durante casi dos siglos, y si a ello se une la falta de recursos en la planta judicial, se agrava la situación» (27) . Además, la insuficiente planta de los Juzgados de lo Mercantil para responder al problema de la insolvencia, que se han visto superados por el número de concursos como consecuencia de la crisis, hace que uno de sus principales problemas sea la lentitud, llegando a retrasar sus conclusiones hasta cuatro años.

Los problemas son de raíz social y cultural, *los empresarios solicitan el concurso cuando ya la situación está tan deteriorada que resulta ciertamente complejo llegar a un acuerdo que pueda satisfacer a los acreedores y salvar la empresa*. Tratan, en primer lugar, de no acudir al concurso por conocer sus inconvenientes y costos, pero también por el estigma social que representa (28) . La solicitud y apertura del concurso supone una verdadera huida de proveedores y clientes, y puede terminar con las esperanzas de recuperación de la empresa. Esto ya, de por sí, nos pone de manifiesto como el cambio de mentalidad ha de extenderse a todos los niveles, tanto empresarios como operadores que giran en torno al ámbito empresarial. Todas estas razones hacen que resulte conveniente ofertar al empresario en dificultades otras vías que le permitan una solución más eficaz. Nuestro legislador es consciente del problema y que una forma de paliar el mismo sería establecer la posibilidad de un proceso preventivo extrajudicial a favor del deudor insolvente, con la intervención de un tercero neutral que aproxime a las partes y les ayude a negociar la salida de la crisis. Con ello se evita el estigma que recibe la empresa y la huida de clientes y proveedores, que acelera y hace inevitable la liquidación de la empresa.

Esta ley nos habla en su *Exposición de Motivos de un profesional idóneo e independiente que ha de impulsar la avenencia* así como los trámites de un procedimiento sencillo en el que se contempla una convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a los que se *incentiva* a la reunión, de una forma, como expondremos más adelante, bastante discutible. Este profesional idóneo e independiente del que nos habla la ley se le denomina de forma bastante inexacta mediador concursal. Ya la misma denominación induce a confusión porque el denominado mediador concursal, ni es mediador, ni es concursal. No es concursal porque todas las funciones que se le otorgan se encaminan a alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos que evite la declaración del concurso, por lo que desarrolla sus funciones al margen del concurso y con el fin de evitarlo. Por otro lado, la calificación de mediador a este negociador se nos antoja inexacta ya que no nos encontramos con una figura inspirada en algunas de sus actuaciones en los principios que ha de regir la actuación de todo mediador, disponiendo, además, de unas facultades decisorias que son claramente incompatibles con esta figura.

La posibilidad de alcanzar un *acuerdo extrajudicial de pagos* se produce tras la modificación de los aps. 1, 3 y 4 del art. 5 bis LC (LA LEY. 1181/2003), posibilidad distinta de los acuerdos de refinanciación tal como puede extraerse de la lectura de su párr. 1 que diferencia claramente entre esta figura y el acuerdo extrajudicial en donde entra en juego la figura del mediador concursal. De una lectura de su articulado extraemos que poco dice el legislador de la forma de proceder del mediador en lo que hace a su actuación de acercar posturas e intermediar entre las partes.

Nada nos dice de cómo ha de celebrarse la reunión entre deudor y acreedores, tan solo que ésta ha de tener por finalidad el alcanzar un acuerdo de pago, pero sin hacer ningún tipo de alusión a la forma en que ha de desarrollar su actuación y a los principios que han de regirla.

Lo primero que llama la atención es que en el art. 236 se especifica que el mediador ha de remitir a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos al que se acompañará un plan de viabilidad y que dentro de los diez días naturales posteriores al envío de la propuesta se podrán presentar propuestas alternativas. Esta regulación hace plantearse si nos encontramos verdaderamente con la actuación de un mediador, por cuanto parece que el legislador confunde esta figura con la administración concursal. Parece olvidar el legislador que la mediación supone plantear la negociación en un plano distinto, con la incorporación de un profesional dotado de una específica formación en habilidades psicológicas y diplomáticas, que toma una participación activa potenciando los flujos de comunicación, ayudando a descubrir intereses comunes a las partes y buscando vías para dar una satisfacción equilibrada a ambas.

Pero, sin lugar a dudas, es el párr. 4 del citado artículo el que ocasiona mayor perplejidad. Así, al mediador se le impone la obligación *deberá solicitar*, la declaración del concurso si los acreedores que representen la mayoría del pasivo deciden no continuar con las negociaciones. Esta obligación de instar concurso consecutivo es claramente contraria al espíritu de la mediación. No está de más recordar el art. 7 Ley 5/2012, de 6 de julio (LA LEY. 485413/2012), regulador de uno de los principios inspiradores de la mediación, el de *igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores*, que, en su último inciso, nos habla que el mediador no puede actuar en perjuicio o interés de alguna de las partes. De igual forma, el art. 8 nos habla del principio de *neutralidad*, esta neutralidad se trasluce en que las actuaciones del mediador han de permitir a las partes por sí mismas alcanzar un acuerdo de mediación. Ciertamente, no resulta compatible preservar la neutralidad y tener la facultad de solicitar la declaración del concurso consecutivo. Hay que tener en cuenta que lo que diferencia a la mediación de otras formas de resolución de litigios es el papel de las partes, que por sí mismas alcanzan el acuerdo con la intervención del mediador. Pues bien, esta misma facultad de solicitar la declaración de concurso consecutivo se repite en el art. 238.3, en caso que el plan de pagos no fuera aceptado, así como en el art. 241.3 cuando se produce un incumplimiento del acuerdo extrajudicial.

Otro artículo claramente contrario al espíritu de la mediación es el 237 regulador de la *reunión de los acreedores*. Comienza el precepto imponiendo a los acreedores convocados la obligación de asistir a la reunión «salvo los que hubiesen manifestado su aprobación u oposición dentro de los diez días naturales anteriores a la reunión». A esta imposición podemos objetar que el espíritu de la mediación se basa en la voluntariedad como uno de sus principios informadores, tal como se desprende del art. 6 Ley 5/2012, cuyo párrafo tercero dispone expresamente que nadie puede estar obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación, ni a concluir un acuerdo. No obstante, el legislador parece olvidarse de ello cuando en el mentado precepto dispone que los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado su oposición u aprobación dentro de los diez días naturales anteriores, se calificarán como subordinados si el deudor entra en concurso, con excepción de aquellos con garantía real. No se hace diferencia de los tipos de créditos, por lo que se ha de entender que los créditos privilegiados generales, así como, naturalmente, los ordinarios pasarán a la clasificación de subordinados, penalización que se nos antoja excesivamente severa y que choca frontalmente con el espíritu de la mediación. Además, si leemos la *Exposición de Motivos* de la Ley se habla que a los acreedores se les *incentiva* a la asistencia a la reunión, incentivo que consiste en la degradación de su crédito a la categoría de subordinado, opción, ciertamente, más que discutible por la problemática que puede acarrear y en franca contradicción con la filosofía que inspira la institución de la mediación.

Por último, otro aspecto que, a nuestro entender, suscitará gran controversia es la posibilidad que se apunta en el art. 242.2.1 que permite que el juez designe administrador del concurso al mediador concursal. Para evitar la pérdida de neutralidad y que el mediador pueda tener interés en que no se logre ningún acuerdo, debido a que la percepción de honorarios del concurso podría resultarle más interesante (29), prevé el legislador que «no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de arreglo extrajudicial a menos que atendidas circunstancias excepcionales el juez acordare otra cosa». Este último inciso resulta acertado por cuanto pretende preservar el principio de neutralidad en la actuación del mediador, pero con lo que no podemos estar de acuerdo es con la designación de administrador al mediador concursal por cuanto no se puede pasar por alto que otro de los principios informadores de la mediación es la confidencialidad reconocida en el art. 9 Ley 5/2012 que garantiza la obligación de confidencialidad que pesa sobre el mediador que queda protegido por el secreto profesional. En atención a dicho principio hubiera sido más coherente no haber concedido esta posibilidad.

En resumidas cuentas se ha creado una figura que no se corresponde ni con la mediación ni forma parte del proceso concursal. Entendemos que la intención del legislador es evitar a toda costa la incoación de más procesos concursales, y esa intención es más que correcta. Entendemos también que la mediación tiene mucho que hacer y puede favorecer que esto ocurra, pero fuera ya de que la nomenclatura sea o no la acertada, el problema de fondo es que no se ha regulado una verdadera actividad mediadora sino una figura que se asemeja más a la administración concursal. Además, no vemos ninguno de los principios que han de guiar la actuación del mediador reflejados en esta reforma y la situación se vuelve más que criticable con la posibilidad de que además pueda ser nombrado administrador concursal.

- (1) BARONA VILAR, S., Solución extrajudicial de conflictos. Alternative dispute resolution (ADR) y Derecho Procesal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 49.

[Ver Texto](#)

- (2) CAPELLETTI, M., Alternative Dispute Resolution Processes the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement, Modern Law Review, 1993, pág. 282.

[Ver Texto](#)

- (3) CARULLA, P., La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales, www.derecho.com/articulos/2001, menciona a FULLER, L., Mediation, Its Forms and Functions, Southern California Law Review; R. FISHER, URI & PATTON, Getting to yes; R. FISHER & A. SHARP, Getting it done o H. RAIFFA, The Art and Science of Negotiation.

[Ver Texto](#)

- (4) Volviendo a EE.UU., por ser pionera en este sentido, ante el aumento de litigios comerciales, muchas compañías norteamericanas que figuran en el Fortune 500, con el fin de controlar sus costes legales, deciden crear el Programa Legal para reducir gastos de los conflictos empresariales, bajo los auspicios del Center for Public Resources CPR de New York. Es una alianza sin ánimo de lucro integrada por 500 grandes corporaciones norteamericanas y prestigiosas firmas de abogados que han diseñado procedimientos y reglas específicas de ADR.

[Ver Texto](#)

- (5) ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto», Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos, pág. 404.

[Ver Texto](#)

-
- (6) Entre otros objetivos cabe señalar: I.- Promover, en el caso en que sea oportuno, la solución amistosa de los conflictos, sea ante el orden judicial, como anterior o durante el proceso judicial. III.- Prever para asuntos de pequeña importancia o para ciertas materias concretas, los órganos que, fuera del sistema judicial, estarían a disposición de las partes para solucionar sus conflictos. VI.- Adoptar las disposiciones que sean más apropiadas para que, en los casos en que se solicite, el arbitraje constituya una alternativa más accesible y más eficaz respecto de la acción judicial.

[Ver Texto](#)

-
- (7) Bruselas, 16 de abril de 2002 COM (2002) 196 final.

[Ver Texto](#)

-
- (8) Diario Oficial de la Unión Europea, L 136/3, 24 de mayo de 2008.

[Ver Texto](#)

-
- (9) GONZALEZ CANO, I., «Perspectivas actuales de la mediación civil y laboral», en Crónica jurídica Hispalense, núm. 10, 2012, pág. 408.

[Ver Texto](#)

-
- (10) IGLESIAS BUHIGUES, J., y CALDERÓN CUADRADO, P., «Acceso a la justicia y mediación en asuntos civiles y mercantiles. Cuatro tópicos, tres problemas y una doble precisión (Unión Europea y España)», Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa (ARANGÜENA FANEGO, C., coord.), Ed. Comares, 2011, pág. 5.

[Ver Texto](#)

-
- (11) BOE, Sábado 7 de julio de 2012, núm. 162.

[Ver Texto](#)

-
- (12) Preámbulo de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

[Ver Texto](#)

-
- (13) RODRÍGUEZ DE LA FLOR DE MARCOS, B., «Ventajas que aporta la mediación mercantil a las empresas», en ¿Hay Derecho?, 28 de junio de 2013.

[Ver Texto](#)

-
- (14) Estas palabras fueron expuestas por Estibaliz GALLEGO.

[Ver Texto](#)

-
- (15) BARONA, S., Solución extrajudicial de conflictos, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

[Ver Texto](#)

-
- (16) Estos datos se corresponden con las cifras del año 2011. Vid., www.poderjudicial.es, La justicia dato a dato: año 2011, CSPJ, Sección de Estadística Judicial, pág. 33.

[Ver Texto](#)

-
- (17) ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La mediación en las relaciones empresariales: el equilibrio de las partes en conflicto» en Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos, SOLETO MUÑOZ, H. (Dir.), Ed. Tecnos, 2011, pág. 407.

[Ver Texto](#)

-
- (18) RODRÍGUEZ TAMALLO, M., «Mediación mercantil: construyendo puentes de diálogo en las relaciones comerciales», en ¿Hay Derecho?, 9 de mayo de 2012.

[Ver Texto](#)

-
- (19) CARULLA, P., La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos..., cit.

[Ver Texto](#)

-
- (20) BUSTELO, D., La mediación. Claves para su comprensión y práctica, Ed. Hara Press, 2009, pág. 182.

[Ver Texto](#)

-
- (21) ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La mediación en las relaciones empresariales...», cit., pág. 409.

[Ver Texto](#)

-
- (22) HENRY JAMES, F. y KOLLER LIEBERMAN, J., The Manager´s Guide to Resolving Legal Disputes: better results without litigation, Ed. Harpercollins, 1985.

[Ver Texto](#)

-
- (23) RODRÍGUEZ DE LA FLOR DE MARCOS, B., Ventajas que aporta la mediación mercantil a las empresas, cit.

[Ver Texto](#)

-
- (24) ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R., «La mediación en las relaciones empresariales...», cit., pág. 409.

[Ver Texto](#)

-
- (25) BOE de 28 de septiembre de 2013, núm. 233.

[Ver Texto](#)

-
- (26) Esta experiencia fue coordinada por el magistrado del JM núm. 2 de Bilbao, Aner Uriarte, que en palabras literales reconoció estar «obteniendo un porcentaje nada despreciable de éxito con la puesta en marcha de la figura del mediador concursal en el proyecto piloto que estamos desarrollando en el País Vasco desde hace dos años y medio», vid., Canarias ahora, de 11 de julio de 2013.

[Ver Texto](#)

-
- (27) Canarias ahora, de 11 de julio de 2013.

[Ver Texto](#)

-
- (28) RODRÍGUEZ PRIETO, F., «Inconvenientes de nuestro sistema concursal, un error proyectado y una solución para

insolvencias empresariales», en ¿Hay Derecho? 23 de mayo de 2013.

[Ver Texto](#)

(29) ORTIZ HERNÁNDEZ, A., La mediación en el concurso de acreedores: reflexiones y estrategias, www.diariojuridico.com.

[Ver Texto](#)

