

MEDIACIÓN CONCURSAL

Curso de especialización en Mediación Civil y Mercantil

Ilustre Colegio de Abogados de Coruña. 13 Y 14 junio del 2013

M^ª Luisa Santana Delgado.

Abogada-Mediadora.

REALIDAD ACTUAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

En el año 2004 entró en vigor el sistema jurídico que se conoce como concurso de acreedores, con la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal. Una institución jurídica, mejor dicho, un proceso judicial que organiza una situación económica. La situación económica más difícil con la que las personas y empresas se pueden encontrar. Aquella en la que los problemas de falta de tesorería ponen en peligro la continuidad de patrimonios, activos, proyectos, puestos de trabajo, todas ellas actividades humanas que, una vez se han perdido, provocan situaciones tal vez irreversibles.

El propósito del concurso en la redacción de la Ley citada era conservar la actividad profesional y empresarial del concursado.

En el año 2009 y después de unos años de aplicación de este sistema judicial, se comprobó la inoperancia del concurso de acreedores en aportar soluciones a la situación de crisis financiera de empresas y personas.

Esta situación llamó la atención del legislador, que hizo dos reformas a la Ley Concursal, la primera en 2009 (Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo) y la segunda en 2011 (Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el 1 de enero de 2012).

Actualmente el balance del concurso de acreedores es decepcionante: sólo el 10% de las empresas concursadas superan el proceso y el 90% de las empresas que concursan entra en liquidación y desaparece.

¿Pero qué es un concurso de acreedores?

Se ha definido como un procedimiento judicial especial "previsto para gestionar y administrar el patrimonio de una persona física o jurídica insolvente, con dos finalidades principales:

- a) lograr que el mayor número de acreedores posible cobre.
- b) En el caso de las empresas, conseguir que la actividad económica de las mismas continúe y no desaparezcan".

Lamentablemente, en la práctica, ninguna de las dos finalidades se suelen cumplir.

En definitiva es la figura a la que se acogen las empresas o los particulares cuando no pueden hacer frente a las obligaciones contraídas (Insolvencia actual) o cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (Insolvencia inminente).

CRISIS Y MEDIACIÓN

La actual y difícil situación de crisis económica por la que atraviesa nuestro país ha generado una pérdida de confianza empresarial. Los impagos y la posible insolvencia de los clientes, cuando no la propia, constituye la preocupación básica de cualquier empresa que se ven avocadas a la presentación de concurso de acreedores.

Los datos, así lo muestran.

En el cuarto trimestre de 2012, se mantiene la tendencia creciente de los últimos años anteriores y arroja una cifra de concursos de acreedores superiores a la del cuarto trimestre del 2011.

Las razones hay que buscarlas en la continuación del deterioro de la actividad económica en España, así como en la persistencia de la restricción crediticia por parte de las entidades financieras.

La aplicación de la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley concursal no ha servido para que las estadísticas cambien y de las que se pueden extraer las siguientes conclusiones¹:

1. Se observa un significativo incremento de los concursos ordinarios.
2. Los concursos voluntarios siguen siendo muy superiores a los concursos necesarios.

¹ Conclusiones extraídas del Observatorio Concursal del Registro de economistas forenses, del Consejo General de d Colegios de Economistas (REF or-CGCEE).

3. Las personas físicas representan la gran mayoría de las declaraciones del concurso.
4. España es el país de nuestro entorno comparado, en el que aumentan en mayor medida los procedimientos de insolvencia.

Asimismo, entre las propuestas del Observatorio Concursal del Registro de Economistas Forenses, del Consejo General de Colegios de Economistas (REF or-CGCEE). , para el informe sobre las medidas que a corto plazo pueden agilizar el desarrollo económico de la Pymes, está la de estimular los planes de viabilidad, las soluciones pre concursales y la mediación en concurso de personas físicas y micro pyme.

Se regulará el concurso de las personas físicas y de los micropyme fuera de la Ley concursal a través de la mediación, puesto que la solución concursal resulta lenta y costosa.

El pasado día 24 de mayo el gobierno ha aprobado un anteproyecto normativo (Ley para impulsar la figura del emprendedor en España). El texto de la futura ley del Apoyo al emprendedor y su internalización, recoge la creación de un mecanismo extrajudicial de negociación de deudas para aquellos emprendedores que sean personas físicas y pymes, con la ayuda de un mediador. Es lo que se le ha llamado la “Segunda oportunidad”. Se habla de un proceso de mediación institucionalizado a imagen del mediador “ad hoc” francés, nombrado para un determinado fin (conseguir un acuerdo específico).

A fecha actual se desconoce la entrada en vigor de esta ley.

DEFECTOS DE NUESTRO SISTEMA CONCURSAL

Si nos paramos a observar el panorama judicial en España llegaremos a la conclusión de que parece que nuestra conciencia no se desarrolla por cauces pacíficos; más bien da entender que queremos judicializar la misma.

Si nos centramos en el ámbito concursal, las conclusiones son: **el proceso concursal es largo, costoso e insatisfactorio.**

Largo, ya que dura al menos uno o dos años.

En la actualidad las empresas controlan de una manera exhaustiva gastos y presupuestos, no siendo el momento ideal de tener un pleito abierto durante varios años, de ahí que cualquier otra alternativa para resolver los conflictos concursales pueda ser una salida viable. Es aquí cuando hablamos de mediación.

En este sentido, añadir los datos del último informe de la Comisión Europea para la Eficiencia de la Justicia de 2010, según los cuales la justicia española tarda una media de un año y dos meses en solucionar, en primera instancia, los asuntos que llegan a los tribunales civiles, mercantiles y administrativos, por contra el plazo medio en el que se resuelven los conflictos a través de la mediación es de entre cuatro a seis semanas, y su efectividad alcanza el 70%.

Hay que añadir también que la crisis económica actual ha contribuido a evidenciar la sobre carga judicial al provocar un aluvión de solicitudes de concurso tal que ha congestionado nuestros Juzgados y Tribunales.

Costoso, a diferencia del proceso concursal en el que el número de actores intervinientes puede ser elevado; a saber, abogado de acreedores, abogado de la concursada, procuradores de unos y otros, administradores concursales, etc. En una mediación el número de actores se reduce considerablemente.

Teniendo en cuenta además, que en un proceso judicial se le suma a las minutas de los profesionales otros gastos como pueden ser las tasas , nos lleva a concluir que los costes de un proceso de mediación se pueden reducir hasta en un 80% sobre el precio que tiene un juicio medio.

Insatisfacción del acreedor ordinario, que en la mayoría de los casos se queda sin cobrar, ni siquiera parcialmente, su crédito.

A todo esto hay que sumarle **la ineptitud para invertir la proporción entre convenio y liquidación**; casi el **90% de los concursos terminan con la liquidación** cuando la Ley concursal apuesta por potenciar el Convenio al objeto de conciliar su objetivo primigenio, satisfacer a los acreedores, con la continuación de la empresa y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Ciertamente no todo estos defectos son achacables únicamente a la ley concursal. Hay muchos motivos de orden sociológico y económico.

Los empresarios solicitan el concurso cuando su situación está ya tan deteriorada que no es posible llegar a un acuerdo con los acreedores. Ello puede deberse en gran medida al afán del deudor de eludir la satisfacción de sus créditos y de retener el patrimonio en perjuicio de sus acreedores, pero no

hay que olvidar que también influye el estigma social que representa el solicitar concurso de acreedores, el deterioro del patrimonio que supone, la pérdida de crédito de la empresa y los costes económicos asociados al concurso.

Otro defecto adicional de nuestro sistema concursal es el tratamiento de los concursos de personas físicas que se han incrementado notablemente.

Visto este panorama, nos podemos preguntar ¿no hay otro camino más corto, menos costoso y que satisfaga, al menos parcialmente, el interés de los acreedores ordinarios? ¿Pues bien, ese otro camino puede ser la mediación?

LA MEDIACIÓN CONCURSAL ALTERNATIVA A LA INSOLVENCIA DE PARTICULARES O PERSONAS FÍSICAS.- VISION DEL SOBREENDEUDAMIENTO DEL CONSUMIDOR.

Hasta hace pocos años la mayoría de los concursos se referían a personas jurídicas, no pasando el de persona física a ser una anécdota. Sin embargo, desde el comienzo de la crisis generalizada y actual, cada vez es más frecuente la solicitud de concurso de personas físicas, casada o no, lo que ha generado como hemos mencionado anteriormente el incremento notable de este tipo de concursos.

¿Qué factores inciden en la insolvencia del consumidor?

Por un lado existe una situación de sobreendeudamiento derivado de la evolución en los hábitos de consumo, que ha llevado aparejado un creciente recurso al crédito como manera de financiación, sobre todo por las economías familiares.

En efecto la situación económica favorable de hace alguno años favoreció el recurso a la financiación. Al aumento de la renta disponible y al incremento del empleo se le sumo las facilidades de créditos que ofertaban a través de importantes campañas publicitarias las entidades financieras, que concedían tantos préstamos para comprar viviendas como préstamos personales y tarjetas de créditos. (Política blanda de concesión de créditos)

Ello ha derivado en situaciones en las que las obligaciones crediticias son superiores a las rentas de que se dispone, siendo este el principio del sobreendeudamiento y en su caso de insolvencia.

¿Qué otras causas puede llevar al particular a la insolvencia?

A parte del sobreendeudamiento, existen otras y a modo de ejemplo, una situación de desempleo en la familia, una enfermedad, una crisis familiar, etc.

En esta situación de incapacidad de hacer frente a las deudas, es la que se encuentra actualmente muchas familias y particulares (emprendedores, profesionales).

En España la insolvencia de las personas físicas y su sometimiento al proceso concursal lleva aparejadas graves consecuencias², que en el caso, de que esté casado, afectan igualmente a cuestiones importantes en relación al cónyuge no deudor, al derecho de alimentos del cónyuge o de los hijos sometidos a su potestad o al régimen económico conyugal.

Una de las mayores **carencias o defectos** de la Ley concursal, puesto de manifiesto en estos años, y como hemos mencionado anteriormente es el tratamiento del concurso de las personas físicas, quizá porque en el momento de la redacción de la Ley en el año 2003 la experiencia concursal estaba asociada a empresas.

La primera carencia: El art. 56 contempla la suspensión de las ejecuciones de garantías reales en el caso de continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor ¿Qué ocurre con las personas físicas no comerciantes, que no pueden hacer frente al préstamo hipotecario de su vivienda y solicitan el concurso con la intención de paralizar la ejecución hipotecaria? La ley actual no lo regula.

La segunda carencia: Cuando el concurso concluye y el deudor no ha podido hacer frente a las deudas por inexistencia de bienes y derechos, es decir concluye con subsistencia del pasivo la responsabilidad patrimonial del deudor con los acreedores continua más allá del concurso. Arrastrara su deuda hasta que prescriban, dificultando su vuelta al mercado y el ejercicio de su actividad económica.

² Ver anexo V.

Bien distinto es lo que sucede con las personas jurídicas, cuando el concurso concluye por inexistencia de bienes según se recoge en la Ley concursal, la empresa se extinguirá lo que equivale a una tácita condonación del pasivo insatisfecho, siendo así que la empresa puede crear otra sociedad en la misma actividad y no arrastrará la deuda.

Con esta realidad ¿no hay otro camino al que puedan acudir las familias, p personas físicas en caso de insolvencia para gestionar su deuda que conlleve la continuación de su actividad profesional? ¿Puede ser ese otro camino la mediación?

Pues evidentemente Sí.

IMPORTANCIA DE LA MEDIACIÓN EN NUESTRO SISTEMA CONCURSAL, A RAIZ DE LA DISPOSICION ADICIONAL UNICA DE LA LEY 38/2011

En nuestro sistema concursal³, la mediación ha adquirido relevancia a raíz de la Disposición adicional única en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, concursal que ordena al Gobierno la remisión, a las Cortes Generales, de un informe sobre la aplicación y **los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación e las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones.**

Dicho informe debe incluir la posible adopción de otras medidas que contemplen la protección económica y social de consumidores y familias, entre las que se cita, expresamente, la solución extrajudicial a través de la mediación.

La alternativa de la mediación también podrá ser utilizada por las pequeñas empresa y medianas empresas que no pueden sufragar los gastos de la actual refinanciación.

³ Ref.: *Santana Delgado, M^a Luisa (2012). "Ponencia sobre Conflictos de Insolvencia". Págs 24-26. V Congreso de Instituciones Arbitrales. ANEXO 2^o.*

“Disposición adicional única.

El Gobierno deberá remitir a las Cortes Generales, en el plazo de seis meses, un informe sobre la aplicación y los efectos del conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentran en dificultades para satisfacer sus obligaciones, y especialmente las garantizadas con hipoteca.

Dicho informe incluirá la posible adopción de otras medidas, tanto sustantivas como procedimentales que, a través de las oportunas iniciativas, completen la protección económica y social de consumidores y familias. A tal efecto, podrán proponerse opciones de solución extrajudicial para estos casos, sean de carácter notarial o registral, de mediación, o de otra naturaleza”.

Una solución de este tipo no es incompatible con el sistema concursal establecido, sobre todo si se tiene en cuenta que el principio de unidad legal y de procedimiento que fue, instituido por la Ley de 2003 ya ha resultado quebrado por la admisión de los acuerdos de refinanciación, que no son otra cosa que acuerdos extrajudiciales preventivos del concurso, cuando la Ley concursal del 2003 apostó en exclusiva por un modelo judicial.

La utilización de la mediación en el **ámbito pre-concursal** evitaría el recurso al procedimiento, limitando los costes económicos y temporales asociados al concurso y aligerando la sobrecarga de los tribunales, en la misma proporción en que se amplíe el ámbito de la mediación.

Liberado el deudor de la necesidad de iniciar el concurso es fácil pensar que acudiría a la mediación, amparado además en la confidencialidad, a la que nos referiremos después, evitando así el deterioro de su patrimonio, la pérdida de crédito de la empresa y los costes económicos del concurso.

En consecuencia la situación económica del solicitante del concurso no estaría tan deteriorada, incrementado las posibilidades de llegar a un acuerdo con los acreedores, potenciándose frente a la liquidación, y aumentando la probabilidad de que el grado de satisfacción de los acreedores ordinario sea mayor.

Se trataría de extender los beneficios de los acuerdos extrajudiciales preconcursales a las personas naturales y a las pequeñas empresas, puesto que estas carecen del aparato jurídico y económico del que disponen las

grandes empresas para iniciar una negociación. La figura del mediador estaría justificada.

Según criterio de algunos autores, es en este contexto en el que el legislador deberá valorar, en una reforma futura, si apuesta por el convenio extra-judicial pre-concursal como mecanismo preventivo del concurso, añadiendo la mediación como instrumentos para promover la conclusión de aquel.

Con este objetivo se barajan dos alternativas principales. Instituir una mediación administrativa⁴ o encomendarla a sujetos u organismos privados.

También el legislador debe valorar la **mediación intra-procesal⁵ o intra-judicial**, de modo que el juez se limite a la designación del mediador previa comunicación por el deudor de su situación de insolvencia según establece el art. 5 bis LC.

La comunicación con solicitud de nombramiento de mediador dotaría de mayor solemnidad a lo que hoy es una simple declaración privada, que además no se puede constatar, de que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, que, en no pocas ocasiones se está utilizando en la práctica simplemente para retrasar el cumplimiento de la obligación de solicitar el concurso.

La primera actuación que debe acometerse para hacer realidad el uso de la mediación concursal es la modificación del art. 5. Bis LC para poder incluir en su ámbito de aplicación la negociación de convenios extra-judiciales en los que intervenga un mediador.

Con ello podrían beneficiarse de la posibilidad de poner fin a la insolvencia no solo las personas naturales sino también las pequeñas y medianas empresas.

Siendo tan patente la imperiosa necesidad de que nuestro ordenamiento concursal, como el de otras naciones de nuestro entorno, se ocupe de las situaciones de insolvencia cuando afectan a personas físicas o núcleos familiares, confiamos en que el Gobierno cumpla con el mandato dado por el legislador y comience lo que será el germen de dicha regulación, atendiendo especialmente a esas posibilidades ya apuntadas de crear procedimientos

⁴ *Propia del derecho francés para el tratamiento del sobreendeudamiento de las personas naturales. Se incluye en el ámbito administrativo.*

⁵ *Practicada en Francia y Bélgica.*

extrajudiciales que, por su sencillez, agilidad y bajo coste, posibiliten **de una manera real y efectiva** el recurso a esta opción por los particulares.

LA LEY 5/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIACIÓN CIVIL Y MERCANTIL PUERTA ABIERTA A LA MEDIACIÓN CONSORSAL.

Primero fue el Real Decreto ley 5/2012 sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y después la reciente Ley 5/2012 de 6 de julio la que ha venido a dar carta blanca a la mediación, instrumento de solución de conflictos de naturaleza auto compositiva (a diferencia del arbitraje y jurisdicción), en el que dos o más partes recurren a un tercero para alcanzar un acuerdo, que de documentarse en escritura pública, gozará de la condición de título ejecutivo.

La Ley 5/2012 no hace referencia a la mediación consorsal expresamente, pero tampoco la prohíbe.

Al contrario sienta las bases para una mediación consorsal al reconocer que son susceptibles de mediación todos los conflictos que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, ya que en el procedimiento consorsal se discuten derechos absolutamente disponibles debido a su carácter patrimonial.

➤ Ley 5/2012 de 7 de julio de Mediación en asuntos civiles y mercantiles.*,

Art. 1.- “Se entiende por mediación aquel medio de solución de controversias en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas u acuerdo con la intervención de un mediador.”

Art. 2.- “Se aplicará a las mediaciones civiles o mercantiles, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes...”

La mediación en conflictos de recuperación de deudas y en concreto en los conflictos consorsales se podría definir como un proceso en el que las partes afectadas por la insolvencia (acreedores y deudores) podrían

voluntariamente y con la ayuda de un mediador alcanzar un acuerdo para evitar en la medida de lo posible la judicialización del conflicto (presentar el concurso en los J. Mercantil).

Las dificultades del deudor para comunicarse con sus acreedores y la desconfianza para con el abogado del propio deudor que sigue instrucciones de este, nos lleva a considerar la figura del mediador. Es importante la aparición de **un tercero ajeno al conflicto** y cuyo único interés y esfuerzo reside solamente en el acercamiento de posiciones entre las partes.



La Ley 5/2012 de mediación civil y mercantil regula los principios de **confidencialidad y neutralidad** de la mediación, características especialmente aptas para la mediación concursal.

La neutralidad atribuye al mediador la posibilidad de actuar como facilitador del acuerdo de mediación pero sin imponer una solución, llevando a cabo una conducta diligente y eficaz..

En cuanto a la confidencialidad, la mediación permite llevar el proceso con discreción, ya que garantiza a las partes que no se dará ningún tipo de publicidad a las cuestiones resueltas en el proceso de mediación, de forma indirecta se crea un espacio privado que las inclina al acuerdo en la **esperanza** de que, efectivamente, el conflicto pueda ser resuelto en ese espacio. Esta característica es muy importante debido a lo sensible que resulta para las empresas reconocer que se hallan en situación de insolvencia inminente.

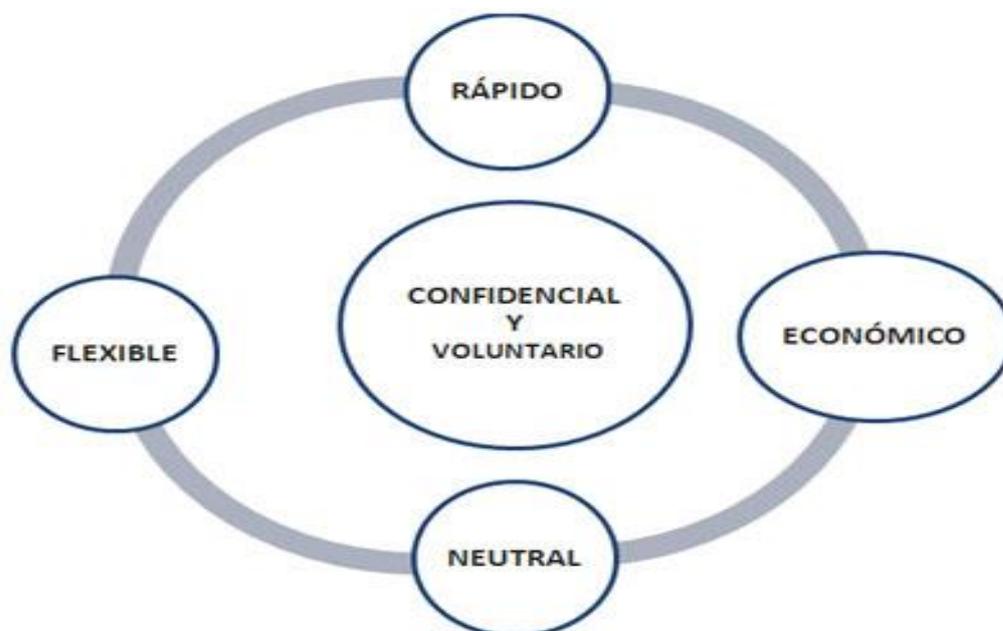
El valor del espacio de mediación se ve incrementado por la seguridad de que en el caso de que no se consiga el acuerdo, los datos comunicados o las manifestaciones efectuadas durante el proceso no podrá ser empleados por las otras partes, ni por el mediador, ni por terceros para fines distintos de los que son inherentes al proceso de mediación. No podrán ser presentados como prueba en un posterior proceso judicial, lo que incluye la prohibición al mediador de ir a declarar en calidad de testigo o de perito.

Por todo ello la confidencialidad es uno de los motivos que más anima a las empresas a optar por esta fórmula de la mediación como sistema de resolución de conflictos,.

No olvidemos que el estigma del concurso hace que si aflora a terceros no afectados dicha situación, se podrían perjudicar los posibles acuerdos.

¿Cuál serían los beneficios para las empresas al utilizar esta alternativa?

Se representa en el siguiente esquema:

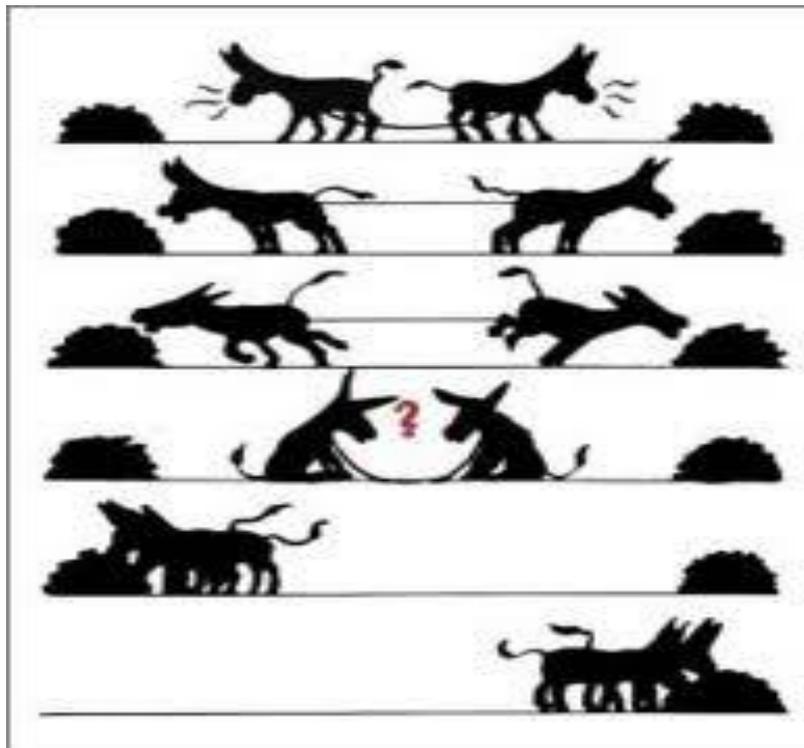


¿Por qué es flexible la mediación concursal?

- Las partes (deudor y acreedor) eligen al mediador, delimitan los términos que quieren tratar, deciden si el acuerdo será título ejecutivo o no, y en qué medida quieren participar).
- Al negociar las partes tienen en consideración una mayor y diferente variedad de **intereses y preocupaciones**.

- El abanico de **soluciones** es mucho más amplio y variado que las que se pueden conseguir a través de una sentencia (el pago de la deuda). Hablaríamos aquí de la formula GANADOR_GANADOR. Por ejemplo se puede sustituir el pago por otra contraprestación (un trabajo que realizase a la otra parte).

NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN CONCURSAL.



La relación entre negociación⁶ y mediación surge de la propia definición. No podemos saber mediar si no sabemos negociar.

Si por negociación entendemos el proceso en virtud del cual dos o más partes tratan de llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus respectivos intereses, la mediación no es otra cosa que ése mismo proceso en el que un tercero imparcial y ajeno al conflicto, el mediador, ayuda a las partes a tratar de alcanzar un acuerdo o solución negociada que satisfaga sus respectivos intereses aplicando una serie de herramientas y técnicas especializadas a tal fin.

⁶ Ver anexo 4.

En el ámbito de las **personas físicas, familias e incluso PYMES**, parece que la mediación tiene todo el sentido: tratar de solucionar el problema con los acreedores antes de que sea inevitable abrir un procedimiento judicial, aunque sea instado por el propio juez.

Ahora bien, el mediador que trabaje con las partes en un conflicto concursal no solo debe tener conocimientos técnicos en esta materia (poder comprender el conflicto existente entre las partes para ayudarles a conseguir un acuerdo de acuerdo a sus intereses), sino que ha de saber mediar y, por tanto, negociar.

El mediador debe ser una persona formada con dotes de negociación y comunicación.

Una formación que le ayude a adoptar una postura activa en la búsqueda de soluciones en conflictos de insolvencia, aproximando las posturas del deudor y de sus acreedores, y equilibrando el poder entre las partes.

Equilibrio del poder entre cliente-deudor y acreedor-banco.-

Cuando hablamos de recuperación de deudas entre particulares, no tenemos muchos problemas en identificar a las partes en el proceso mediatorio.

¿Pero qué ocurre cuando uno de los acreedores es una entidad financiera?
¿Cómo se equilibra ese poder que sin lugar a dudas tiene en mayor medida el banco?

Existe una situación clara de desequilibrio entre deudor-cliente y acreedor-banco. El banco tiene capacidad económica y activos, puede resistir cualquier avatar en una situación de impago, ya que su liquidez y patrimonio así se lo permiten, mientras que para el cliente deudor en conflicto con la entidad la situación es muy distinta pues debe de sortear una serie de obstáculos desde que se dirige a la sucursal hasta conseguir contactar con algún responsable superior. Esta situación de desequilibrio también se constata en las negociaciones.

La labor del mediador en estas situaciones es esencial, deberá estar atento a que todas las partes estén bien informadas y asesoradas.

EL ABOGADO COLABORADOR EN LA MEDIACIÓN CONCURSAL.

El abogado puede jugar un papel muy importante en la mediación empresarial⁷ y concursal.

En el caso de que una persona física o jurídica se encuentre en situación de insolvencia o de inminente insolvencia y esté asesorada por abogados, estos pueden **aconsejar** a sus clientes que utilicen la mediación como alternativa al concurso de acreedores con un objetivo común: que las partes alcancen un acuerdo.

De este modo las partes enfrentadas se convierten en cooperadores con el único propósito de investigar cómo se puede resolver el conflicto.

Si un abogado propone la intervención de un mediador en el asunto objeto del debate, debe de preparar a su cliente para el papel que va a desempeñar, y explicarle el nuevo papel que él jugará como abogado.

El abogado tiene que **estar convencido del proceso de mediación**, será este convencimiento el que ayude al cliente-deudor a ver en la figura del mediador a un tercero imparcial que les ayudará.

Su tarea, en este caso podrá consistir en asesorarle cuales son los límites y plazos dentro del concurso de acreedores que tiene que saber, por ejemplo que créditos son los que tienen que pagarse antes, etc...

Los intereses profesionales, comerciales y personales del deudor deberán ser considerados y valorados a la hora de fijar un "valor realista" al caso.

El cliente-deudor tiene que saber que la mediación es la oportunidad para explicar sus reclamaciones con sus propias palabras. En consecuencia, durante el proceso de mediación, los abogados deben ser conscientes de que la mediación es ante todo **cooperación**, por lo que debe reflejar a su cliente que este proceso garantiza la obtención de un resultado satisfactorio para todas las partes. Son las partes las que solicitaran de sus abogados que revisen el acuerdo antes de firmarlo.

En definitiva en un procedimiento de mediación el papel del abogado y del mediador deben quedar definidos. Las actuaciones de uno y otro deben ser

⁷ Anexo 1.

objeto de **respeto mutuo**, estableciéndose un marco de colaboración y cooperación de buena fe.

.En España, hay que acudir al Derecho autonómico, al ser las leyes autonómicas en esta materia anteriores a la promulgación de la Ley de Mediación, para ilustrarnos sobre el papel del abogado y del mediador (Preámbulo de la ley catalana de mediación)

“La desconfianza que suscitó la implantación de la mediación en algunos sectores profesionales se ha disipado gracias, en parte, al asentamiento de los mecanismos de colaboración entre los colegios profesionales implicados en el desarrollo de la mediación. Una colaboración que debe reforzarse. La función de la abogacía en el procedimiento de mediación es una garantía para la salvaguardia de los derechos de los ciudadanos. Por esta razón, deben establecerse los protocolos de actuación para que el abogado o abogada se constituya en el principal valedor de la mediación hacia sus clientes, como una alternativa más efectiva e indicada, en determinados casos, que la pugna judicial clásica. Pero para ello, como ocurre en el sistema de confrontación procesal, el abogado o abogada debe tener definido de forma adecuada su papel en el procedimiento de mediación, para que en ningún caso considere que los intereses de sus representados pueden verse perjudicados por falta de asesoramiento legal..

Expuesto lo anterior, debemos decir que el abogado no es un operador de conflictos y que el mediador no es un asesor de las partes, aunque pueda conocer el marco legal vigente e incluso ser letrado. Puede manejar alguna herramienta como la negociación, pero puede desconocer el resto. El peligro de que los letrados consideren erróneamente la mediación como cualquiera de las formas de conseguir alguna solución pactada entre ellos, puede conducir al rechazo de la mediación también por sus clientes.

MODELO DE MEDIACION APLICADOS A LA RECUPERACION DE DEUDAS.

Modelo de Harward.-

Este método se alza como uno de los más adecuados para los conflictos que tengan como objeto la reclamación de deudas porque se centra fundamentalmente en la solución del conflicto⁸.

En el campo de las relaciones acreedor-deudor, está claro que si el acreedor se entiende satisfecho con la propuesta o acuerdo realizada por el deudor y esta se cumple, el conflicto termina para ambos.

En este modelo aplicado a la recuperación de deudas es importante el escenario donde se desarrolle la mediación, que sea neutral y que genere confianza entre las partes.

Modelo Transformativo de Bush y Folguer.-

Este método es también adecuado en el campo de conflictos de deuda.

En muchos casos, el deudor persona física o empresa unipersonal (Autónomos o sociedades unipersonales) hace frente a serios desequilibrios de poder en los casos en que debe enfrentarse a entidades financieras/bancarias o a empresas de grandes dimensiones. Por tanto, la capacidad del mediador para equilibrar e insuflar poder decisorio hasta equilibrar las fuerzas en el proceso de mediación es muy importante, que debe ir precedido de un proceso de legitimación de las partes mediadas, para que el mismo tenga un desarrollo equilibrado.

⁸ A efectos ilustrativos y según los autores Fisher y Ury, las técnicas que debes ser utilizadas por el mediador para favorecer la consecución de acuerdos son los siguientes:

- Separar las personas de los problemas.
- Es prioritario concentrarse en los intereses de cada parte y no en las posiciones.
- Insistir en criterios que sean objetivos en todo momento.
- Conocer las mejores alternativas a un acuerdo negociado que puedan tener las partes.

En los procesos de mediación sin acuerdo, este modelo permitirá tener abierta una vía de dialogo o de posible negociación durante el propio proceso. Por ello puede ser conveniente en relaciones de desequilibrio patente o potencial.

Modelo mediación-gestión.-

Este modelo recoge algunas técnicas de los dos modelos anteriormente expuestos.

Es un método recién nacido, que da importancia a mejorar la comunicación entre las partes, pero también a sugerir alternativas cuando los diálogos o la negociación se estanquen.

Desarrolla la postura activa del mediador, no puede ser un mero espectador, y utilizará todas las herramientas que estén a su alcance.

El mediador en una fase previa tendrá que investigar sobre el asunto y recopilar datos, independientemente de los que las partes proporcionen durante el proceso.

El mediador que genere confianza y que domine el lenguaje del conflicto propiciará la participación activa de las partes y podrá establecer una estrategia para resolver el conflicto. Sabrá que preguntas hacer para identificar el problema.

Es un modelo híbrido de mediación para la recuperación de créditos que tiene como pilares el estudio previo del asunto, un conocimiento general de la conflictología y de la negociación, y tiene una orientación clara hacia la eficacia y productividad del mediador.

CONCLUSIONES FINALES.

1º.- Podríamos decir que en materia de insolvencia (materia mercantil) estadísticamente sabemos que los concursos no satisfacen a los acreedores ordinarios ni siquiera parcialmente. Si a esto (pérdida de su crédito) añadimos que un acreedor en un proceso concursal debe satisfacer peajes (honorarios profesionales) para llegar a confirmar dicho extremo varios años después (insatisfacción total del crédito), fácilmente entenderemos que la mediación es un campo abonado en materia de insolvencia.

2º.- Podemos señalar que la Ley concursal actual favorece a las personas jurídicas frente a las personas físicas, siendo la mediación una importante alternativa.

3º:_ Que la ley de 6 de Julio de Mediación civil y mercantil avanza en la dirección adecuada, aunque son precisas próximas actuaciones legislativas en este campo, aunque mínimas porque la mediación en mi más modesta opinión debe regularse en lo esencial.

ANEXO N° 1

ARGUMENTOS QUE AYUDAN AL ABOGADO A PLANTEAR LA MEDIACION.

1. No hay nada que perder.
2. El proceso es tan rápido como se quiera.
3. Menos costoso.
4. Voluntario.
5. Confidencial.
6. No se sientan precedentes por la solución acordada, es un proceso privado.
7. Las partes eligen al mediador.
8. Mejoran las relaciones al comprometerse a encontrar soluciones que satisfagan sus intereses mutuos.
9. Más recursos que en lo pleitos. (Tiempo, duración de las sesiones,...).
10. No se pierde el tiempo, si no se consigue acuerdo.
11. Se reducen y se clarifican las cuestiones, en el caso de que se llegue a un acuerdo solo parcial.
12. Soluciones ganador-ganador.
13. El acuerdo alcanzado se ve reforzado con un contrato final.
14. Elimina incertidumbres.
15. La credibilidad de las partes no se ve alterada.

ANEXO N°2

**(PONENCIA IV CONGRESO DE INSTITUCIONES ARBITRALES,
ORGANIZADA POR LA CÁMARA DE COMERCIO E INDUSTRIA DE
TOLEDO.) . M^a LUISA SANTANA DELGADO. 20 DICIEMBRE DEL 2012.**

CONCEPTO DE MEDIACION Y REGULACION LEGAL

Hablaremos en primer lugar del concepto de mediación y su regulación legal, haciendo así el encuadre necesario para después hablar de la mediación en las pequeñas empresas, empresas familiares y en los conflictos derivados de la insolvencia.

¿Cómo definimos la Mediación?

Pues bien, en la Ley 5/2012 de 6 de Julio de Mediación Civil y Mercantil se dice:

Se entiende por Mediación aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo con la intervención de un mediador.

Yo diría más:

Es un proceso flexible y confidencial por el cual una persona independiente e imparcial, que es el mediador, ayuda a las partes a que alcancen una solución negociada a su conflicto y todo ello creando un espacio de dialogo.

Desmenuzando estos dos conceptos y en términos generales la Mediación es:

1º.- Un procedimiento Confidencial.-

El mediador y las partes no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento ni tampoco declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje.

La confidencialidad **anima** a las partes a intervenir de forma abierta y promueve **la sinceridad**.

Es uno de los factores que más contribuyen a la **efectividad** de la mediación.

En el ámbito empresarial es este factor quizás el que más influye a la hora de elegir este medio.

Por ejemplo es muy importante el que no trascienda el conflicto entre las empresas del sector.

2º.- Es Voluntaria.-

Nadie está obligado a iniciar una mediación ni tampoco a continuar en ella. Ni por supuesto a concluir la mediación con u acuerdo.

3º.- Es un proceso FLEXIBLE.-

¿Por qué?

En relación con el mismo proceso de mediación- *Cuando la mediación se inicia de forma voluntaria por las partes (eligen al mediador, delimitan los términos que quieren tratar, deciden si el acuerdo será título ejecutivo o no, y en qué medida quieren participar).*

En relación con los intereses que se consideran-

En la mediación al negociar las partes tienen en consideración una mayor y diferente variedad de intereses y preocupaciones.

Esto se consigue permitiendo que las partes expresen sus preocupaciones y emociones que pueden estar alimentando la disputa. .

Pongamos un ejemplo de esta variedad: Un conflicto entre un empresario que fabrica un producto y su distribuidor. Puede ser que los dos tengan un interés común: preservar sus relaciones futuras y prevenir este tipo de conflictos en un futuro.

En relación con las soluciones que se pueden adoptar.-

El abanico de soluciones es mucho más amplio y variado que las que se pueden conseguir a través de una sentencia. Hablaríamos aquí de la fórmula GANADOR_GANADOR.

Se buscarán soluciones que satisfagan a todas las partes.

Por ejemplo, en una reclamación de cantidad, las partes no están limitadas a una cantidad de dinero o a la decisión en último término que dicte el Juzgado sino que de forma creativa pueden diseñar otro tipo de soluciones.

Pueden sustituir el pago por otra contraprestación (un trabajo que realizase a la otra parte).

En la Mediación se crea un espacio de dialogo en el que las partes pueden contar directamente su historia y ser oídas.

Para muchos, tener la oportunidad de ser oídos constituye la diferencia entre un proceso de resolución satisfactorio o insatisfactorio.

*Existe más probabilidad de cumplir el acuerdo sencillamente porque se ha participado en su construcción. Digamos que las partes son los **protagonistas**.*

En este entorno se mejora las comunicaciones.

Más ágil y económico.- -

Especialmente cuando se usa al inicio del conflicto entre las partes antes de que haya escalado el conflicto en hostilidad.

Aunque no se llegue a un acuerdo la mediación puede servir para delimitar y clarificar los aspectos controvertidos o litigiosos de la disputa, lo que también supone un ahorro de tiempo y dinero

Debido a su flexibilidad las partes pueden llegar a una solución en pocas sesiones: Vamos a suponer que un conflicto se resuelva en 5 o 6 sesiones, y si la sesión es semanal pues estamos

hablando de mes y medio para llegar a una solución. Imaginaros el tiempo que se tarda desde que se interpone una demanda hasta la sentencia definitiva.

MEDIADOR

*En la definición se habla de una **persona imparcial e independiente.***

El mediador no puede actuar en perjuicio o en interés de cualquiera de las partes. En este caso si entiende que existe una causa por la cual no es imparcial debe renunciar.

El mediador debe de intervenir estableciendo entre las partes una posición de igualdad, un equilibrio entre ellas. Cada una tiene que expresar sus posiciones e intereses y tiene que cuidar que cada parte este legitimada. No solo por el mediador sino por las demás partes.

CONFLICTOS DERIVADOS DE LA INSOLVENCIA

*Quiero hacer a continuación una pequeña reflexión acerca de cómo los **conflictos derivados de la insolvencia del empresario individual, pueden gestionarse y resolverse a través de la mediación. Y en concreto quiero hablaros de la mediación concursal.***

1ª Cuestión.- ¿Cuál es la responsabilidad del empresario individual?

*La responsabilidad es **ilimitada, es decir** responde de las deudas de su empresa con la totalidad de sus bienes. No existe separación entre el patrimonio de la empresa y el patrimonio personal. Hablamos por tanto de una (**Responsabilidad patrimonial universal**).*

Pero es más, en muchos casos quedan sujeto también los bienes gananciales en el caso de que el empresario este casado en este régimen.

Por lo tanto, cualquier elemento del patrimonio del deudor – o sea del empresario - puede ser legalmente adquirido por los acreedores.

2ª Cuestión: ¿Puede una persona física, como es el empresario que ha avalado su empresa con todo su patrimonio, entrar en concurso en caso de insolvencia?

Evidentemente sí. La ley concursal si lo permite.

En esta situación actual de crisis, donde la insolvencia en España es generalizada y afecta a sectores como abogados, médicos, periodistas, ingenieros, etc... es común encontrar familias y emprendedores que han avalado su empresa con todo su patrimonio y ahora están siendo

embargados y ejecutados masivamente por una deuda que sin una quita o reestructuración de esta, jamás podrán pagar.

Ante esta esta situación son muchos los empresarios que presentan concursos.

¿Pero responde el concurso a las necesidades del empresario?

El concurso de acreedores en la actualidad y como está configurado no responde a las necesidades de una persona física insolvente. Tienen un trato de desfavor en contra de lo que ocurre con las personas jurídicas. ¿Por qué digo esto?

Una **empresa** cuando suspende pagos y comienza una reestructuración, sus acreedores son conscientes que si no apoyan la reestructuración de la empresa, esta acabará en liquidación y por tanto realizando todos los bienes de la misma con su **extinción final**.

A los **emprendedores** y contestando a la pregunta **no los podemos extinguir**, siguen con deudas impagables.

O lo que es lo mismo, cuando el concurso de persona física o empresario termina en liquidación, porque no ha habido convenio las deudas no se extinguen con la venta de los bienes del concursado, sino que sigue siendo responsable de las mismas más allá del concurso con sus bienes presentes y futuros.

Por ello en muchos casos el deudor al ver que no dispone de un procedimiento al que pueda acogerse para equilibrar su situación financiera, desiste de seguir batallando contra el peso de la deuda provocando su **insolvencia definitiva**.

Todo este planteamiento nos lleva a hacernos las siguientes preguntas:

¿Cabe la posibilidad de instrumentalizar un sistema de mediación concursal dirigido a alcanzar un acuerdo entre acreedores y deudor para evitar presentar el concurso?

¿Pueden acreedores y deudores, ante un problema de insolvencia, acudir a una persona que aproximara a las partes y les ayudara a negociar?

En este sentido creo y comparto con otros autores que es satisfactorio el tener esta otra alternativa para gestionar esta insolvencia.

Pues la figura de un tercero ajeno al conflicto cuyo único interés y esfuerzo reside solamente en el acercamiento de posiciones entre las partes, podría facilitar la comunicación entre el deudor, acreedor y abogados de estos.

Aquí la confidencialidad anima a las empresas, como he dicho antes, a utilizarla, porque resulta muy sensible para las empresas reconocer que se hallan en situación de insolvencia inminente.

Para terminar deciros que este sentido se está trabajando, puesto que la mediación en el sistema concursal ha adquirido relevancia a raíz de la disposición adicional única de la Ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley 22/2003 de 9 de julio concursal, que ordena al gobierno la remisión, a las Cortes Generales de un informe sobre la aplicación y los efectos del

Marisa Santana Delgado
Abogada - Mediadora

conjunto de medidas adoptadas para mejorar la situación de las personas físicas y familias que se encuentren en dificultad de satisfacer sus obligaciones....

A tal efecto podrán proponerse opciones de solución extrajudicial, mencionando la mediación.

Mientras que la ley concursal no se reforme, creo que la Ley citada antes de Mediación civil y Mercantil de 6 de Julio de 2012, nos abre la puerta a la mediación concursal, como posibilidad de gestionar y resolver este tipo de conflictos.

ANEXO N° 3

ESQUEMA DE UN PROCESO CONCURSAL.



ANEXO N° 4.

ARTICULO SOBRE LA NEGOCIACIÓN

La forma natural de enfrentar y resolver cualquier discrepancia o conflicto, es por lo general, primero, encarar el problema "cara a cara", comunicándonos con la otra parte para lograr algún resultado que satisfaga nuestros intereses; sólo cuando este procedimiento falla es que recurrimos a otros métodos como la violencia (verbal, gestual o física), la adaptación o sumisión, o evasión.

Este proceso de relación "cara a cara", que existe entre dos o más partes que enfrentan un conflicto, se conoce con el nombre de Negociación o Transacción, y se caracteriza, entre otros aspectos, porque son las partes quienes, directamente, sin la intervención de un tercero, resuelven "su problema".

Por ello es que se dice que la forma más antigua de resolución de conflictos, es la Negociación o Transacción; incluso más que la forma violenta, pues antes que ésta se manifieste, las partes normalmente tienen oportunidad de efectuar transacciones, que la gran mayoría de las veces permiten una solución pacífica.

Cuando deseamos obtener algo de nuestros hijos, esposa, jefe o compañeros de trabajo, efectuamos transacciones, es decir, conversamos para llegar a posibles acuerdos, que nos permitan obtener algo a cambio de algo, sean bienes, comportamientos o servicios.

Sin embargo, es necesario tener presente que para que podamos negociar (o efectuar transacciones) deben existir por lo menos dos partes que tengan intereses comunes, pero también intereses discrepantes, para que en el proceso de negociación puedan efectuar transacciones cediendo en algo a cambio de algo. Esta relación se conoce con el nombre de interdependencia: para lograr satisfacer mis intereses y necesidades, dependo cuando menos

parcialmente de otras personas, quienes están vinculadas a mí por sus propios intereses y necesidades,

a. Elementos de una Negociación

Para que se dé una negociación deben concurrir algunos elementos básicos. Entre los más importantes, podemos citar a los siguientes:

I. Existir dos o más partes.

2. Existir intereses comunes e intereses opuestos
3. Las partes deben tener alguna dosis de poder (algo que dependa de una de las partes y que interese a la otra parte)
4. Las partes deben buscar directamente, sin la intervención de terceros, una solución a sus problemas.

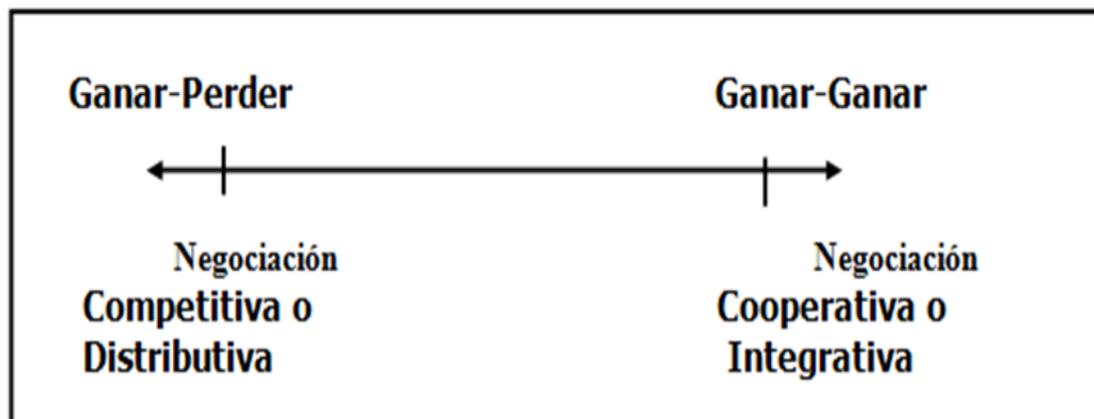
Concepto de Negociación

Resumiendo lo anterior, podemos definir la Negociación en los siguientes términos:

Es el proceso mediante el cual dos o más partes, con intereses comunes y opuestos, confrontan sus intereses, a través de una comunicación dinámica, donde intercambian bienes y servicios, tratando de resolver sus diferencias en forma directa, para lograr una solución que genere mutua satisfacción de las partes.

b. Formas o Estrategias de Negociación

Las formas de solución entre dos o más partes en un contexto de negociación pueden darse en dos extremos, dentro del límite de los cuales se da una variedad de formas de negociación. La siguiente gráfica explica mejor este concepto:



Negociación Competitiva

Se ubica en el primer caso (Ganar-Perder), se negocia en una posición en donde "A" pretenderá conseguir sus objetivos a cualquier precio, a costa de "B". Este tipo de negociación se conoce también con el nombre de Negociación Distributiva o de Suma Cero (lo que uno gana lo pierde el otro).

Un ejemplo: si dos hermanos negocian la forma como deben distribuirse la ganancia de 100.000 € que han obtenido en un negocio, por cada euro que obtenga "A" será un euro menos para "B", básicamente, porque el monto a distribuir es fijo, no puede aumentar.

Este tipo de negociación, se caracteriza por el "regateo", donde cada parte cede "a pocos" hasta alcanzar un nivel donde se logra (si es que se logra) llegar a un acuerdo dividiendo las diferencias.

Este es un caso típico en las operaciones de compra – venta, en donde luego de una serie de transacciones se consigue llegar a un punto equidistante que aproxima a las partes a una solución. Entonces, las partes deciden por una solución salomónica: “ni para ti ni para mí, dividamos la diferencia”.

Esta forma de negociación, es la que comúnmente caracteriza a las negociaciones colectivas, donde cada una de las partes inicia el proceso de negociación planteando pedidos extremos a fin de cuidar que el objetivo a

lograr no se vea afectado por el “regateo” o “acercamiento a pasos cortos” que caracteriza a este proceso; al final es posible que se llegue a posiciones muy cercanas que permitan dividir las diferencias sin afectar significativamente los intereses de las partes. Cuando el “regateo” no permite este acercamiento que hace vislumbrar una solución y las distancias son considerables, sobreviene la ruptura de la relación.

El proceso de la Negociación Distributiva comúnmente está orientado a resolver las diferencias en base a posiciones, descuidando por lo general los intereses subyacentes de las partes

Características de la Negociación Competitiva o Distributiva

1. Las metas que persigue una parte son incompatibles con las metas que persigue la otra parte.
2. Cada parte desea maximizar su ganancia, más aún cuando los recursos son escasos.
3. Las partes actúan con estrategias y tácticas competitivas que permitan mejorar sus resultados: regateo, ganar -perder.
4. Existe relación de interdependencia en la cual las partes se hacen concesiones en el curso de la negociación.
5. Las relaciones se deterioran y perjudican la relación continua de calidad en el largo plazo.
6. Cuando una parte siente que pierde provoca inversión y aumenta las diferencias.

Negociación Cooperativa o Integrativa

Es el modelo más eficiente de resolver conflictos mediante la negociación.

Una forma que permite transformar la relación adversarial y de enfrentamiento que caracteriza a la negociación distributiva, por una relación de cooperación, en donde las partes en vez de situarse “frente a frente” se ubican una al lado de la otra buscando formas creativas para resolver sus diferencias y encontrar soluciones satisfactorias para ambas partes.

Esta forma de negociación se conoce con el nombre de Negociación Integrativa, Negociación Cooperativa o como la llama Roger Fisher Negociación Basada en Principios.

Existen diversos modelos: el de Karl Albrecht y Steve Albrecht], el de Fred Edmund Jandt y Paul Guillette, el desarrollado por el Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard, bajo la dirección de Roger Fisher y William Ury que es el de mayor difusión y aceptación.

La Negociación Cooperativa o Integrativa, como su nombre lo indica, integra une a las partes. Esto es posible, porque en este tipo de negociación es fundamental diferenciar los intereses de las posiciones a fin de trabajar fundamentalmente con los intereses de las partes.

Las posiciones, son las demandas, reclamos o pretensiones que efectúan las partes. Discutir en base a posiciones genera antagonismo y muchas veces la ruptura. Ejemplo de una posición podría ser la que plantea un propietario: “que me pague el alquiler adeudado y que me devuelva la propiedad.”

Los intereses, son los reales motivos que generan una demanda o reclamo, es decir, una posición. Son las necesidades, deseos, preocupaciones, temores y/o aspiraciones que las partes buscan satisfacer para lograr un acuerdo satisfactorio. Si no se resuelven los intereses, en la práctica se mantiene latente la posibilidad de un conflicto.

Ejemplo: una persona que alquila un piso, le interesa fundamentalmente, además de la renta mensual, que la persona a quien alquila su propiedad, sea cuidadosa, que la mantenga en buen estado, que sea una persona honesta y decente, además de cumplidora. Sus intereses al alquilar un piso, podría ser, además, el obtener una renta para pagar con ella la pensión de estudios de su hijo que estudia en Estados Unidos.

R. Caivano, nos brinda un ejemplo que grafica la diferencia entre posición e interés. Nos dice, que "uno puede estar exigiendo dinero (posición); la negociación estará centrada, entonces, en lograr ese dinero.

Esta gestión meramente distributiva sólo será eficiente si se obtiene la totalidad de lo que se pretende, o al menos la mayor cantidad; pero esto muchas veces es imposible.

Por ello conviene centrarse en otros componentes de lo que pretendo obtener: para qué quiero lo que estoy exigiendo (intereses). Así podemos ver que lo que realmente quiero no es indefectiblemente una suma de dinero, sino que con ella luego compraría, por ejemplo, una botella de agua; mi real interés pasa del dinero al agua. Aquí es posible encontrar la primera posibilidad de intercambio: ya no se discute por un único objeto (dinero), sino que se ha abierto la discusión a dos elementos (dinero y agua), posiblemente con valores o importancia distintos para uno y otro. Si uno no está dispuesto a ceder o entregar dinero, tal vez sí lo esté en proveer agua.

Pero podemos ir más allá: abrir aún más el espectro de la negociación y concentrarnos en el motivo por el cual pretendo el agua (necesidades), para qué quiero el agua, qué uso pretendo darle. Se podrá identificar, entonces, que lo que necesito es saciar la sed. El objetivo de saciar la sed puede ser satisfecho por la obtención del agua, pero también por medio de otras cosas; el agua no es el único y exclusivo elemento que colmará mi objetivo. Otras bebidas pueden satisfacer esta necesidad.

Aquí las posibilidades de lograr intercambios se han ampliado aún más; ya no se discute por dinero o agua, sino por bebidas en general. No será imprescindible obtener una suma de dinero, sino realmente saciar la sed. Y esto se puede lograr a través de otras cuestiones que no necesariamente son dinerarias."

Este ejemplo nos grafica cómo se pueden encontrar soluciones a problemas o conflictos yendo más allá de las simples posiciones que, por lo general, nos limitan a un esquema distributivo de regateo.

Características más importantes de la Negociación Cooperativa.

1. Las partes trabajan en una relación Ganar-Ganar. Adoptan soluciones creativas que permiten agrandar "el pastel".
2. Las partes trabajan sobre el supuesto de que existe más de un arreglo que permita soluciones satisfactorias para las partes.
3. Mantiene y, en muchos mejora, las relaciones interpersonales, permitiendo relaciones a largo plazo.

Condiciones mínimas para una Negociación Cooperativa

1. Sensibilidad de cada parte a las necesidades de la otra parte.
2. Clima de confianza recíproca
3. Disposición a ser flexibles.

ANEXO N° 5

ARTICULO: INCONVENIENTES DEL CONCURSO DE PERSONAS FISICAS.

El concurso de acreedores de persona física o de familia presenta una serie de inconvenientes para el deudor.



Desventajas:

- *Intervención del patrimonio y en particular de los ingresos y gastos de la familia del deudor por parte de la administración concursal, (abogado o economista nombrado por el Juzgado).*
- *Nombramiento de un administrador concursal con poca o ninguna experiencia en concurso de acreedores de particulares.*
- *Lentitud de los juzgados en tramitar los procedimientos concursales.*
- *Liquidación de los bienes del deudor si no se consigue un acuerdo con sus acreedores.*
- *Poca flexibilidad en los plazos para conseguir la propuesta anticipada.*
- *Imposibilidad de paralizar una ejecución hipotecaria, excepto si en la vivienda habitual desarrolla una actividad económica.*

*La decisión de reestructurar la deuda con un concurso de acreedores, necesariamente tiene que ser la **última opción** de la familia cuando la negociación extrajudicial con las entidades financieras ha sido imposible. A todo esto, se añade la viabilidad o no dependiendo del caso de cada familia deudora y el objetivo que pretende con la presentación del concurso.*

En todo caso, la refinanciación de la deuda ad infinitum tampoco es una solución que vaya a solucionar el problema financiero, más bien es una huida hacia adelante que complicará aún más si cabe, la salida de la crisis. Con todo lo impensable que parece hoy, retrasar la reestructuración de la deuda familiar sólo hará que salga aún más cara cuando se produzca en el futuro. Cuanto más tiempo emplee la familia en dedicar sus valiosos recursos al servicio de una deuda que no puede permitirse el lujo de pagar, de menos capital dispondrá para reactivar su economía en el futuro.