

# CONSECUENCIAS DE LA INCLUSIÓN DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO (UE) 2015/848 SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA<sup>1</sup>

GEMMA GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN

Profesora Titular de Derecho Procesal. Universidad de Murcia

Revista Española de Derecho Europeo 69

Enero – Marzo 2019

Págs. 27–48

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL. 1. *El centro de intereses principales del deudor como criterio determinante a efectos de concebir los trámites del acuerdo como un procedimiento de insolvencia principal.* 2. *El reconocimiento de la apertura del procedimiento en relación con procesos de ejecución singular en otros Estados miembros.* 3. *El trámite de acuerdo extrajudicial de pagos como procedimiento principal y la apertura de procedimientos de insolvencia secundarios.* 4. *Efectos del acta de conclusión del procedimiento sin acuerdo.* 5. *Los efectos del acuerdo alcanzado.* 6. *Efectos de la impugnación jurisdiccional del acuerdo extrajudicial.* III. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO SECUNDARIO.

**RESUMEN:** El objetivo de este trabajo es analizar las consecuencias derivadas de la inclusión del procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 del

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to analyze the impact of including the Spanish insolvency proceeding provided to reach the called "out of court payment agreement" within the scope of Regulation (EU) 2015/848 of the European

1. Actividad enmarcada en el proyecto de investigación DER2017-85675-R, «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional», y en la Red temática DER 2016-81752-REDT, financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad.



Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia. El estudio se ha realizado desde una doble perspectiva. En primer lugar, se han examinado los efectos transfronterizos derivados de la apertura de un acuerdo extrajudicial de pagos como procedimiento principal. En segundo término, se examina el acuerdo extrajudicial de pagos como procedimiento secundario.

**PALABRAS CLAVE:** Acuerdo extrajudicial de pagos– Eficacia transfronteriza.

Parliament and of the Council in insolvency proceedings. The study has been made from a double perspective. Firstly, it has been analyzed the cross border effects of opening in Spain negotiations to achieve an out of court payment agreement as a main insolvency proceeding. Secondly, the out of court payment agreement has been analyzed as a secondary insolvency proceeding.

**KEYWORDS:** Out of court payment agreement– Cross border effects.

Fecha de recepción: 8-11-2018

Fecha de aceptación: 11-1-2019

## I. INTRODUCCIÓN

De modo claramente diferente a como fue concebida en 2003, la vigente Ley Concursal (LC) contempla una pluralidad de cauces para afrontar situaciones de insolvencia actual o inminente de un deudor. Al vehículo estrictamente jurisdiccional del proceso concursal, se han ido uniendo a través de sucesivas reformas legales instrumentos diversos, y en principio tendentes a evitar el concurso, en los que la intervención del órgano jurisdiccional es de intensidad considerablemente menor.

Entre tales instrumentos, el acuerdo extrajudicial de pagos es el procedimiento de más reciente incorporación a nuestro sistema –arts. 231 y ss. de la LC–, y se ha diseñado como un procedimiento de mediación peculiar conforme al cual el deudor y sus acreedores, con la asistencia de un tercero –el mediador concursal–, tratan de llegar a un acuerdo<sup>2</sup> por sí mismos sobre el modo de saldar las deudas del primero.

Las singularidades de esta mediación en materia de insolvencia, si la comparamos con la mediación que generalizadamente se toma como referencia, es decir, la regulada en la Ley 5/2012, se observan en diversos aspectos y elementos.

Por una parte, la aplicación de los principios informadores, esto es, voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad (arts. 6 a 9 de la Ley de Mediación), se altera considerablemente<sup>3</sup>, cuando no se suprime, como

2. Acuerdo de masa, son los términos empleados por García-Cruces, «La ineficacia del acuerdo extrajudicial de pagos», *Estudios Jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán, Liber Amicorum*, Tomo II, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 1309 y 1320 (nota a pie 7).

3. Es de igual criterio Porfirio, «La mediación mercantil y el concurso consecutivo: una visión escéptica de la mediación», *Estudios jurídicos en memoria...* cit., pp. 2186 y ss. Sirvan para constatar la afirmación sostenida en el texto principal algunos ejemplos. Des-

es el caso de la confidencialidad si al procedimiento del acuerdo extrajudicial le sucede un concurso consecutivo, según prescribe el art. 242.2.2.<sup>a</sup> de la LC.

Por otro lado, desde la perspectiva de la finalidad perseguida, las diferencias con la mediación «clásica» son también muy relevantes. En efecto, la trascendencia de iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos va en muchas ocasiones más allá de pretender llegar a una solución consensuada sobre el modo de hacer frente al pago de las deudas. Así, la mera apertura de las negociaciones, una vez comunicada al juez<sup>4</sup>, evita el inicio de ciertas ejecuciones singulares y produce efectos suspensivos sobre algunos procesos de ejecución que se hallen pendientes (art. 235.2.). Impide, además, la declaración de concurso del deudor durante un cierto periodo de tiempo (art. 235.5)<sup>5</sup>. Por otra parte, si se alcanzase un acuerdo merced al voto favorable de una importante mayoría, su vinculación puede extenderse a acreedores que no lo hayan suscrito; incluso a acreedores con garantía real (arts. 238 y 238 bis). Y, en tercer lugar, el fracaso en la consecución del acuerdo o, alcanzado este, el incumplimiento, aun abocando al concurso consecutivo, permite

---

de la perspectiva de la voluntariedad, no todos los deudores pueden, aunque quisieran, acudir a este método de resolución de conflictos, sino solo los que reúnan las características del art. 231. Tampoco todos los acreedores pueden adscribirse al intento de negociación, pues quedan excluidos los de derecho público y las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Aquellos sujetos que sí pueden acceder a este método reciben incentivos para hacerlo (un régimen más beneficioso de segunda oportunidad, en el caso del deudor) o, incluso, sanciones por no intentarlo (la subordinación del crédito del acreedor que se mantenga completamente inactivo ante una solicitud de mediación). Por lo que hace a la imparcialidad del mediador, es de notar que, con acierto, el régimen jurídico de la Ley Concursal para controlarla es más riguroso que el de la Ley de Mediación, ya que el art. 233 dispone que se apliquen las normas sobre nombramiento de expertos independientes. Consideramos entonces que no rige para el mediador concursal el discutible apartado 5 del art. 13 de la Ley de Mediación, conforme al cual, aun concurriendo alguna circunstancia que pudiera afectar a su imparcialidad, el mediador podría asumir la mediación si las partes lo consienten expresamente y el mediador asegura poder hacerlo con total imparcialidad. Y, finalmente, desde la óptica de la neutralidad, es más que discutible que el papel del mediador concursal deba ser neutral cuando el deudor es un consumidor y sus acreedores empresarios. Sobre estas cuestiones nos hemos pronunciado con más detenimiento, en García-Rostán Calvin, Tomás Tomás, «Out of Court Payment Agreement, a Sui Generis Mediation in Insolvency Matters in Spain», *Transnational Dispute Management*, vol. 14, cuaderno 4, noviembre 2017.

4. Concretamente, al que en su caso hubiera de ser competente para la declaración de concurso.
5. Es cierto que el intento de una mediación ajustada al régimen de la Ley 5/2012 también impide la iniciación de procesos en relación con lo que sea objeto de mediación, pero solo si existiera un compromiso previo de someterse a mediación, es decir, en la medida en que exista un acuerdo expreso de las partes al respecto, algo que en modo alguno se requiere en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos. Por otra parte, el régimen de la citada ley no impide la adopción de medidas cautelares; el art. 235 de la LC, sin embargo, sí prohíbe expresamente anotaciones de embargos o secuestros.

al deudor persona física, si se produjera la liquidación de su patrimonio<sup>6</sup>, acceder a un régimen de exoneración de deudas sensiblemente más favorable que el que resultaría de aplicación de no haberse intentado el acuerdo extrajudicial (art. 178 bis 3.3.º y 4.º). Suspensión de las ejecuciones durante la negociación, extensión del contenido del acuerdo a terceros y exoneración de deudas tras la liquidación si finalmente hubiera concurso, y todo ello *ope legis*, son, desde luego, objetivos que van mucho más allá de la mera pacificación mediante acuerdo del conflicto jurídico entre el deudor y sus acreedores.

Teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del acuerdo extrajudicial de pagos (insolvencia de personas físicas con un volumen de pasivo inferior a cinco millones de euros, o de personas jurídicas con menos de cincuenta acreedores, un pasivo inferior a cinco millones de euros, un activo inferior también a dicha cifra y activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo –art. 231 LC–), y el constante crecimiento de la actividad económica transfronteriza de los sujetos que pueden recurrir a este procedimiento, se pretende en este trabajo dar respuesta a una situación perfectamente realizable, a saber: que un deudor con patrimonio y/o deudas (obligaciones) pendientes de pago en España y en el extranjero pueda estar interesado en solicitar un acuerdo extrajudicial de pagos y se plantee qué efectos tendrá más allá de las fronteras del Estado español, concretamente en otros países de la UE sometidos al ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia.

Debe quedar constancia, como punto de partida, de que la Ley Concursal guarda silencio acerca de la posible eficacia transfronteriza que pueda tener un acuerdo extrajudicial de pagos alcanzado en España. Ni las normas de Derecho internacional privado ubicadas en el Título IX, (arts. 199 y ss.), ceñidas, por lo que al procedimiento abierto en España se refiere, al concurso, ni las del Título X, centradas en el acuerdo extrajudicial de pagos, hacen referencia alguna a la situación descrita. Por el contrario, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Procedimientos de Insolvencia sí contiene previsiones al respecto<sup>7</sup>. Como es sabido, este texto normativo se

6. Tal liquidación solo se impone normativamente en los concursos consecutivos de persona física no empresario (art. 242 bis.10.º).

7. Se manifiesta crítico al respecto Carrasco Perera, «Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento Europeo de Insolvencia: el caso español», *Actualidad Gómez Acebo y Pombo*, septiembre 2015. Accesible en: <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-procedimientos-de-preinsolvencia-en-el-reglamento-europeo-de-insolvencia-el-caso-espanol.pdf>. A juicio del autor, lo único aplicable del Reglamento es la previsión sobre el centro de intereses principales del deudor y que la competencia judicial y la ley aplicables siguen criterios de universalidad propios de los procesos concursales clásicos. En cambio, da la bienvenida a tales previsiones Garcimartín, «Los procedimientos pre-concursales en el Reglamento Europeo de Insolvencia: apuntes sobre el nuevo

aplica a los procesos de insolvencia iniciados a partir del 26 de junio de 2017 (art. 84)<sup>8</sup> respecto de deudores que tengan el centro de sus intereses principales en la Unión Europea, con excepción de Dinamarca<sup>9</sup>. De conformidad con los artículos 1.1 y 2.4 y el anexo A, el acuerdo extrajudicial de pagos es considerado expresamente como un procedimiento de insolvencia y se encuentra, por tanto, dentro del ámbito de aplicación del Reglamento<sup>10</sup>. Además, según prescriben el art. 2.5 y el Anexo B, el mediador concursal ha de equipararse al administrador concursal, de modo que todas las referencias hechas a éste en el Reglamento deben considerarse realizadas también respecto de los mediadores concursales.

Sin perjuicio de que el Reglamento (UE) resulte aplicable en su totalidad a los acuerdos extrajudiciales de pagos a los que se pretendiera conferir una dimensión transfronteriza, dado el alcance de este tipo de procedimientos de mediación y la situación en la que habitualmente pueden encontrarse los deudores a los que puede convenir acudir a este expediente, consideramos que ciertos preceptos de dicha norma resultan especialmente trascendentes respecto del tema que nos ocupa y, por lo tanto, en ellos vamos a centrar primordialmente nuestra atención. Tales preceptos son: el art. 3, rubricado «competencia internacional»; el art. 7, relativo a la Ley aplicable; los arts. 19, 20, y 32, acerca del reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia y otras resoluciones ulteriores; el art. 18, sobre los efectos del procedimiento de insolvencia respecto de procedimientos en curso o procesos arbitrales en curso; el art. 8, relativo a los derechos reales de terceros que recaigan sobre bienes situados en territorio de otro Estado miembro; el art. 16, que, bajo el epígrafe «actos perjudiciales», contempla una excepción al régimen del art. 7 respecto del ejercicio de acciones rescisorias; y los artículos 34 y ss. sobre procedimientos secundarios. Sobre esta base normativa analizaremos el alcance de un procedimiento de acuerdo extrajudicial

---

régimen», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 22/2015, p. 2, aunque en páginas posteriores (7 y ss.) introduce relevantes matices.

8. El art. 92 contiene algunos matices sobre el ámbito temporal de aplicación, pero no son trascendentes para el tema que aquí nos ocupa.
9. Considerando 88. Por otra parte, téngase en cuenta que tanto el Reino Unido como Irlanda comunicaron expresamente su voluntad de someterse al Reglamento (considerando 87), aunque el proceso de desconexión que está llevando a cabo el primero puede que implique la exclusión de dicho Estado del ámbito de aplicación del Reglamento. Sobre dicho extremo, Carballo Piñeiro, «La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 27, segundo semestre de 2017, ref. La Ley 8185/2017.
10. Lo están también el concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación y el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

de pagos que tenga la consideración de procedimiento principal, el alcance de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos que tenga la consideración de procedimiento secundario y en qué medida un acuerdo extrajudicial de pagos puede desencadenar o verse afectado por un compromiso que evite procedimientos secundarios.

## II. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL

### 1. EL CENTRO DE INTERESES PRINCIPALES DEL DEUDOR COMO CRITERIO DETERMINANTE A EFECTOS DE CONCEBIR LOS TRÁMITES DEL ACUERDO COMO UN PROCEDIMIENTO DE INSOLVENCIA PRINCIPAL

El primer elemento a considerar por el aplicador del Derecho es el del vínculo que ha de unir al deudor con el Estado español para que el desarrollo de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos deba ser considerado en los países en los que se aplica el Reglamento un procedimiento principal y, consecuentemente, pueda tener el alcance universal con matices que prevé la citada norma comunitaria<sup>11</sup>. En este sentido, de conformidad con el Reglamento, el deudor debe tener el centro de sus intereses principales en España, debiendo entenderse por tal centro lo que especifica el art. 3.1, párrafo 1 – lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses– y aplicarse las presunciones *iuris tantum* concretadas en los párrafos 2, 3 y 4 de tal precepto<sup>12</sup>. En dichas presunciones, el hecho indicio varía en función de la naturaleza del sujeto deudor cuyo centro de intereses principales se ha de delimitar. Es el domicilio social, siempre que no haya sido trasladado en los últimos tres meses, en relación personas jurídicas; es el centro de actividad principal, igualmente siempre que no haya sido trasladado en los últimos tres meses, en relación con particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente; y es la residencia habitual, en este caso siempre que no se haya producido el traslado en los últimos seis meses, en el caso de otras personas físicas<sup>13</sup>. De haber acon-

11. Se alude por algunos autores a un «universalismo modificado». Cfr. Carballo Piñeiro, «La insolvencia transfronteriza...», cit., p. 3 y la doctrina por esta citada.

12. En puridad, no se trata, al menos en un primer momento, de presunciones en sentido técnico, esto es, instrumentos para la fijación como ciertos de los hechos controvertidos en un proceso jurisdiccional. Porque ni el acuerdo extrajudicial es un proceso ni el centro de intereses principales es un hecho controvertido en el momento de decidir sobre la apertura de este expediente como un procedimiento de insolvencia principal. Más bien se trata de reglas que facilitan el control del centro de intereses principales por parte del órgano competente en el momento de decidir, unilateralmente y sin posibilidad de alegación por parte de los acreedores, sobre la apertura del procedimiento.

13. Según el considerando 30 del Reglamento, tal presunción se destruiría si, por ejemplo, la mayor parte de sus bienes está fuera del país de su residencia o se establece que la principal razón de su traslado ha sido tramitar el procedimiento de insolvencia en una nueva

tecido tales traslados, el centro de intereses principales del deudor habrá de constatarse sin el auxilio de las reglas presuntivas expuestas.

Con vistas a una eficacia transfronteriza, estas normas del Reglamento comunitario prevalecen, obviamente, en caso de que su aplicación arrojase un resultado discordante con la aplicación de las normas de competencia territorial contenidas en el art. 232 de la LC<sup>14</sup>. Como es sabido, este artículo se decanta esencialmente por el criterio del domicilio del deudor<sup>15</sup> si la solicitud se presenta ante el registrador mercantil o ante el notario, no hace especificación alguna si la solicitud se presenta ante cámaras de comercio territoriales<sup>16</sup> y admite también como lugar la sede de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España.

En consecuencia, si, aun teniendo el deudor su domicilio en España en el momento de la solicitud, el centro de sus intereses principales, entendido en los términos que concreta el art. 3 del Reglamento, no se hallase en España (piénsese, por ejemplo, en que ese domicilio se ha establecido dentro del periodo de tres o seis meses a que alude el Reglamento y que el deudor desarrolla habitual y públicamente la administración de sus intereses fuera de España), el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos que aquí se iniciase podría desde luego desarrollarse, pero carecería de efectos transfronterizos como procedimiento principal<sup>17</sup>.

Desde la perspectiva inversa, cabe plantearse si un deudor sin domicilio en España, pero con el centro de intereses principales en España podría iniciar un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Para resolver esta pregunta, las normas cuya aplicación se impone son las internas, es decir, las de los arts. 231 y ss. de la LC, pues son los criterios territoriales de atribución contenidos en esta los que permiten a las diversas entidades habilitadas dar curso a la solicitud de mediación. Teniendo en cuenta que el domicilio del

---

jurisdicción en perjuicio de los intereses materiales de los acreedores cuyos créditos hayan nacido antes del traslado.

14. Es claro que no se aplica el art. 10 de la LC, pues tal precepto únicamente rige en relación con procesos concursales en sentido estricto.
15. Para la determinación del domicilio de las personas físicas en este procedimiento, que no tiene naturaleza de proceso jurisdiccional, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 40 del CC. El precepto, como regla general, toma como criterio la residencia habitual. En cuanto al concepto de residencia habitual, y la posibilidad de que una misma persona tenga varias residencias de habitualidad semejante, con los problemas jurídicos que ello conlleva, vid. Macanás Vicente, *Lecciones de Derecho Civil, parte general y Derecho de la persona*, García-Ripoll (coord.), Diego Marín, Murcia, 2016, pp. 354 y ss.
16. En relación con este extremo, vid. Gómez Amigo, *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. Reus, Madrid, 2016, p. 89, nota 155.
17. Sobre la posibilidad de que se concibiera como procedimiento secundario y sus posibles efectos, vid. *infra*, epígrafe III.

deudor es el elemento de atribución de funciones en el caso de los registradores mercantiles y en los notarios, pero no en el de las cámaras de comercio, parece que debe aceptarse que las personas jurídicas y los empresarios persona natural que tengan en España, y así lo acrediten, el centro de sus intereses principales y no su domicilio inicien un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Las restantes personas físicas, en cambio, con residencia habitual en España pero sin domicilio, al no figurar inscritas en ningún censo de población español, en principio quedarían excluidas de la posibilidad de iniciar el expediente, salvo que acreditaran cumplidamente ante el notario de su residencia que tal residencia coincide con su domicilio por no estar este en otro sitio.

Para la comprobación del centro de intereses del deudor, dispone el art. 4 del Reglamento en su primer apartado que es el órgano jurisdiccional que reciba la solicitud de apertura del procedimiento el que debe verificar su competencia y justificarla suficientemente en la resolución de apertura del procedimiento. No obstante, matiza el apartado 2, si en el procedimiento de insolvencia en cuestión no existe una resolución de apertura por parte de un órgano jurisdiccional, los estados miembros podrán encomendar tal comprobación al administrador concursal.

Aplicar las previsiones de este precepto en relación con el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos es tarea repleta de incertidumbres. El primer aspecto a dilucidar es qué ha de entenderse por órgano jurisdiccional, y a tal fin resulta de aplicación la definición contenida en el art. 2.6. Dicho precepto establece dos nociones de órgano jurisdiccional. La primera, conforme a la cual se incluyen exclusivamente órganos integrantes del poder judicial, se aplica en relación con determinados artículos del Reglamento. La segunda, mucho más amplia, que abarca cualquier autoridad competente de un Estado miembro facultada para abrir un procedimiento de insolvencia, para confirmar dicha apertura o para adoptar decisiones en el curso del procedimiento, se aplica en relación con los restantes preceptos del Reglamento. Según esta segunda acepción, por tanto, los registradores mercantiles, los notarios y las cámaras de comercio deben considerarse órgano jurisdiccional a efectos del Reglamento comunitario.

Paradójicamente, entre los artículos enumerados a los que resulta de aplicación la noción más estricta de órgano jurisdiccional se encuentra el apartado 2 del art. 4, pero no el apartado 1, al que se aplica, por tanto, la noción más amplia. A nuestro modo de ver, la decisión reglamentaria de emplear distinta noción de órgano jurisdiccional en dos apartados de un mismo precepto que se encuentran estrechamente vinculados en sentido adversativo deriva en una suerte de esquizofrenia legal, es decir, en una situación claramente patológica

que debiera ser corregida. Pues mientras que el apartado 1 contempla la posibilidad de que el órgano jurisdiccional –en sentido amplio, es decir, notario, registrador o cámara de comercio– pueda examinar de oficio dónde radica el centro de intereses principales, el apartado 2 dispone que si no es un órgano jurisdiccional –en sentido estricto– el que inicie el procedimiento, el control de tal centro de intereses debe llevarlo a cabo el administrador concursal –esto es, el mediador concursal–.

Ante esta tesitura, y sin perjuicio de reivindicar la necesidad de aclaración, consideramos que, tal y como está configurado el procedimiento, es más conveniente que sea el registrador, el notario o la cámara que reciba la solicitud, y no el mediador concursal, quien se encargue de verificar si el centro de intereses principales del deudor se halla o no en España, pues son estos sujetos e instituciones los encargados, según el art. 232.3 párrafo tercero de la LC, de comprobar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad del art. 231 y de abrir el procedimiento o expediente, por lo que no resultaría incoherente que asumieran otras funciones de control. De modo que el papel del mediador, que asume su cargo una vez ya iniciado el procedimiento, ha de ceñirse a su función más natural: la consecución del acuerdo. Aunque es cierto que no existe mención expresa en la Ley Concursal a una decisión de admisión por parte del registrador, el notario o la cámara tras la presentación de la solicitud, sí se alude a la inadmisión, de lo que cabe inferir, *a contrario sensu*, tal decisión de admisión cuando concurren los requisitos. Además, tampoco está prevista resolución alguna, esta vez ni de admisión ni de inadmisión, por parte del mediador concursal, lo que refuerza el argumento de que sean los registradores, los notarios o las cámaras de comercio los que lleven a cabo el control de la denominada competencia internacional.

En cualquier caso, con independencia de la interpretación por la que se opte, la verificación de si el centro de intereses principales del deudor se halla o no en España es una actuación que procede de oficio y que debe constar expresamente en la resolución de apertura. Ha de hacerse, pues, lo pida o no el interesado con vistas a su eficacia transfronteriza. Pero el hecho de que el centro de intereses principales no se halle en España no debe llevar consigo en todo caso la inadmisión de la solicitud, pues cabe que el procedimiento de acuerdo extrajudicial se desarrolle como procedimiento secundario si se cumplen las condiciones del art. 3 del Reglamento en sus apartados 2 y 3.

De conformidad con el art. 5 del Reglamento, la resolución de apertura puede ser impugnada por motivos de competencia internacional. No está previsto en la LC, sin embargo, ningún cauce de impugnación de la resolución de apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos. Por el contrario, se da a entender que tal resolución es inimpugnable al señalar

el art. 232 al final que la inadmisión únicamente da lugar a la posibilidad de presentar una nueva solicitud con la concurrencia de todos los requisitos. Es imprescindible que el Estado español modifique tal norma y especifique cuál es la vía para llevar a cabo la impugnación prevista en el mencionado artículo 5 del Reglamento<sup>18</sup>.

La concepción del acuerdo extrajudicial de pagos como procedimiento de insolvencia principal con base en la consideración de que el centro de intereses principales del deudor radica en España ha de ser asumida por cualquier otro Estado sometido al Reglamento<sup>19</sup>, pues, según se analiza a continuación, el reconocimiento de la resolución de apertura entre Estados es automático (art 19)<sup>20</sup>.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE LA APERTURA DEL PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN CON PROCESOS DE EJECUCIÓN SINGULAR EN OTROS ESTADOS MIEMBROS

Dispone el art. 19 del Reglamento que toda resolución de apertura dictada por un órgano jurisdiccional (en sentido amplio esta vez, según el art. 2.6) competente de un Estado miembro en virtud del art. 3 será reconocida por los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. En similar línea, el art. 20 comienza determinando que los efectos transfronterizos de dicha resolución de apertura serán los mismos en cualquier Estado miembro que los que genere a nivel interno mientras no se abra un procedimiento secundario. La Ley aplicable al procedimiento de insolvencia, además, según el art. 7, es la del Estado de apertura, y es la que determina el régimen a seguir en todas las cuestiones que se enumeran en el apartado 2 de dicho precepto. Cuestiones entre las que se encuentran, por lo que a nosotros interesa en este epígrafe, los efectos sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso.

18. En este sentido, Garcimartín, «Los procedimientos pre-concursales...» cit., p. 8.

19. Al respecto son interesantes las reflexiones de De Miguel Asensio, «Reestructuración e insolvencia transfronteriza: claves del nuevo Reglamento europeo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 27, 2017, ref. La Ley 7487/2017, pp. 8 y 15 a 17.

20. La única excepción a tal afirmación la constituiría el hecho de considerar que la resolución atenta contra el orden público (art. 33). En principio, una resolución equivocada sobre el lugar donde radica el centro de intereses principales difícilmente puede considerarse contraria al orden público. Sin embargo, el hecho de que no esté previsto el cauce de impugnación ante órganos jurisdiccionales (stricto sensu, a juzgar por el art. 2.6 i) que se exige en el art. 5 sí podría considerarse contrario al derecho fundamental de acceso a los tribunales y a un proceso con todas las garantías que, como se sabe, forman parte del denominado orden público procesal (en palabras de De Miguel Asensio, no cabe duda de que la referencia al orden público del foro del art. 33 incluye tanto la dimensión material como la dimensión procesal; cfr., «Reestructuración e insolvencia...» cit., p. 17).

La aplicación aislada de estos preceptos del Reglamento en relación con el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos permitiría concluir que, además del nombramiento de un mediador concursal y del acuerdo al que el deudor pueda llegar con los acreedores que estén dispuestos a suscribirlo, tanto la tramitación del expediente como el acuerdo al que se pudiera llegar generarían otros importantes efectos adicionales fuera de nuestras fronteras.

Concretamente, siguiendo lo establecido en el art. 235.2 de la LC, en cuanto se comunicase la apertura de las negociaciones al juzgado<sup>21</sup>, durante un plazo máximo de tres meses no se podrían iniciar ni continuar<sup>22</sup> en ningún Estado miembro por parte de los acreedores que pudieran verse afectados por el acuerdo (es decir, excluidos los de Derecho público) ejecuciones sobre bienes integrantes del patrimonio del deudor, salvo ejecuciones basadas en un derecho real de garantía. Si el derecho real de garantía recayese sobre un bien necesario para la actividad empresarial o profesional del deudor o sobre su vivienda habitual, podría iniciarse el proceso, si bien quedaría paralizado durante dicho plazo. Si la garantía recae sobre cualquier otro tipo de bien, el art. 235 no pone obstáculo alguno a la ejecución, judicial o extrajudicial. Tampoco cabría, además, llevar a cabo anotaciones registrales de embargos o secuestros derivados de esos procesos de ejecución pendientes [art. 235.2 a) segundo párrafo].

Sin embargo, las previsiones de los artículos del Reglamento mencionados no son más que reglas generales, y están tan plagadas de excepciones en otros artículos de dicho texto normativo que, en el caso del acuerdo extrajudicial de pagos, es difícil saber cuál va a ser el campo de aplicación de tales reglas generales.

Por un lado, por lo que se refiere a los procesos de ejecución ya iniciados y que no se basen en un derecho real de garantía, del art. 18 del Reglamento (y de la salvedad que el art. 7.2 f hace a los procesos en curso) cabe inferir que los efectos que el procedimiento de insolvencia despliegue se rigen por la ley del lugar donde se sustancie la ejecución singular<sup>23</sup>. No opera, por tanto, el

21. Tal comunicación ha de tener lugar, dispone el art. 233.3, una vez que el mediador concursal acepte el cargo.

22. Es verdad que el art. 7 del Reglamento se circunscribe a las ejecuciones aún no iniciadas, pero la eficacia plena que tanto a las resoluciones de apertura como las de desarrollo tienen en virtud de los arts. 19, 20 (en su inicio) y 32 parecen conducir a la plena vigencia del art. 235 de la LC en cualquier Estado miembro.

23. Dispone el mencionado art. 18 que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral. Adviértase que el art. 18 no precisa el tipo de proceso, lo que obliga a incluir en su supuesto de hecho tanto a los procesos declarativos como a los de ejecución.

art. 235.2 a) de la Ley Concursal, sino las normas del Estado en que tal proceso se desarrolla, de modo que la suspensión de ejecuciones jurisdiccionales pendientes solo tendrá lugar si así lo contempla, y durante el tiempo que lo prevea, la ley del Estado de desarrollo del proceso en cuestión<sup>24</sup>. Por otra parte, por lo que se refiere a las anotaciones registrales de embargos o secuestros derivados de dichos procesos, prevalece igualmente la ley del Estado del proceso pendiente, y no lo que dispone el art. 235.2 a) LC en su segundo párrafo.

En relación con procesos de ejecución aún no iniciados (también dejando de momento al margen los que se basen en derechos reales de garantía), las previsiones del Reglamento son susceptibles de interpretaciones diversas, con la inseguridad jurídica que ello conlleva. Por una parte, tanto el art. 7.2.f como el 20.1 permiten deducir que es la Ley española la que, una vez abierto el procedimiento de insolvencia –en este caso el procedimiento de acuerdo extrajudicial–, resulta determinante a tales efectos. Sin embargo, el apartado 2 del art. 20, con la contundente sentencia «cualquier limitación de los derechos de los acreedores, en particular, un aplazamiento de pago... solo podrá oponerse, por lo que respecta a los bienes situados en el territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento», siembra la duda. Pues impedir el inicio de un procedimiento para reclamar un crédito durante un periodo de tiempo es, evidentemente, un aplazamiento de pago. Es verdad que esa contundente oración se encuentra a continuación de otra referida a

---

En contra, Ortega Rueda, «Efectos del concurso sobre los procedimientos declarativos de reclamación de cantidad en curso según el Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia», *La Ley Unión Europea*, 63, 31 de octubre de 2018, si bien a propósito primordialmente del Reglamento de 2000, cuyo art. 15 equivale al vigente art. 18. Considera el autor que el art. 15 se refería exclusivamente a los procedimientos de índole declarativa y no a los ejecutivos, y basa su afirmación en que el art. 20 del Reglamento de 2000 (actual art. 23 del Reglamento de 2015) impone la obligación a los acreedores de restituir a la administración concursal lo que hubiesen obtenido en vía ejecutiva.

A nuestro juicio, el deber de restituir lo obtenido en vía ejecutiva no permite deducir en modo alguno que el proceso de ejecución singular queda fuera del ámbito de aplicación del art. 18. Pues el art. 18 es un precepto que se refiere a qué normas *procesales* han de regir los procesos ya iniciados en otro Estado en el momento de apertura del procedimiento de insolvencia. Normas procesales entre las que se encuentra la relativa a la suspensión o continuación de dichos procesos de ejecución singular. Y el 23 (anterior art. 20 en el Reglamento de 2000) es una norma *sustantiva* para cuya aplicación es necesario, cuando menos, que se haya formado en el procedimiento de insolvencia en cuestión una masa activa en cuya gestión intervenga el administrador concursal, algo que no acontece cuando dicho procedimiento de insolvencia es un acuerdo extrajudicial de pagos. Por otra parte, si en los procesos de ejecución inicial iniciados antes de la apertura del procedimiento de insolvencia se hubiera llevado a cabo anotación de embargo, la continuidad de tal proceso quedaría también protegida en virtud del art. 8 del Reglamento. Véase sobre este último extremo lo que se indica en este mismo epígrafe más adelante.

24. Es de otra opinión Garcimartín, «Los procedimientos pre-concursales...», cit., p. 8, si bien parece que sobre la base de una versión del Reglamento que difiere de la que finalmente entró en vigor.

procedimientos de insolvencia territoriales<sup>25</sup>, pero también lo es que la expresión «cualquier limitación... solo podrá oponerse» lleva a la conclusión de que no se puede retrasar el inicio de procesos de ejecución en el extranjero en la medida en que se ciñan a bienes del deudor situados fuera de España.

Por lo que a los procesos basados en el ejercicio de derechos reales de garantía se refiere, se une a lo dispuesto en el art. 18 lo prescrito para este tipo de derechos en el art. 8, conforme al cual la apertura del expediente de acuerdo extrajudicial de pagos no puede afectar a tal derecho si recae sobre bienes del deudor que se encuentren en el territorio de otro Estado miembro<sup>26</sup>. Por lo tanto, con independencia de la naturaleza del bien sobre el que recaiga la garantía (es decir, aun tratándose de un bien necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional o de la vivienda habitual del deudor<sup>27</sup>), su ubicación en el extranjero protege al titular del derecho en la tramitación del proceso de ejecución singular, aunque se inicie en España un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>28</sup>.

Es importante tener en cuenta que el apartado 3 del art. 8 concibe como derecho real cualquier derecho inscrito en un registro público y oponible frente a terceros que permita obtener un derecho real sobre bienes que pertenezcan al deudor. Cabe plantearse si, conforme a este precepto, las anotaciones preventivas de embargo constituyen un derecho real. De ser así, tales anotaciones llevadas a cabo en un Estado sometido al Reglamento protegerían al acreedor anotante para la continuación de su proceso de ejecución singular dirigido al cobro de su derecho de crédito, sin que el inicio de un acuerdo extrajudicial de pagos en España se lo pudiera entorpecer. Por lo tanto, aun cuando, por aplicación del art. 18, la ley del Estado donde se desarrollase el procedimiento pudiera permitir la suspensión de los procedimientos de ejecución singular una vez iniciado un procedimiento de insolvencia en otro Estado (en este caso, un acuerdo extrajudicial de pagos), la conversión en acreedor con derecho real derivada de haber anotado ya el embargo y, consecuentemente, la aplicación del art. 8, supondría para dicho acreedor la posibilidad de continuar con la ejecución ya iniciada.

25. Concretamente dispone el primer inciso del art. 20.2 que los efectos de un procedimiento de insolvencia territorial no pueden impugnarse en los demás Estados miembros. Norma cuya relación con la contenida a continuación en el mismo apartado es difícil de discernir.

26. Para conocer el Estado miembro en el que se encuentra un bien se ha de aplicar el art. 2.8 del Reglamento.

27. Puede acontecer, especialmente tratándose de deudores empresarios, que el centro de sus intereses principales se encuentre en España y su vivienda habitual en el territorio de otro Estado miembro.

28. Sobre el art. 8, De Miguel Asensio, «Reestructuración e insolvencia transfronteriza: claves del nuevo Reglamento Europeo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 27, 2017, p. 12.

### 3. EL TRÁMITE DE ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE PAGOS COMO PROCEDIMIENTO PRINCIPAL Y LA APERTURA DE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA SECUNDARIOS

Otro de los efectos que produce el inicio del acuerdo extrajudicial de pagos dentro de España, según el apartado 5 del art. 235, es la evitación del concurso en tanto no transcurra el plazo de tres meses previsto en el apartado 5 del art. 5 bis de la Ley Concursal. Sin embargo, como se deduce claramente de los arts. 3 y 4 del Reglamento comunitario, a efectos transfronterizos la iniciación de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos no impide que se abran procedimientos de insolvencia en el extranjero.

En la medida en que expresamente, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 4, al abrir el procedimiento extrajudicial se haya indicado que se trata de un procedimiento de insolvencia principal, se podrá evitar el comienzo de otro proceso de insolvencia principal en otro Estado, mas no procedimientos secundarios. Tal y como prevé el art. 3.2 del Reglamento, tales procedimientos secundarios podrán desarrollarse en aquellos Estados en los que el deudor tenga un establecimiento, y sus efectos quedarán limitados a los bienes situados en el Estado en cuestión. Por lo tanto, únicamente en el caso de las personas físicas que no sean empresario ni profesional autónomo cabe pensar en que el comienzo de un acuerdo extrajudicial de pagos excluya cualquier otro procedimiento de insolvencia en el extranjero, pues dada la definición contenida en el apartado 10 del art. 2, un establecimiento implica necesariamente el desarrollo de actividad económica. En los restantes casos es, desde luego, perfectamente factible que conviva el procedimiento de mediación de nuestra Ley Concursal con otros procedimientos de insolvencia secundarios.

### 4. EFECTOS DEL ACTA DE CONCLUSIÓN DEL PROCEDIMIENTO SIN ACUERDO

En el ámbito interno, el cierre de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos sin que se haya aceptado por los acreedores la propuesta de acuerdo<sup>29</sup> conduce a un concurso consecutivo con diversos efectos procesales y sustantivos que se regulan en los arts. 238.2, 242 y 242 bis.10 y 178 bis de la Ley Concursal<sup>30</sup>.

Desde la perspectiva transfronteriza, los principales interrogantes que se suscitan tienen que ver con el tipo de proceso concursal que procede abrir en

29. Aunque la Ley Concursal no lo especifique (concretamente en el art. 238.3), por aplicación supletoria de la Ley de Mediación 5/2012, art. 22, formalmente el procedimiento ha de concluir con un acta final firmada por todos los asistentes.

30. Sobre el concurso consecutivo, Senés Motilla, «El concurso consecutivo», en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán*, cit., T. II, pp. 2197 y ss.

España y con el alcance del denominado régimen de segunda oportunidad previsto en el art. 178 bis, en la medida en que el intento previo de mediación influye favorablemente, ya se apuntaba al comienzo de este estudio, en el régimen de exoneración del pasivo insatisfecho.

Por lo que atañe al tipo de proceso, el hecho de que nuestro legislador califique el proceso concursal de consecutivo, en modo alguno ha de interpretarse, a nuestro juicio, en el sentido de que el trámite de mediación que implica el acuerdo extrajudicial y el concurso ulterior constituyan dos fases de un único proceso. El concurso es, obviamente, un proceso nuevo y habrá de ser calificado como principal o secundario atendiendo exclusivamente al criterio del Reglamento comunitario sobre el centro de intereses principales del deudor en el momento de su apertura. Es factible, entonces, que se hubiera iniciado un acuerdo extrajudicial como procedimiento de insolvencia principal y que, sin embargo, el concurso consecutivo tenga el carácter de secundario; por ejemplo, si se ha producido un cambio de domicilio reciente –con lo que se evita que opere la presunción del art. 3.1<sup>31</sup>– y se acredita que el centro de intereses principales está ubicado en el momento de la solicitud de concurso fuera de España y el deudor posee un establecimiento en España. Este concurso territorial se ceñiría exclusivamente a los bienes situados en España<sup>32</sup>.

Realizada tal precisión, cabe plantearse a continuación en qué medida, en dicho proceso concursal consecutivo y su conclusión, se pueden aplicar a acreedores extranjeros ordinarios las normas de exoneración de pasivo insatisfecho en supuestos de liquidación patrimonial; concretamente aquellas que permiten, por haber intentado un acuerdo extrajudicial, la exoneración de todos los créditos concursales ordinarios. Y también procede analizar qué efectos tendría tal exoneración judicial más allá de nuestras fronteras.

Para responder a estos interrogantes se han de tener en cuenta dos preceptos del Reglamento Comunitario. En primer lugar, el art. 7.2 j), conforme al cual, se aplica al procedimiento de insolvencia la ley del Estado en cuyo territorio se abra dicho procedimiento en lo relativo a las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia. Precepto del que se infiere que las normas contenidas en el art. 178 bis de la Ley Concursal, ubicadas en sede de conclusión, rigen en este procedimiento. De otro lado, el art. 20.2, en su inciso segundo, en una interpretación *contrario sensu*. Dispone

31. La LC prohíbe al deudor, durante la tramitación del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, llevar a cabo actos de administración o disposición que excedan de los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad (art. 235.1), pero no parece que un cambio de domicilio, debidamente acordado, pueda considerarse englobado en tal categoría de actos prohibidos.

32. El Estado de ubicación de un bien se ha de concretar mediante la aplicación del art. 2.9.

dicho precepto del Reglamento, a propósito de los procesos de insolvencia secundarios, que cualquier limitación de los derechos de los acreedores, en particular un aplazamiento en el pago o una condonación de deuda solo podrá oponerse, en relación con bienes situados en territorio de otro Estado miembro, a los acreedores que hayan manifestado su consentimiento. De lo que cabe deducir, corroborándolo además, el art. 7.2.j, antes aludido, que, en relación con los bienes situados en España, el régimen de segunda oportunidad sí es aplicable a acreedores extranjeros ordinarios que no tengan la condición de acreedores de Derecho público. De forma que, una vez liquidado todo el patrimonio y satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados, los acreedores extranjeros que hayan sido calificados como ordinarios verán extinguidos sus créditos en España. Por el contrario, podrán reclamar tales créditos fuera de nuestro país si el deudor tuviera o adquiriera bienes en otro Estado siempre que las leyes del mismo así lo permitan, sin que el deudor pueda apelar al efecto extintivo derivado de la conclusión del concurso en España.

## 5. LOS EFECTOS DEL ACUERDO ALCANZADO

Si, en sentido contrario a lo planteado en el epígrafe precedente, se lograra alcanzar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores con un contenido ajustado al marco del art. 236 de la Ley Concursal<sup>33</sup>, se procederá a elevarlo a escritura pública, se comunicará el cierre del expediente al juzgado y se publicará en el Registro Público Concursal. Para que tal acuerdo se considere aceptado, es necesario que se alcancen ciertas mayorías, y todos o parte de sus efectos se extienden, en función de las mayorías que se hayan logrado, a los acreedores disidentes, incluso a aquellos que cuenten con garantía real (art. 238 bis). Es posible la impugnación judicial por falta de concurrencia de las mayorías legalmente exigidas, no ajustarse el contenido al art. 236 o por la inclusión en el acuerdo de medidas desproporcionadas para todos o parte de los acreedores. Los cauces a seguir en tal impugnación son los del procedimiento incidental y con doble instancia<sup>34</sup>. En cambio, tanto si no se produce la impugnación como si, planteada, es desestimada, en un eventual concurso de acreedores derivado de la imposibilidad por parte del deudor de cumplir íntegramente con lo pactado, el acuerdo no puede ser objeto de rescisión concursal.

Realizada esta sucinta exposición sobre el significado del acuerdo extrajudicial en nuestro sistema jurídico, procede a continuación analizar, reto-

33. Esperas de no más de diez años, quitas, cesión de bienes no necesarios en pago o para pago y conversiones de deuda, todo ello sin alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido.

34. Aborda con detalle la legitimación y los motivos del proceso de impugnación García-Cruces, «La ineficacia del acuerdo extrajudicial...» cit., pp. 1311 y ss.

mando la dimensión transfronteriza, qué efectos genera dicho acuerdo. En este sentido, como punto de partida, el art. 32 del Reglamento dispone que las resoluciones relativas a la conclusión de un procedimiento de insolvencia y los convenios aprobados por dicho órgano jurisdiccional se reconocerán de pleno derecho<sup>35</sup>. Si tal procedimiento es el del acuerdo extrajudicial de pagos, parece, de nuevo acudiendo al concepto de órgano jurisdiccional en sentido amplio que facilita el art. 2.6 ii, y que es aplicable respecto de este art. 32, que por convenio aprobado hay que entender la escritura pública que recoge el acuerdo, si no hubiera impugnación, y la sentencia firme desestimatoria que se dictase en el incidente en caso de impugnación.

El reconocimiento entre quienes hayan votado a favor del acuerdo no ha de plantear en principio especiales problemas. Sin embargo, la extensión del contenido de dicho acuerdo a otros acreedores, tal y como está previsto en la Ley Concursal, sí ha de ser, con mayor frecuencia, fuente de conflictos. En relación con situaciones transfronterizas, procede plantearse en qué medida y por qué cauces puede imponerse a los acreedores extranjeros asumir en contra de su voluntad las quitas, esperas, cesiones de bienes en pago o conversiones de deuda.

Parece claro que la escritura pública en la que conste el acuerdo extrajudicial de pagos no constituye título ejecutivo ex art. 517.2.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil para exigir a los acreedores, al menos a los disidentes, vía ejecución forzosa, asumir lo acordado por otros, pues, a juzgar por el art. 236 de la Ley Concursal, el acuerdo no puede contener obligaciones de pago a cargo de los acreedores, y el art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige a los títulos extrajudiciales, para desplegar dicha eficacia ejecutiva, que obliguen al pago de cantidad determinada superior a 300 €<sup>36</sup>. Tal escritura tampoco puede considerarse incluida en el n.º 2 del art. 517.2 de la LEC (... «los acuerdos de mediación, debiendo estos últimos haber sido elevados a escritura pública de acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles»). No solo porque dicho numeral alude a acuerdos conformados al amparo de la Ley de Mediación (y los que nos ocupan se elevan a escritura pública por exigencia de otro texto legal, la LC), sino sobre todo con base en la ausencia de identidad de razón: no es aceptable imponer el régimen de la ejecución de sentencias firmes, que es en definitiva lo que implica el art. 517.2.2.º, a acreedores que no han manifestado su aceptación del acuerdo.

35. Sobre el alcance del reconocimiento, Gascón Inchausti, *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 65 y ss. Sobre el alcance del art. 32, De Miguel Asensio, «Reestructuración...» cit., pp. 15 y ss.

36. Se ha planteado en alguna ocasión, si bien a propósito de los acuerdos de refinanciación homologados, su condición de título ejecutivo. Tal condición ha sido expresamente negada, a nuestro juicio con acierto, en el auto 21/2015 de la AP de Barcelona, secc. 15, de 19 de febrero de 2014 (JUR 2015. 104851), Roj, AAP B 795/2014.

Por lo tanto, se ha de descartar una ejecución forzosa frente a los acreedores disidentes para imponerles, adoptando medidas coactivas y coercitivas a tal fin, el contenido del acuerdo. Al no ser la escritura pública título ejecutivo, no procede la ejecución ni con arreglo al Reglamento 1215/2012, que es al que se remite el Reglamento de insolvencia para la ejecución de las resoluciones de conclusión, ni con base en el art. 6 de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles de 2008.

No obstante, los posibles efectos vinculantes de este acuerdo respecto de los acreedores disidentes podrían ser otros diferentes de los ejecutivos. Ante las reclamaciones judiciales que acreedores extranjeros pudieran realizar fuera del Estado español, reclamando al deudor importes afectados por quitas o esperas según la normativa española, el deudor podría intentar fundar su oposición en la existencia de convenio vinculante que, como dice el art. 32 del Reglamento de insolvencias, ha de ser reconocido de pleno derecho. No obstante, tal reconocimiento, por más que sea de pleno derecho, en modo alguno puede sobreponerse o contradecir el contenido de otros preceptos del Reglamento<sup>37</sup>. Y entre ellos ocupa un lugar singular el art. 8, relativo a los derechos reales sobre bienes situados en el extranjero, que no pueden verse afectados por el procedimiento de insolvencia. Lo cual, en definitiva, implica que la extensión subjetiva contemplada en el art. 238 bis a acreedores con garantía real no es aplicable a aquellos cuyo derecho real recaiga sobre bienes ubicados en el extranjero.

En cuanto a la extensión a acreedores sin esa garantía, se impone distinguir dos situaciones. Por un lado, si se abriera en otro Estado un procedimiento de insolvencia secundario, o se asumiera un compromiso unilateral por parte del mediador concursal en los términos del art. 36, la ley aplicable a dicho procedimiento, en relación con los bienes radicados en el Estado de apertura, es exclusivamente la de dicho Estado. De modo que, salvo que las normas de dicho Estado contemplen la vinculación a acreedores disidentes de acuerdos alcanzados en el seno de un procedimiento extranjero, el contenido del acuerdo extrajudicial de pagos no podría hacerse valer más allá de nuestras fronteras a acreedores que no hayan manifestado su consentimiento. En cambio, si no se produjera la apertura de un procedimiento de insolvencia, sino que se emplearan otros medios de reclamación por parte del acreedor disidente, v.gr, un proceso declarativo o directamente un proceso de ejecución, el convenio alcanzado se reconocerá y se estimará vinculante entre quienes no lo hayan aceptado, por mor del art. 32.

---

37. Así se dispone expresamente respecto del reconocimiento de la resolución de apertura del procedimiento en el art. 20.1, por lo que con mayor razón hay que entenderlo también en relación con cualquier otra decisión ulterior.

Un último aspecto a tratar en relación con la eficacia trasfronteriza del acuerdo alcanzado es el que concierne a su protección frente a acciones rescisorias si se abriera un procedimiento de insolvencia secundario en otro Estado. Sobre el particular el Reglamento no es claro, a nuestro juicio. Del art. 6, del art. 7.2 m) y del art. 35 se colige que el ejercicio de las acciones rescisorias frente a actos perjudiciales contra la masa son competencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del procedimiento de insolvencia y se rige por la ley del Estado de apertura. Por tanto, la norma de la Ley Concursal que contempla como uno de los principales efectos del acuerdo extrajudicial de pagos que no puedan ser objeto de rescisión en un eventual concurso de acreedores<sup>38</sup>, no es aplicable en relación con las acciones rescisorias planteadas en procedimientos de insolvencia extranjeros si nos atenemos a los preceptos del Reglamento que acabamos de mencionar. Sí regiría, en cambio, si nos atuviéramos al art. 32.1, que prescribe un reconocimiento «de pleno derecho»<sup>39</sup>. Ante la discordancia normativa, parece que hay que decantarse en principio por la prevalencia de la norma más específica. De entre las mencionadas hasta el momento, tal norma es la referida a la competencia judicial y ley aplicable a las acciones rescisorias, que por tanto, se impondría sobre el art. 32. Pero, en esa misma línea de aplicación prevalente del precepto más específico sobre el más general, se debe tener en cuenta también el art. 16, conforme al cual, se exceptúa la aplicación de la *lex fori concursus* a las acciones rescisorias si el beneficiado por el acto cuya rescisión se pretende prueba que dicho acto está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto del de apertura del procedimiento de insolvencia y la ley de dicho Estado no permite la impugnación del acto<sup>40</sup>.

## 6. EFECTOS DE LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DEL ACUERDO EXTRAJUDICIAL

Si algún acreedor iniciara en España un proceso de impugnación del acuerdo conforme al art. 239 de la LC, y en dicho proceso judicial se dictara sentencia firme desestimatoria de la impugnación, los efectos transfronterizos del acuerdo del acuerdo habrán de continuar en los mismos términos en los

38. Sobre ella, García-Cruces, «La ineficacia del acuerdo...» cit., pp. 1339 y ss.

39. Si el procedimiento de insolvencia extranjero es secundario, la rescisión solo podría versar respecto de bienes ubicados en dicho Estado. Si fuera principal, podría alcanzar también a bienes situados en otros Estados en los que no haya procedimiento secundario.

40. Es interesante tener en cuenta que, en relación con el art. 13 del Reglamento de insolvencias del año 2000, equiparable al vigente art. 16, el TJUE, en sentencia de 15 de octubre de 2015 (TJCE 2015, 470), as. C-310/14, mantiene la interpretación estricta de dicho precepto y que la carga de la prueba recae sobre el beneficiado por el acto.

Sobre la posibilidad de que las partes contratantes hayan convenido la ley aplicable al contrato y las vías para evitar fraudes de ley mediante dicho comportamiento, vid. De Miguel Asensio, «Reestructuración e insolvencia transfronteriza...» cit., pp. 13 y ss.

que se hayan producido hasta el momento de la sentencia, salvo que se hubiera solicitado como medida cautelar la suspensión de los efectos del acuerdo extrajudicial, en cuyo caso cesaría tal medida y el acuerdo debería de ser reconocido de pleno derecho.

Por contraposición, la sentencia estimatoria del incidente de impugnación y, consecuentemente, revocatoria del acuerdo extrajudicial, en la medida en que puede concebirse como una resolución de conclusión del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos, ha de ser reconocida de pleno derecho (art. 32.1 Reglamento), y, como carece de contenido condenatorio, y, por tanto, no es título ejecutivo, no cabe pensar en una ejecución forzosa con arreglo al Reglamento 1215/2012, ni en España, ni en otro Estado<sup>41</sup>. El reconocimiento de pleno derecho de tal fallo revocatorio podrá implicar, eso sí, el inicio de un procedimiento de insolvencia en el extranjero, si es que no se había iniciado ya, que será principal o secundario en función de dónde radique el centro de intereses principales del deudor en el momento de la apertura.

### III. EL ACUERDO EXTRAJUDICIAL COMO PROCEDIMIENTO SECUNDARIO

Abierto un procedimiento de insolvencia en otro Estado, es factible iniciar en España el trámite para un acuerdo extrajudicial de pagos frente al mismo deudor en la medida en que tenga bienes y un establecimiento, si bien su alcance quedará limitado a los bienes ubicados en territorio español.

La iniciación del procedimiento de acuerdo extrajudicial está sometida, huelga recordarlo, al cumplimiento de los presupuestos establecidos en el art. 231 de la Ley Concursal<sup>42</sup>. Sin embargo, si resulta más interesante plantear qué elementos patrimoniales del deudor han de ser tomados en consideración para verificar la concurrencia de dichos requisitos. En este sentido consideramos que el análisis sobre la situación de insolvencia, el volumen de pasivo y activo y el número de acreedores se ha de llevar a cabo en dimensión local, dado que el alcance de este procedimiento es igualmente limitado. En consecuencia, habrán de ser tomadas en consideración, ciñéndolas al Estado Español, las definiciones de Estado miembro en que se encuentre un bien y de acreedor local contenidas en los apartados 9 y 11 del art. 2 del Reglamento. Si, conforme a esos criterios, puede considerarse que concurre el supuesto de hecho del art. 231.2 LC, procederá la apertura de este procedimiento a instancias del deudor

41. Corresponde al Estado miembro de origen, en este caso España, determinar cuándo sus resoluciones tienen fuerza ejecutiva. Cfr. Gascón Inchausti, *Reconocimiento y ejecución...* cit., p. 92 y la doctrina por éste citada.

42. Con algún matiz. Concretamente, la prohibición de intentar el acuerdo cuando la solicitud de concurso ya haya sido admitida a trámite (231.4) se limita a los procesos concursales internos.

insolvente<sup>43</sup> persona jurídica. Tratándose de persona física, bastará con cumplir el requisito del pasivo inferior a cinco millones de euros.

Tanto desde la perspectiva procesal como desde la sustantiva, dispone el art. 35 del Reglamento que la ley aplicable al procedimiento de insolvencia secundario será la del Estado miembro en cuyo territorio este se haya abierto. La ley española, por tanto, ha de regir, no solo en relación con la tramitación del expediente, sino también en lo referente a los efectos de su iniciación sobre ejecuciones singulares en relación con bienes situados en España. En consecuencia, las peticiones de ejecución forzosa en España de resoluciones extranjeras quedan sometidas al art. 235. Por otra parte, si el proceso concursal principal llevara consigo la liquidación patrimonial, quedarán exceptuados de ésta los bienes circunscritos al procedimiento secundario.

En otro orden de ideas, contempla el art. 51 del Reglamento la posibilidad de que el órgano jurisdiccional del procedimiento de insolvencia secundario –de nuevo en sentido amplio, a la vista del apartado 6 del art. 2–, a instancias del administrador concursal del procedimiento principal, convierta el expediente de acuerdo extrajudicial de pagos en otro procedimiento de insolvencia que sea más adecuado respecto a los intereses de los acreedores locales y para garantizar la congruencia entre los procedimientos de insolvencia principal y secundario. Precepto ante el que cabe plantearse en qué medida el acuerdo extrajudicial puede transformarse en cualquier otro procedimiento de insolvencia español de los recogidos en el anexo A del Reglamento. A nuestro juicio, si bien la conversión del acuerdo extrajudicial en otro procedimiento de los denominados «preconcursoales» –concretamente un acuerdo de refinanciación– es una hipótesis jurídicamente factible, se ha de descartar la conversión en un proceso concursal por dos motivos fundamentalmente: de una parte, porque ni los notarios ni los registradores ni las cámaras de comercio ni los mediadores concursales tienen atribuida la potestad de declarar un concurso, sino solo, y exclusivamente en el caso del mediador, de solicitar su declaración; por otra, porque, al ser el acuerdo extrajudicial un procedimiento de autocomposición, ya son los propios acreedores locales con su votación los que deciden qué es lo más adecuado para ellos, pues la vía del concurso es una opción a la que

---

43. Establece el art. 211 de la LC que el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal permitirá abrir en España un concurso territorial sin necesidad de examinar la insolvencia del deudor. A nuestro juicio, esta norma no exime de controlar la situación de insolvencia en relación con solicitudes de acuerdo extrajudicial de pagos, pues el mencionado precepto tiene restringido el supuesto de hecho al proceso concursal, por lo que no cabe aplicarlo a otro procedimiento que se regula en otro título –además introducido con posterioridad en el tiempo– de la Ley. La analogía no es, a nuestro juicio, herramienta hermenéutica apropiada al no existir identidad de razón, sino diferencias sustanciales, entre el proceso concursal y el procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos.

se puede acceder rechazando la aprobación del convenio. Cabe vaticinar, por tanto, limitada trascendencia a la previsión del art. 51 en relación con el trámite de acuerdo extrajudicial.

Finalmente, resta por abordar si la apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial secundario puede evitarse con base en el art. 36 del Reglamento. Se ha de indicar, en primer lugar, que, aunque la rúbrica del art. 36 contemple el objetivo de asumir compromisos para evitar procedimientos de insolvencia secundarios, en puridad, el procedimiento ha de abrirse, así lo indica expresamente el art. 37.2, si bien su tramitación se limitará a controlar el efectivo cumplimiento de aquello a lo que se haya comprometido el administrador concursal del procedimiento principal. Por otra parte, en la medida en que el compromiso debe ser aprobado por los acreedores y con arreglo a las normas de votación que se apliquen a los planes de reestructuración, parece que el expediente de acuerdo extrajudicial es idóneo a efectos de aprobar el compromiso, por lo que más que evitarlo lo procedente sería tramitarlo sustituyendo la propuesta del mediador concursal por el compromiso que presenta el administrador concursal del procedimiento principal.