

EL REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA EN ESPAÑA

EL NUEVO REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA Y LA PROPUESTA DE TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ *

SUMARIO: 1. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE NORMAS CONCURSALES INTERNACIONALES.—2. UN PUNTO DE ENCUENTRO INICIAL: LA APLICACIÓN A PROCEDIMIENTOS PARACONCURSALES.—3. LA INESPERADA SEPARACIÓN DE MODELOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL.—4. LOS AJUSTES FINOS EN EL DERECHO APLICABLE.—5. LAS DISTINTAS LÓGICAS INTERNAS DE LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO.—6. LAS DIFERENTES VELOCIDADES EN LA COOPERACIÓN.

1. LA SEGUNDA GENERACIÓN DE NORMAS CONCURSALES INTERNACIONALES

1. Si el periodo 2000-2003, con la aprobación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000¹ y de la Ley Concursal², fue un momento de euforia concursal, el cuatrienio 2015-2018 puede convertirse en un momento de reflexión, balance y reforma. A la aprobación del Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo, aplicable desde el 26 de junio de 2017, y que refunde las normas europeas de Derecho internacional privado (DIPr) concursal³, se une la Propuesta de decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación (a partir de aquí la Propuesta de Ley Concursal)⁴.

* Profesor titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo (espiniell@uniovi.es).

¹ Reglamento (CE) núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia, *DO* núm. 160, de 30 de junio de 2000.

² Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2003.

³ *DO L* núm. 141, de 5 de junio de 2015.

⁴ De 6 de marzo de 2017, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/comision-general-codificacion/propuestas> (consultada el 8 de noviembre de 2017).

2. Este movimiento de refundición no debe entenderse como un fracaso de las normas iniciales. Al contrario, tanto el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, con el muy activo papel del Tribunal de Justicia, como las normas de DIPr de la Ley Concursal, han funcionado adecuadamente. Las razones para esta segunda generación de textos deben buscarse en otros contextos. En el europeo, la idea inicial fue mejorar algunas de las disposiciones del Reglamento (CE) núm. 1346/2000, en una clave estricta de DIPr, «con el fin de reforzar la eficaz administración de los procedimientos de insolvencia transfronteriza»⁵, aunque ya adelanto que se ha ido mucho más allá. En el ámbito estatal, al contrario, el motivo principal es «regularizar», «aclarar» y «armonizar» las normas de Derecho material la Ley Concursal, reformadas en distintos momentos y «desde concepciones no siempre coincidentes»⁶. De hecho, en la propuesta inicial apenas se modifican las normas de DIPr. Este escenario lleva a la pregunta que se tomará como hilo conductor de este foro: ¿debería aprovecharse la refundición de la Ley Concursal para «aproximar» sus normas de DIPr a las del nuevo Reglamento (UE) 2015/848 como ocurrió con los textos iniciales?

3. En una respuesta rápida, quizá cabría contestar afirmativamente a esta pregunta. En un mismo concurso puede darse la necesidad de aplicar el régimen europeo y estatal simultáneamente si el deudor, con centro de intereses en la UE, tiene intereses, bienes y establecimientos en terceros Estados⁷. Ello hace la administración del concurso especialmente compleja. Por ejemplo, en las normas de ley aplicable, si la ley a la que remiten es la de un Estado miembro, deben aplicarse las normas del Reglamento (UE) 2015/848. Si es la de un tercer Estado, estas normas se desconectan y deben aplicarse las normas de conflicto de la Ley Concursal. La cooperación entre administraciones concursales también tendría distintas velocidades e intensidades, en función de que fuera en el ámbito europeo o de terceros Estados.

4. Pero en una respuesta más pausada, conviene detenerse en las distintas modificaciones del Reglamento (UE) 2015/848 y su viabilidad en la Propuesta de Ley Concursal.

2. UN PUNTO DE ENCUENTRO INICIAL: LA APLICACIÓN A PROCEDIMIENTOS PARA CONCURSALES

5. La última crisis económica ha evidenciado la necesidad de mejorar en la aplicación de procedimientos para concursales transfronterizos, excluidos de la primera generación de normas concursales de DIPr.

6. En esta segunda generación, el Reglamento (UE) 2015/848 ya se aplica no solo a los procedimientos concursales de liquidación o saneamiento,

⁵ Considerando 1 del Reglamento (UE) 2015/848.

⁶ Núm. II de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Ley Concursal.

⁷ Véase ESPLUGUES MOTA, C., «La nueva Ley Concursal y el Reglamento 1346/2000: ¿matrimonio, cohabitación o mera coexistencia pacífica», *AEDIPr*, vol. 3, 2003, pp. 413-417.

sino también a otros procedimientos colectivos públicos⁸ extraconcursales o preconcursales, incluidos los provisionales, sin necesidad de que intervenga un órgano jurisdiccional⁹. Así, el Reglamento abarca a los procedimientos extraconcursales en materia de rescate, reestructuración de la deuda y reorganización o liquidación. También, a los procedimientos preconcursales que implican suspensiones temporales de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores¹⁰. Por estas razones, en dichos procesos ya no son necesarios ni el desapoderamiento del deudor ni el nombramiento de un administrador concursal, sino que bastará un control o supervisión judicial o incluso que el deudor siga controlando total o parcialmente sus bienes y negocios¹¹.

7. Esta misma idea está presente, aunque menos desarrollada, en la Propuesta de Ley Concursal cuando regula el reconocimiento de una decisión de liquidación o reorganización, o de control y supervisión, dictada por un tribunal o autoridad¹².

3. LA INESPERADA SEPARACIÓN DE MODELOS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

8. En el sector de la competencia judicial internacional existen dos principios compartidos entre los textos refundidos europeo y estatal. La regla de base sigue siendo el centro de intereses principales del deudor y la competencia alcanza a toda cuestión que tenga su fundamento en la legislación concursal y guarde una inmediata relación con el concurso. Podría decirse, incluso, que el nuevo Reglamento (UE) 2015/848 sigue a la ya más avanzada y acertada regulación del originario art. 11 (ahora art. 56) de la Ley Concursal. Sin embargo, se observan cuatro divergencias importantes en los textos refundidos.

9. Primera divergencia, en relación con las presunciones del centro de intereses principales: en el Reglamento (UE) 2015/848, y respecto de particulares sin actividad empresarial o profesional, se presume que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular, no siendo aplicable esta presunción si se ha trasladado la residencia en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso. Respecto de las personas físicas que ejercen una actividad mercantil o profesional, se presume que el centro de sus intereses principales es su centro principal de actividad, salvo que haya sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de concurso, en cuyo

⁸ Definidos en el art. 2.1 del Reglamento (UE) 2015/848.

⁹ Véase la definición amplia del art. 2.6 del Reglamento (UE) 2015/848.

¹⁰ Siempre que se proteja al conjunto de los acreedores y, que, en caso de que no se alcance un acuerdo, se derive a un procedimiento concursal o extraconcursal.

¹¹ Véanse arts. 1 y 2.3, respecto del «deudor no desapoderado».

¹² Art. 741.1.1 de la Propuesta de Ley Concursal.

caso la presunción no es aplicable. En referencia a las sociedades y personas jurídicas, se presume *iuris tantum* que el centro de los intereses se encuentra en el Estado en el que la sociedad tiene su domicilio social, entendido como sede estatutaria o domicilio registral. Al igual que en los casos anteriores, la presunción solo será aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. La Propuesta de Ley Concursal no sigue ninguno de estos criterios. Su art. 45 ya solo se titula competencia «territorial». Se omiten presunciones respecto de consumidores y profesionales y la presunción respecto del domicilio social de las personas jurídicas, no juega si ha existido un traslado en los seis meses anteriores, que no en tres, como ocurría en el Reglamento.

10. Segunda divergencia, respecto del domicilio social como foro de competencia: el mayor desencuentro del Reglamento (UE) 2015/848 con la Propuesta de Ley Concursal es que, en esta última, si el deudor tiene su centro de intereses principales fuera de España y su domicilio en España, el juez de dicho domicilio es competente para declarar el concurso¹³. Esta norma no jugará si el centro de intereses principales se halla en la UE, por aplicación prioritaria del Reglamento (UE) 2015/848 que es contrario a esta idea. Pero si el centro de intereses se halla en un tercer Estado la Ley Concursal, ya aplicable, introduce un cambio normativo radical. Quizá esté motivado porque la sociedad con domicilio pero sin centro de intereses en España es una sociedad que debe tener su establecimiento principal en España conforme a la Ley de sociedades de capital¹⁴. Si ni siquiera tiene establecimiento principal en España, acaso se quiera declarar el concurso en España de una sociedad «irregular» por no cumplir con las normas de nacionalidad y domiciliación de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso, una propuesta muy distinta a la del Reglamento (UE) 2015/848.

11. Tercera divergencia, respecto de la competencia en el caso de grupos multinacionales de sociedades: también hay una ruptura en la remisión del art. 47 de la Propuesta de Ley Concursal, «competencia internacional», a las «reglas de competencia establecidas en el artículo anterior», esto es, el art. 46, «competencia en caso de concursos conexos»¹⁵. Dicho precepto establece la competencia del juez de la sociedad dominante para los concursos de todo el grupo o, si esta no está concursada, la primera concursada o la de mayor pasivo. Este precepto se había interpretado para sociedades españolas de un grupo, pero, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE¹⁶, no se consideraba aplicable en casos internacionales para declarar en España el concurso de sociedades extranjeras del grupo con centro de intereses prin-

¹³ Art. 45.2.

¹⁴ Art. 9.2.

¹⁵ Probablemente se trate de un gazapo del texto de la Propuesta de Ley Concursal y la remisión del art. 47 pretenda ser al art. 45, el referido al centro de intereses principales.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood IFSC*, ECLI:EU:C:2006:281.

cipales fuera de España. Es muy dudoso que la Propuesta de Ley Concursal pretenda romper con el Reglamento (UE) 2015/848 y con esta jurisprudencia, basada en la personalidad jurídica diferenciada de cada sociedad del grupo.

12. Cuarta divergencia, en torno al alcance competencial del juez del concurso. El nuevo Reglamento (UE) 2015/848 deja bien clara la competencia del juez del concurso principal para rescindir o modificar los contratos sobre bienes inmuebles situados en otros Estados miembros, como consecuencia del concurso principal¹⁷. Ello no se explicita en la Propuesta de Ley Concursal aunque podría interpretarse en igual sentido. Por el contrario, en el Reglamento (UE) 2015/848, los tribunales del Estado donde se halla un establecimiento o sucursal serán los competentes para determinar los efectos de cualquier concurso sobre los contratos de trabajo afectos a este establecimiento¹⁸. Esta previsión no se contempla en la Propuesta de Ley Concursal, pese a que podría tener su interés respecto de trabajadores de sucursales radicadas en España. Tampoco se prevé en el texto estatal la competencia a favor de los tribunales del domicilio del demandado, o de uno de los demandados si existieran varios, para un supuesto muy concreto: aquel en el que existen acciones conexas en materia «concursal» y «no concursal», es decir, «en materia civil y mercantil», basadas en una relación estrecha y la oportunidad de tramitarlas conjuntamente para evitar decisiones contradictorias¹⁹.

4. LOS AJUSTES FINOS EN EL DERECHO APLICABLE

13. En el ámbito de la ley aplicable, ambas refundiciones mantienen las líneas generales de sus predecesores. La ley aplicable al concurso será la del Estado en cuyo territorio se haya abierto²⁰. Las distintas excepciones se mantienen más o menos con el mismo alcance. Se conserva, de hecho, la llamativa diferencia entre el Reglamento (UE) 2015/848, con una norma sobre inmunidad de los derechos reales y reservas²¹, y la Ley Concursal, con una norma que a tal efecto remite a la ley de situación de los bienes²².

14. La única diferencia en los procesos de refundición es que la Propuesta de Ley Concursal no ha hecho suya la importante previsión del Reglamento (UE) 2015/848 sobre que los efectos del concurso sobre un procedimiento arbitral en curso se rigen por la ley del Estado donde se desarrolla

¹⁷ Art. 11 del Reglamento (UE) 2015/848. Para ello se exige que el Derecho rector de los contratos sobre los inmuebles exija ese pronunciamiento del juez del concurso y que no se haya abierto un concurso «en dicho Estado miembro», expresión que parece referirse al Estado de situación del bien inmueble.

¹⁸ Art. 13.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

¹⁹ Art. 6.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

²⁰ Art. 7 del Reglamento (UE) 2015/848; art. 200 de la Ley Concursal, nuevo art. 721 de la Propuesta de Ley Concursal.

²¹ Arts. 8 y 10 del Reglamento (UE) 2015/848.

²² Nuevo art. 722 de la Propuesta de Ley Concursal.

este²³. Convendría incluir dicha previsión durante la tramitación parlamentaria de la Ley Concursal, pero con más atino que el Reglamento (UE) 2015/848. En este sentido, debería remitirse a la ley que rige el procedimiento arbitral, que no necesariamente, ni en todos los casos, coincide con la ley del lugar de la sede arbitral.

15. En cualquiera de los casos, se ha perdido la oportunidad para mejorar las normas de ley aplicable en una revisión más profunda. Así, ninguna de las dos refundiciones se ha atrevido a eliminar la posibilidad de que la impugnación de los actos perjudiciales a la masa no prospere cuando no se prevé en la ley rectora de dicho acto. Los muchos debates que ha ocasionado esta previsión se pueden resumir, por ser gráficos, en que las partes que pretenden perjudicar a la masa pueden a día de hoy elegir la ley rectora de dicho fraude y, por tanto, inmunizarse ante las acciones de impugnación. Un resultado de todo punto improcedente que las normas de segunda generación no han atajado.

5. LAS DISTINTAS LÓGICAS INTERNAS DE LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO

16. En el ámbito del reconocimiento y la ejecución de decisiones, las refundiciones siguen caminos dispares, porque su motivación es muy distinta. El Reglamento europeo busca reforzar la cooperación europea. Se mantiene y clarifica como único motivo de no reconocimiento la vulneración manifiesta del orden público. Y, en el momento de ejecución, se ha incluido una remisión a la ejecución directa contemplada en el Reglamento (UE) 1215/2012, salvo que se inste la denegación de la ejecución. Además, el Reglamento crea unos registros de insolvencia que están a disposición pública a través de internet y sin coste alguno, conectados a nivel europeo teniendo un acceso en el portal europeo de e-justicia²⁴.

17. En el ámbito de la Propuesta de Ley Concursal, se mantienen en gran medida las condiciones para el reconocimiento con la peculiaridad de aplicarse extensivamente a procedimientos paraconcursales. La mejora, pues, de las normas de reconocimiento responde, principalmente, a su adaptación a la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Otra cosa es que lo haya conseguido. La Propuesta de Ley Concursal mantiene la idea de no aplicación por parte del juez de las normas de reconocimiento y cooperación por falta de reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática a la cooperación por las autoridades de un Estado extranjero²⁵. Se aleja así de la definición más moderna de reciprocidad contenida

²³ Art. 18 del Reglamento (UE) 2015/848.

²⁴ Arts. 24 a 27 del Reglamento (UE) 2015/848.

²⁵ Véase VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Artículo 199. De las relaciones entre ordenamientos», en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, Thomson/Civitas, 2004, pp. 2861-2873, esp. pp. 2870-2873.

en la Ley de Cooperación, que establece un principio general favorable a la cooperación salvo de un real decreto del Gobierno que establezca la no cooperación con un determinado Estado por denegación reiterada o prohibición legal de cooperación (art. 3).

18. Por otra parte, el procedimiento para el reconocimiento de la declaración de concurso será el *exequatur* previsto en la Ley de Cooperación Jurídica. No obstante, ya no tiene mucho sentido que la decisión de apertura del concurso deba pasar por el citado *exequatur*, cuando la Ley de Cooperación recoge un principio general de reconocimiento automático o incidental sin necesidad de dicho *exequatur*, a salvo de que se pretenda la ejecución forzosa.

6. LAS DIFERENTES VELOCIDADES EN LA COOPERACIÓN

19. En el ámbito de la cooperación, tanto el Reglamento (UE) 2015/848 como la Ley Concursal establecen normas de coordinación entre los concursos principal y territoriales, se hayan abierto estos antes o después de aquel.

20. No obstante, la refundición del Reglamento da un paso más, ya que la cooperación entre Estados miembros no solo juega entre administradores concursales, sino que se ampliará a los propios tribunales entre sí y a estos con los propios los administradores²⁶. Además, frente a la genérica labor de coordinación establecida en la Ley Concursal, en el Reglamento (UE) 2015/848 se ha mantenido de forma más detallada una coordinación de los distintos procedimientos: suspensión o conversión del procedimiento territorial y congruencia con el procedimiento principal. Del mismo modo, en la versión refundida del Reglamento (UE) 2015/848, y a diferencia de la Propuesta de Ley Concursal, se regulan los criterios de oportunidad de apertura de un concurso secundario. Así, se introduce la previsión de que el tribunal ante el que se solicita la apertura de un concurso secundario posponga o rechace su declaración, a petición del administrador del concurso principal, si esta no es necesaria para la protección de los intereses de los acreedores locales²⁷. Para garantizar esta protección, el administrador en el concurso principal proveerá un compromiso, y cumplirá con sus términos que son vinculantes y exigibles, de que, en dicho concurso principal, se respetarán los derechos preferenciales y de distribución de los acreedores previstos por la ley que hubiera regido el procedimiento secundario²⁸. Nada de ello se establece en la Propuesta de Ley Concursal, pues es un grado muy intenso de cooperación con el concurso principal, de difícil configuración unilateral en las relaciones con terceros Estados.

21. Pero sin duda, una de las propuestas más relevantes del Reglamento (UE) 2015/848 es la introducción de un nuevo Capítulo V sobre la coordina-

²⁶ Arts. 42 y 43 del Reglamento (UE) 2015/848.

²⁷ Art. 38.2 del Reglamento (UE) 2015/848.

²⁸ Art. 36 del Reglamento (UE) 2015/848. Este compromiso deberá ser aprobado por los acreedores locales conocidos, conforme a las mayorías previstas por la Ley del concurso secundario.

ción de los procedimientos abiertos a los miembros de un grupo multinacional de sociedades²⁹. En términos generales, la cooperación se prevé en la medida en que sea conveniente para facilitar la administración de los procedimientos, y en tanto que no genere ningún conflicto de intereses ni resulte incompatible con las leyes de los Estados de apertura de los concursos de las distintas sociedades del grupo. De ser aplicable este capítulo, la coordinación asume cinco modalidades: la cooperación y comunicación entre los administradores concursales de las distintas sociedades; la cooperación y comunicación directa entre los propios tribunales; la cooperación mixta, entre administradores concursales y tribunales; la atribución de facultades especiales a los administradores concursales; y la creación de un coordinador independiente, con importantes poderes, incluido el de elaboración de un plan de coordinación grupal.

22. A pesar de que en la Propuesta de Ley Concursal esta cooperación no se vea legalmente tipificada tan al detalle, quizá se logren también resultados interesantes. Cada vez deberían ser más habituales los «protocolos concursales» o acuerdos entre los administradores donde se plasman las principales reglas para la coordinación procesal de los concursos, sin abordar aspectos sustantivos³⁰. A tal efecto, tal vez sería importante retocar el texto de la Propuesta de Ley Concursal para que esta coordinación no se limite a procedimientos declarados sobre un «mismo deudor».

Palabras clave: insolvencia, Reglamento Europeo, Ley Concursal, textos refundidos.

Keywords: insolvency, European Regulation, Insolvencia Act, recast.

²⁹ Tal y como se define en el nuevo art. 2.13 y 14 del Reglamento (UE) 2015/848.

³⁰ Nuevo art. 748 de la Propuesta de Ley Concursal.