Concursal

Las especialidades de los procedimientos preconcursales en supuestos internacionales

El Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal adapta sus disposiciones de Derecho internacional privado a las características de los institutos preconcursales, tanto en materia de competencia judicial como respecto del Derecho aplicable y el reconocimiento de preconcursos extranjeros.

ELISA TORRALBA MENDIOLA

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El título V del libro IV del Proyecto de Ley de Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, integrado por los artículos 753 a 755, lleva por título «De las especialidades del Derecho preconcursal» y, tras afirmar que «las normas de Derecho internacional privado establecidas en esta ley se aplicarán, con las adaptaciones pertinentes, a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores y a los planes de reestructuración regulados en el libro segundo», adapta algunas de esas disposiciones de Derecho internacional privado a las características propias de los institutos preconcursales.

Las reglas de Derecho internacional privado que se introdujeron en la Ley Concursal del 2003

siguen en lo esencial el modelo del Reglamento Europeo 1346/2000, de Insolvencia. Ninguna de estas dos normas regulaba, en el momento de su adopción, los institutos preconcursales y, cuando los introdujeron con posterioridad (en el caso del reglamento europeo, con la adopción de un nuevo texto, actualmente en vigor, el Reglamento 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia —RPI bis—), no modificaron las reglas destinadas a las cuestiones de Derecho internacional privado, pese a que algunas de ellas resultaban difícilmente compatibles con los objetivos del precurso. A fin de suplir esa carencia, el proyecto de ley pretende llevar a cabo algunas adaptaciones necesarias en la aplicación de las normas de Derecho internacional privado en situaciones preconcursales que afectan a la competencia

judicial internacional, a la determinación del Derecho aplicable y al reconocimiento de resoluciones.

1. La competencia judicial internacional

En relación con la primera cuestión, el artículo 755 se refiere a «la competencia judicial internacional respecto de filiales extranjeras». En el sistema de la Ley Concursal, la competencia para la apertura de un concurso se determina, en la esfera internacional, en atención a cada deudor, sin considerar su posible pertenencia a un grupo de sociedades. Así, en el concurso de un grupo integrado por una sociedad matriz suiza y varias filiales en distintos Estados, entre las que se encuentra una sociedad española (*rectius*, con centro de intereses principales —COMI— en España), esta última concursará en España sin que se considere la posibilidad de que lo haga en Suiza, aunque eso permitiera tramitar conjuntamente su concurso y el de la matriz. La Ley Concursal, a semejanza del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, se limita en estos casos a establecer un mecanismo de cooperación entre el concurso español —de la filial— y el que pudiera abrirse respecto de la matriz en Suiza.

La reforma mantiene esa regla respecto de los procedimientos concursales, pero la modifica respecto de los planes de reestructuración, de tal modo que si la matriz tiene su centro de intereses principales en España y, en consecuencia, los tribunales españoles son competentes para homologar el plan de reestructuración que se pudiera alcanzar, pueden extender esa competencia respecto de sus filiales cuyos centros de intereses principales se sitúen fuera de España siempre que concurren tres requisitos que parecen articularse como cumulativos:

- 1) Que la sociedad matriz haya instado la comunicación regulada en el libro II o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración.
- 2) Que la comunicación o la homologación se haya solicitado como reservada en relación con las filiales, supuesto en el que no se publicarán en el registro público concursal.
- 3) Que esta extensión de competencia sea necesaria para garantizar el buen fin de las negociaciones de un plan de reestructuración o la adopción y cumplimiento del plan.

La extensión, por otra parte, sólo puede afectar a los acreedores contractuales comunes a la matriz y las filiales.

En relación con el primer requisito, nótese que la extensión sólo es posible si la sociedad cuyo centro de intereses principales se sitúa en España es la matriz, pero no en aquel en el que sea una de las filiales, supuesto en el que no se producirá esta «absorción», ni siquiera si la sociedad española resulta ser, en términos económicos, la más relevante del grupo. Del mismo modo, no cabe atraer a España el precurso de las filiales si la matriz española no va a resultar afectada por él.

Por otra parte, la norma no distingue entre las situaciones en las que el centro de intereses principales de las filiales está en un Estado miembro de la Unión Europea y aquellas otras en las que se sitúa en un tercer Estado. Si bien el legislador español es competente para regular las segundas situaciones como estime más oportuno (sin perjuicio de que lo que decida al respecto podrá no ser eficaz en el tercer Estado donde se ubiquen las filiales),

no lo es para regular la cuestión respecto de filiales con centros de intereses principales en la Unión Europea, salvo en ciertos casos. Esto es lo que explica el segundo de los requisitos recogidos en esta regla.

A los supuestos en los que el centro de intereses principales del deudor insolvente se sitúan en un Estado miembro de la Unión Europea —con excepción de Dinamarca, que no está vinculada por el Reglamento 2015/848 y debe considerarse, a estos efectos, un tercer Estado— se aplica el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, que no admite la posibilidad de la consolidación de las insolvencias de las sociedades de un grupo ni tampoco de sus institutos concursales. No obstante, cuando el artículo 1 de dicho reglamento define los procedimientos a los que se aplica, exige su carácter público, excluyendo, en consecuencia, los que son confidenciales (en ese requisito de publicidad insiste, asimismo, su considerando 12). Así, los procedimientos confidenciales quedan fuera de tal reglamento y sus aspectos internacionales pueden ser regulados por los legisladores nacionales incluso si afectan a deudores cuyo centro de intereses principales se sitúa en un Estado miembro de la Unión Europea. Esta circunstancia es ahora aprovechada por el legislador español para introducir esta nueva regla en materia de competencia que permite someter a un plan de reestructuración en España a filiales de sociedades con centros de intereses principales en España, tanto si aquéllas lo tienen en la Unión Europea como si se sitúa en un tercer Estado, a condición, como se ha visto, de que no se trate de procedimientos públicos.

Esta extensión se limita, no obstante, a acreedores contractuales comunes a la matriz y a las filiales. La limitación es lógica si se tiene en cuenta que responde a una razón de

eficacia y economía procesal: de no adoptarse esta regla, sería necesario someter a cada una de las filiales a un plan de reestructuración paralelo, idéntico al de la matriz, en su respectivo Estado, con la previsión de que, dada la identidad de acreedores, se iban a reproducir las mayorías en unos y otros. Siendo así, la integración de todos en un único procedimiento facilita presumiblemente la aprobación del plan y puede reducir los costes de la reestructuración.

2. El Derecho aplicable

El artículo 754 del proyecto de ley parte de la premisa del alcance universal de la comunicación de apertura de las negociaciones con los acreedores y de la homologación del plan de reestructuración. Cuando esos efectos se pretenden en el ámbito de la Unión Europea, sólo serán posibles si el centro de intereses principales de la concursada se encuentra en España, ya que en caso contrario el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia excluye ese alcance universal (salvo que, como se ha visto, se trate de procedimientos confidenciales, que estarían fuera de su ámbito de aplicación). Nótese, además, que en las situaciones extra-Unión Europea el alcance universal del procedimiento abierto en España no dependerá únicamente de las previsiones del Derecho español, sino, sobre todo, de lo previsto en el ordenamiento del Estado en el que se pretenda la eficacia.

Por otro lado, el proyecto de ley mantiene, para los procedimientos concursales, el sistema de normas de conflicto actualmente vigente, de manera que la ley aplicable a un procedimiento concursal es la española si dicho procedimiento se abre en España, con algunas excepciones expresamente tasadas en los artículos 723 a 731 (con una modificación referida a los contratos

de trabajo). Las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus* previstas por la Ley Concursal se refieren a derechos reales sobre bienes o derechos situados fuera del Estado de apertura, reservas de dominio, derechos del deudor sometidos a registro, derechos sobre valores y sistemas de pagos y mercados financieros, compensación, contratos sobre inmuebles, contratos de trabajo, acciones de reintegración y juicios declarativos penales.

No obstante, el proyecto de ley prevé que, en situaciones de concurso, de todas las excepciones de los artículos 723 a 731, sólo resultará aplicable la contenida en el artículo 726. Se pretende de este modo evitar las distorsiones que para la negociación de un plan de reestructuración puede suponer la sumisión de las cuestiones señaladas a leyes que no sean las del Estado de apertura.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 601 del proyecto de ley, «[d]esde que reciba la resolución del juzgado teniendo por efectuada la comunicación de inicio de negociaciones con los acreedores, las autoridades que estuvieren conociendo de las ejecuciones judiciales o extrajudiciales, sobre los bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional las suspenderán automáticamente hasta que transcurran tres meses a contar desde la comunicación efectuada por el deudor al juzgado competente, salvo que el deudor acredite haber solicitado la prórroga». Sin embargo, de acuerdo con el artículo 723 de la Ley Concursal, «los efectos de la declaración de concurso sobre

los derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase de la masa activa [...] y que en el momento de declaración de concurso se encuentren en el territorio de otro Estado se regirán exclusivamente por la ley de éste [...]». Siendo así, si no se exceptuara —como hace el proyecto de ley— la aplicación de esta regla a los preconcursos, el juez suizo ante el que se hubiere instado la ejecución de un derecho real sobre un bien del deudor situado en Suiza no estará obligado a suspender la ejecución ni siquiera en los casos previstos en el citado artículo 601, salvo que así lo previera su propio ordenamiento¹.

No puede perderse de vista que las excepciones previstas en la Ley Concursal sólo se aplican si el Estado a cuya legislación remiten no es un Estado miembro de la Unión Europea, ya que, en caso contrario, son las disposiciones del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia las que resultan de aplicación. De este modo, cuando el artículo 723 establece la aplicación de la ley del Estado de situación del bien para que sea ésta la que decida si cabe o no la ejecución extraconcursal del derecho real, está regulando sólo las situaciones en las que el bien sobre el que éste recae se sitúa fuera de España, pero en un Estado no miembro de la Unión Europea, porque en caso contrario se aplicará dicho reglamento (salvo, de nuevo, que estemos ante un procedimiento confidencial). Así, si el bien se encuentra en Suiza, será el ordenamiento suizo el que determine si el derecho real resulta o no afectado por

¹ Cuando se plantea la posibilidad de que el juez suizo también suspendiera el procedimiento abierto ante él en atención a la norma concursal española, se está partiendo de la premisa de que en Suiza se «reconoce» el concurso abierto en España. Incluso, si es así, podría seguir aplicando su propia ley —suiza— porque es el Derecho español el que excluye la extensión de su ley al Estado de situación del bien. Eso es lo que el proyecto de ley pretende evitar.

la apertura del concurso, con independencia de lo que diga el español. Por el contrario, si se encuentra en Francia, el derecho no resulta, en principio, afectado por el concurso en virtud del artículo 8 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

De todas las excepciones a la regla *lex fori concursus* sólo se mantiene respecto de los concursos la aplicación del artículo 726, según el que «[l]os efectos de la declaración de concurso sobre derechos que recaigan en valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta se registrarán por la ley del Estado del registro donde dichos valores estuvieren anotados. [...] Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 723, los efectos del concurso sobre los derechos y obligaciones de los participantes en un sistema de pago o compensación o en un mercado financiero se registrarán exclusivamente por la ley del Estado aplicable a dicho sistema o mercado».

3. Reconocimiento de resoluciones

El apartado segundo del artículo 753 establece que los títulos tercero («Del reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia») y cuarto («De la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia») del libro cuarto se aplicarán a los procedimientos de reestructuración preventiva extranjeros siempre que sean «funcionalmente equivalentes a los regulados por esta ley», presumiéndose que existe equivalencia funcional «cuando se trate de procedimientos colectivos, basados en la legislación en materia de insolvencia, y cuyo fin sea la reestructuración del deudor o de su empresa, para garantizar su viabilidad y evitar la insolvencia».

Se pretende favorecer de este modo el reconocimiento de los procedimientos

preconcursoales extranjeros en los que concurren características similares (colectivos y basados en la legislación en materia de insolvencia) a los españoles y que persigan las mismas finalidades.

Como regla general, para que se apliquen las disposiciones de la Ley Concursal a esta materia del reconocimiento, es necesario que el centro de intereses principales del deudor insolvente se sitúe fuera de la Unión Europea, ya que, en caso contrario, será de aplicación el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. En relación con esta cuestión, como es bien sabido, se ha debatido mucho la posibilidad de reconocimiento en España de los *schemes of arrangement* ingleses mientras ha estado en vigor para el Reino Unido el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. Tras el *brexit*, la norma de aplicación para resolver la cuestión es la Ley Concursal que exige para que esa eficacia sea posible que «la competencia del tribunal o de la autoridad que haya abierto el procedimiento de insolvencia esté basada en alguno de los criterios contenidos en esta ley o en una conexión razonable de naturaleza equivalente», lo que impide reconocer los *schemes* sobre sociedades con centros de intereses principales en España por no concurrir en su homologación en el Reino Unido el criterio de competencia señalado.

Esta conclusión, que ha sido debatida en el pasado, no dejará de serlo si se aprueba el proyecto de ley en su redacción actual, ya que todo parece apuntar a que la presunción de equivalencia funcional, que el artículo 753 recoge y que exige que el procedimiento esté basado en «la legislación en materia de insolvencia», va a seguir permitiendo argumentar a quienes defiendan el reconocimiento de los *schemes* ingleses, incluso frente a sociedades españolas, que

a éstos no les afecta la Ley Concursal porque no se regulan en una norma concursal inglesa, sino en la legislación en materia de sociedades.

Estas cuestiones no se plantean únicamente respecto de los *schemes*, sino que pueden hacerlo respecto de instituciones similares reguladas en otros Estados, entre ellos, los Países Bajos, por ejemplo (el *Dutch scheme*). Si se

tratara del reconocimiento de los planes de reestructuración previstos en la legislación de este país, el texto de aplicación para el reconocimiento sería el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, salvo que se abra como procedimiento confidencial, supuesto en el que quedaría fuera de su ámbito de aplicación y pasaría a regirse por la Ley Concursal, con las consecuencias arriba señaladas.