

EL REGLAMENTO SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA: ALGUNAS ADAPTACIONES NECESARIAS

Elisa TORRALBA MENDIOLA *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ALGUNAS ADAPTACIONES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL RPI *BIS*.—2.1. La «no apertura» de procedimientos secundarios.—2.2. La comunicación entre órganos judiciales prevista en los arts. 42.2 y 57.2.—2.3. Los procedimientos concursales comunicados por España y el control de la competencia.—3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento 848/2015, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)¹ (en adelante RPI *bis*) de aplicación desde el pasado 26 de junio, ha venido a sustituir al Reglamento 1346/2012², sobre la misma materia (en adelante, RPI).

2. El RPI *bis* introduce algunas modificaciones de calado respecto del texto anterior que se vertebran en torno a cinco ejes³: i) ampliación del ámbito de aplicación del texto para extenderlo a los procedimientos concursales, en gran medida recientemente creados en las legislaciones nacionales para hacer frente al escenario global de crisis económica; ii) establecimiento de ciertos límites en la delimitación del centro de los intereses principales (en adelante, COMI) del deudor, como criterio determinante de la aplicabilidad del texto europeo y de la determinación de la competencia judicial internacional del juez del concurso; iii) modificación de las reglas relativas a la

* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid (elisa.torralba@uam.es).

¹ DO L núm. 141, de 5 de junio de 2015.

² Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, DO L núm. 160, de 30 de junio de 2000; DO L núm. 176, de 5 de julio de 2002; modificado por el Reglamento 517/2013, de 13 de mayo; DO L núm. 158, de 10 de junio de 2013.

³ Sobre la identificación de los sectores que era necesario abordar en la reforma del RPI, véase HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *European Insolvency Law*, Munich, CH Beck, 1.ª ed., 2014.

apertura de procedimientos secundarios con el fin de limitarlos a los casos en que pueden resultar realmente eficaces y modificación de las reglas de coordinación entre procedimientos principales y secundarios; iv) regulación de los mecanismos de publicidad y presentación de créditos, y v) tratamiento de la insolvencia de los grupos de empresas.

3. El objeto de este trabajo no es hacer un estudio de todas ellas, sino, de manera más modesta, apuntar algunas adaptaciones de la legislación española, necesarias para su eficaz puesta en práctica. Por ello, no va a hacerse ni siquiera referencia a algunos de los ejes de la reforma indicados cuando ellos no exijan tales adaptaciones.

2. ALGUNAS ADAPTACIONES DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA NECESARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL RPI *BIS*

4. Al regular algunas de las novedades que introduce, el RPI *bis* se remite en algún caso a las legislaciones internas para la concreción de una cuestión; en otros no lo hace expresamente, pero la eficacia de su funcionamiento exige que se adapte el Derecho español para establecer un cauce adecuado que posibilite el cumplimiento de las previsiones reglamentarias. A continuación se apuntan algunas de esas cuestiones.

2.1. La «no apertura» de procedimientos secundarios

5. El RPI *bis* prevé, como su predecesor, la posibilidad de que se abran procedimientos territoriales de insolvencia en los Estados miembros en los que el deudor, con COMI en la UE, tenga un establecimiento. En estos procedimientos pueden insinuar sus créditos todos los acreedores (masa pasiva universal), pero solo alcanzan a los bienes del deudor localizados en el Estado de apertura (masa activa territorial) y pueden abrirse antes o después de que lo haga el universal⁴ o, incluso sin que este llegue a abrirse. Si se abren antes son procedimientos territoriales independientes y si lo hacen después son secundarios (por oposición al universal, que es el principal).

6. La práctica ha venido poniendo de manifiesto algunas deficiencias en relación con los procedimientos territoriales secundarios⁵ que el RPI *bis* trata de superar y que giran en torno a la idea de que su apertura puede obstaculizar en ciertos casos la administración eficaz del patrimonio del deudor, puesto que el síndico del procedimiento principal deja de tener control sobre los bienes del concursado situados en el Estado del procedimiento territorial,

⁴ De acuerdo con el art. 3.1 del RPI *bis* el procedimiento universal, en el que se integra todo el activo y todo el pasivo del deudor, se abre necesariamente en el Estado miembro donde radica el COMI.

⁵ Estas críticas se recogen asimismo en HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *op. cit.*, nota 3, pp. 237 y ss.

lo que hace más difícil la reestructuración de la empresa y su venta como empresa en funcionamiento.

7. Desde esta perspectiva la reforma se centra en: i) propiciar un mayor control en la apertura de procedimientos secundarios, de manera que estos no lleguen a abrirse si no lo justifica el interés de los acreedores locales; ii) incrementar las facultades de control del síndico del procedimiento principal sobre los secundarios; iii) suprimir la exigencia de que los procedimientos secundarios abiertos después del principal sean de liquidación, y iv) mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, haciéndola recaer no solo en los síndicos, sino también en los respectivos tribunales.

8. La modificación más relevante en ese contexto es la inclusión en el texto reglamentario de los llamados «procedimientos sintéticos», conocidos en la práctica del Reino Unido y previstos en el art. 36. Este prevé la facultad del administrador del procedimiento universal de comprometerse con los acreedores locales del Estado miembro donde podría abrirse un territorial a reconocerles, en el marco del primero, los derechos según el orden de prelación de créditos del segundo sobre los bienes situados en el Estado en el que podría abrirse este último (el momento pertinente para determinar cuáles son esos bienes es aquel en el que se contrae el compromiso). En tal situación, en el procedimiento universal se abre una subcategoría dentro de la masa activa integrada por los bienes situados en el Estado miembro donde hubiera podido abrirse el procedimiento territorial.

9. De acuerdo con el art. 36.5 del RPI *bis*, a la aprobación del compromiso se aplicarán «las normas sobre mayoría cualificada y votación que se aplican a la adopción de planes de reestructuración conforme al Derecho del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario». No se establece un procedimiento para esa aprobación.

10. Cuando ese Estado es España, las posibilidades pueden pasar por crear un procedimiento nuevo, específico para este fin, o aplicar alguno de los sistemas ya existentes. Entre estos últimos, una primera opción sería la aplicación del procedimiento previsto para la aprobación del Convenio concursal, regulado en los arts. 111 y ss. de la Ley Concursal⁶ (en adelante, LC), o bien, acudir al mecanismo más flexible previsto en la DA 4.^a de ese mismo cuerpo legal.

11. El primero de estos procedimientos es más complejo que el segundo y la propia naturaleza y los objetivos de los procedimientos sintéticos aconsejan acudir a mecanismos sencillos y flexibles, que desincentiven, por ese mismo motivo, la apertura de procedimientos secundarios. Por eso parece más adecuado extender el régimen de la DA 4.^a al acuerdo al que se refiere el art. 36 del RPI *bis*. En caso de adoptarse esta solución, se aplicaría para la aprobación del acuerdo la mayoría del 51 por 100 prevista en esa disposición, calculado ese porcentaje sobre los créditos de los acreedores locales.

⁶ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *BOE* núm. 164, de 10 de julio de 2003.

12. Por otra parte, y también en relación con los casos en los que no llega a abrirse un procedimiento secundario, el art. 13 del RPI *bis*, tras prever que «los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo», establece que: «Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo, aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro». Una precisión sobre qué tribunales deben encargarse de esa cuestión, si los de lo social o los de lo mercantil que pudieran haber abierto el concurso y qué procedimientos deberán usar para esa rescisión, debería también introducirse en la LC para evitar posibles conflictos al respecto.

2.2. La comunicación entre órganos judiciales prevista en los arts. 42.2 y 57.2

13. Tanto el art. 42.2 del RPI *bis*, referido a la coordinación entre procedimientos, como el art. 57.2, incluido en el Capítulo V, referido a «los procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades», prevén la cooperación entre órganos jurisdiccionales, con la posibilidad de comunicaciones directas y de solicitud mutua de información o asistencia, lo que obliga a aclarar qué cauces puede usar un juez español para llevar a cabo esa comunicación cuando es el juez de uno de los procedimientos.

14. Si bien la coordinación entre procedimientos principal y secundario ya se regulaba en el RPI, la insolvencia de los grupos de sociedades se consideró una laguna criticada desde su adopción, que se cubre con el RPI *bis*⁷. El primer problema que suscitaba el establecimiento de una regla era la ausencia de un concepto común europeo de grupo de sociedades⁸, concepto que el RPI *bis* proporciona, si bien con enorme parquedad: por grupo hay que entender «una empresa matriz y todas sus empresas filiales»⁹. Tras ello, entre los distintos modelos regulatorios posibles, opta por el de la cooperación procesal, que mantiene el criterio de que cada sociedad debe concursar en el Estado de su COMI, que aplicará al procedimiento su propia ley, pero se

⁷ Sobre esta cuestión véase HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T., *op. cit.*, nota 3, pp. 13 y ss.

⁸ Tampoco disponemos de un concepto en España aplicable a todos los sectores del ordenamiento, existiendo solo conceptos de grupo propios de ámbitos sectoriales. En el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de 30 de abril de 2014, se incluía un art. 291.1 según el que: «Existe grupo: a) Cuando una sociedad controle a otra o cuando varias sociedades estén controladas por una misma persona natural o jurídica, cualquiera que sea el fundamento de ese control; b) Cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas», definición que excede la prevista en el RPI *bis*. Sobre los problemas de Derecho internacional privado en relación con los grupos de sociedades, véase BODE, M., *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Berna, Peter Lang, 2010.

⁹ Art. 2.13 del RPI *bis*.

articulan reglas de cooperación y coordinación entre los distintos procedimientos.

15. El modelo adoptado es respetuoso con las expectativas de los acreedores, que calibran su riesgo concursal en relación con la entidad con la que están contratando y no con su matriz, cuya ubicación con frecuencia desconocen y, además, aleja el riesgo de que, al abrirse procedimientos separados, cada administración concursal busque la solución mejor desde el punto de vista local y no se obtengan los beneficios de una solución conjunta a nivel de grupo, puesto que establece mecanismos de comunicación, coordinación y cooperación a través de los que se pretende atender a la insolvencia global.

16. Desde esa premisa, las funciones de cooperación y coordinación recaen en los síndicos y tribunales de los respectivos procedimientos y pueden adoptar distintas formas dependiendo de las circunstancias del asunto. La cooperación entre tribunales incluirá la coordinación del nombramiento de los administradores concursales, la comunicación de información, la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios de los miembros del grupo, la coordinación de la celebración de las vistas y la coordinación en la aprobación de protocolos¹⁰.

17. Teniendo en cuenta los dos preceptos mencionados al inicio de este epígrafe, resultaría oportuna la modificación del art. 4 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional (en adelante, LCJI)¹¹, que permite a los órganos jurisdiccionales españoles «el establecimiento de comunicaciones judiciales directas, respetando en todo caso la legislación en vigor en cada Estado» y siempre que no comprometan «la independencia de los órganos jurisdiccionales involucrados ni los derechos de defensa de las partes». Dicha modificación tendría por objeto aclarar las vías por las que se puede llevar a cabo esa comunicación directa, facilitando que, sin detrimento de la seguridad jurídica, se permita una actuación lo suficientemente flexible como para atender a las finalidades del RPI *bis*. Eso podría llevar a permitir, por ejemplo, las comunicaciones orales, siempre a condición de que el Estado de la otra autoridad judicial permita ese mecanismo y garantizando que quedará constancia suficiente en los autos de tales comunicaciones y que las partes tienen conocimiento de las mismas.

2.3. Los procedimientos preconcursales comunicados por España y el control de la competencia

18. De acuerdo con el art. 4 del RPI *bis* «el órgano jurisdiccional que reciba una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia examinará de oficio si es competente de conformidad con el artículo 3. La resolución de

¹⁰ Art. 57 del RPI *bis*.

¹¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

apertura del procedimiento de insolvencia especificará los motivos en los que se basa la competencia del órgano jurisdiccional y, en particular si se basa en el apartado 1 o en el apartado 2 del artículo 3».

19. A esta exigencia de verificación de oficio e indicación del tipo de procedimiento abierto ya se había adelantado el art. 10.4 de la LC, pero sería conveniente hacerla expresa también en aquellos casos en los que no se contempla la apertura del concurso, sino el uso de institutos preconcursales¹².

20. En los últimos años la mayoría de los Estados miembros de la UE han introducido en sus legislaciones procedimientos de preinsolvencia o procedimientos híbridos (aquellos que mantienen la dirección existente), con la finalidad de aumentar las posibilidades de éxito en la reestructuración de las empresas. Para hacer frente a esas situaciones, el RPI *bis* amplía su ámbito de aplicación mediante la modificación de la definición de procedimiento de insolvencia recogida en el art. 1, que se extiende «a los procedimientos judiciales o administrativos colectivos, incluidos los procedimientos provisionales fundados en la legislación en materia de insolvencia o reestructuración de la deuda y en los que, a efectos de rescate, la reestructuración de la deuda, la reorganización o la liquidación, (i) se haya desapoderado al deudor total o parcialmente de sus bienes y se haya designado un síndico o (ii) los activos y negocios del deudor estén sometidos a control o supervisión judicial».

21. No obstante, el RPI *bis* no abandona el sistema en virtud del cual cada Estado debe comunicar a la Comisión aquellos procedimientos que, regulados en su ordenamiento, considera que deben incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento, que se incluyen en su Anexo A. En el caso de España, en dicho Anexo se recogen, junto con el concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, el procedimiento de acuerdos extrajudiciales de pago y el procedimiento de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio.

22. Pues bien, la necesidad de controlar de oficio la competencia debe extenderse también a estos institutos preconcursales, ahora incluidos en el texto europeo. En el sistema de estas reglas de reconocimiento y de competencia judicial internacional son las mismas para todos los procedimientos incluidos en él. Siendo así, para que produzcan eficacia extraterritorial es necesario que sean homologados por el juez del COMI. De no serlo, el RPI *bis* no niega los efectos que puedan producir en el territorio en el que se adoptan, pero no les otorga el «tratamiento europeo» que sus reglas contemplan. La inclusión de los procedimientos mencionados en el RPI *bis* implica que podrán ser reconocidos y desplegar sus efectos en los demás Estados miembros de la UE (con excepción de Dinamarca, que no participa en este Reglamento ni en su predecesor) de acuerdo con el sistema del reconocimiento automá-

¹² Como ya apuntara GARCIMARTÍN, F., en «El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en <http://almacendederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/> (consultada por última vez el 8 de noviembre de 2017).

tico previsto por el texto europeo, pero significa también que solo deberán declararse competentes los tribunales españoles si el COMI del deudor se encuentra situado en España (o, en su caso, si aquí posee un establecimiento, si bien en este supuesto las competencias del juez se limitan territorialmente, lo que merece un análisis detallado, y los eventuales problemas de reconocimiento se minimizan) y que el control de tal competencia deberán realizarlo de oficio.

23. Siendo así, sería necesario modificar la LC en consonancia, e incluir la necesidad del control de oficio de la competencia en el art. 5 *bis*, y en la DA 4.^a En este sentido, en el apartado 5 de la DA 4.^a debería añadirse, tras la afirmación actualmente existente de que «la competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para conocer del concurso de acreedores», una referencia a la obligación del juez de verificar de oficio su propia competencia, indicando, si afirma que la tiene, los criterios en que la basa. Caso de considerar que carece de ella deberá archivar las actuaciones, con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, tal como prevé el art. 38 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)¹³.

24. Del mismo modo, en el procedimiento previsto en el art. 5 *bis* deberá exigirse un control similar. Dado que en estos casos es el secretario de la administración de justicia el que tramita la comunicación del deudor; o del notario, el registrador mercantil o la Cámara de Comercio, según los casos, deberá ser este quien, en el Decreto dejando constancia del tal comunicación, lleve a cabo un control de la competencia, en el que exprese, además, las razones en que se basa, con las consecuencias que eso conlleva en cuanto al alcance del procedimiento. En el caso de que concluyera la falta de competencia, sería necesario, de nuevo, dar vista al solicitante y al Ministerio Fiscal y deberá ser el juez el que resuelva sobre la cuestión.

25. Debería introducirse, asimismo, la posibilidad de permitir un control de la competencia a instancia de parte, mediante declinatoria, en la línea de los arts. 38 y 39 de la LEC. De producirse una modificación en este sentido, debería operar tanto en relación con la competencia para la apertura de concurso, lo que exigiría modificar el art. 12 de la LC para añadir la posibilidad de declinatoria por falta de competencia internacional, como en el caso del art. 5 *bis* y la DA 4.^a de la LC.

3. CONCLUSIONES

26. Las reformas introducidas por el RPI *bis* merecen una valoración global positiva. El nuevo texto mantiene los principios inspiradores y regulatorios del anterior, que ha venido funcionando de manera globalmente adecuada, para modificar únicamente aquellos aspectos que en la práctica

¹³ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

han resultado insatisfactorios o insuficientes. Su eficaz funcionamiento exige ciertas adaptaciones de la legislación española que han tratado de recogerse en este trabajo. No se trata de modificaciones de enorme calado en las que la búsqueda de la mejor solución deba resultar problemática, pero deben llevarse a cabo para garantizar la eficacia del sistema.

Palabras clave: insolvencia, Reglamento 848/2015, Ley Concursal.

Keywords: insolvency, Regulation 848/2015, Ley Concursal.