

La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (I)

Procedimientos, suspensión de ejecuciones, créditos y contratos pendientes

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se contiene una descripción y valoración general de la Directiva (UE) 2019/1023.

1. Introducción

Aunque es seguro que la transposición de esta directiva obligará a modificar parcialmente nuestros procedimientos concursales de insolvencia, quizá también el artículo 178 bis de la Ley Concursal (LCon) y, por conexión necesaria, la regulación del voto, las clases y la aprobación del convenio concursal, no está claro hasta qué punto puede querer llegar el legislador español, porque, salvedad hecha de algunos extremos de la directiva, prácticamente en ella se contiene sólo una invitación a que los Estados legislen con mucha libertad sobre ciertas materias relativas a la insolvencia y preinsolvencia empresarial.

La directiva producirá al menos un efecto beneficioso. Obligará a los Estados a competir para convertirse en el *situs* elegido para la reestructuración de grupos internacionales, especialmente en un horizonte internacional inminente en que los *schemes of arrangements* ingleses ya no deberían reconocerse cuando tuvieran por objeto empresas cuyo domicilio fuera la Unión Europea. España no es un mal foro y, fuera de nuestras fronteras, se valora la solución de preinsolvencia de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal; podríamos aprovechar la transposición de la directiva para optimizarla.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Es paradójico que los considerandos de la directiva no tengan en la mayoría de los casos reflejo ni relación con el texto articulado, como si relatara una historia propia que presumiblemente debió de haber servido en el pasado de inspiración parcial para los ulteriores preceptos, sin preocuparse del contraste. Será una fuente más de dificultades para la transposición.

No voy a referirme a los contenidos de la directiva que ya están consolidados en el Derecho español por la disposición adicional cuarta o por los artículos 5 *bis* y 71 *bis* de la Ley Concursal ni a las normas que se limitan a abrir a los Estados miembros un amplio espacio de actuación. Tampoco me referiré a las disposiciones que contienen instituciones o propuestas tan poco desarrolladas que requieren en todo caso un pleno desarrollo estatal y cuyo alcance *prima facie* es difuso o simplemente una propuesta de intenciones, por ejemplo, los mecanismos de alerta temprana del artículo 3; los procedimientos, eventuales, de «limpieza» preliminar por parte de los deudores «culpables», del artículo 4.2; las «pruebas de viabilidad» del artículo 4.3; la valoración judicial de la empresa del artículo 14; el estatuto de los administradores de los procedimientos de insolvencia, de los artículos 26 y 27, y la recogida de datos del artículo 29.

2. «Marcos» y «procedimientos»

La directiva se aplica a los procesos (no necesariamente judiciales, «marcos») de reestructuración de deudores, empresariales en principio, que se hallen «en dificultades económicas cuando la insolvencia sea inminente» para garantizar la viabilidad de la empresa y con las excepciones subjetivas del artículo 1.2. Pero el considerando 28 permite una aplicación del sistema más allá de las situaciones de preinsolvencia; si se tomara en serio esta propuesta —no presente en el texto articulado—, el Derecho de preinsolvencia llegaría a adquirir unas dimensiones inmanejables.

La directiva no impone ningún proceso en particular —ni siquiera un proceso tipo residual— ni opta imperativamente por marcos judiciales o extrajudiciales (*cfr.* art. 4.5) ni exige ni desautoriza como principio que existan procedimientos administrados por terceros distintos del deudor (art. 5). Incluso podría no tratarse de procedimientos en sentido propio («procedimientos, medidas o disposiciones», art. 4.5). El legislador estatal dispone de amplia discrecionalidad para delimitar el supuesto de hecho y el alcance subjetivo y objetivo (pasivo excluido del acuerdo: por ejemplo, el pasivo laboral).

Un objeto accesorio de la directiva es regular el procedimiento de exoneración de deudas (*fresh start*) del deudor (empresarial, en principio) en estos procesos. No existe ninguna conexión de sentido entre este extremo y el tratamiento de la preinsolvencia. Probablemente deberían haber sido objetos de instrumentos normativos distintos y su tratamiento conjunto más confunde que ayuda.

La directiva llama *marcos* a los protocolos procedimentales de tratamiento de la insolvencia inminente y *procedimientos* a los protocolos de exoneración de deudas contraídas

por empresarios insolventes. La conexión entre ambos institutos no está ni siquiera mínimamente diseñada en la directiva. Lo lógico es pensar que aquellos «procedimientos» de exoneración sólo pueden funcionar durante o después de procedimientos concursales ordinarios y no en marcos de preinsolvencia. Pero no cabe descartar un intento en este sentido.

Mientras que los Estados disponen de libertad para extender el sistema a deudores no empresariales (art. 1.4), no disponen de la misma libertad para una exclusión voluntaria (*opt out*) de la deuda de Derecho público, que queda incluida en el sistema de reestructuración, y, precisamente, como una categoría autónoma de acreedores (cdo. 44). Pero en el considerando 52 se hace una concesión al acreedor público que no se reproduce en el texto articulado: «Como consecuencia de la prueba del interés superior de los acreedores (ver *infra*), cuando los acreedores públicos institucionales tengan un estatuto privilegiado con arreglo a la normativa nacional, los Estados miembros pueden establecer que el plan no pueda imponer una cancelación total ni parcial de sus créditos»; ello equivale en toda regla a un disfrazado permiso para sacar del esquema preconcursal al crédito público. Es posible la exclusión por parte de los Estados en deudas laborales, de alimentos y de responsabilidad extracontractual. España podría optar por mantener el sistema no universal de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, ampliando a acreedores comerciales, y dejar totalmente fuera del sistema el crédito laboral. La opción que hagamos respecto del crédito público no será fácil, especialmente cuando la confusión del texto europeo no ha hecho perentoria ninguna solución.

De hecho, España no necesitaría construir un nuevo marco distinto del de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, del artículo 5 *bis*, del 71 *bis* y del procedimiento de los artículos 231 y siguientes de la misma ley, pues los Estados disponen de la posibilidad de mantener un sistema exclusivo de intervención judicial o complementar este sistema —como es el caso español— con otros «dispositivos» parciales o globales preventivos. Y es importante advertir que, si un Estado mantiene viva una pluralidad de «marcos de reestructuración preconcursal», no todos estos marcos deben satisfacer las exigencias del modelo de reestructuración que diseña la directiva.

Un rasgo *prima facie* típico es que el procedimiento de preinsolvencia mantiene al deudor en posesión y gestión de los activos. Con todo, el proceso de reestructuración preventiva requerirá un administrador (preconcursal) —aunque puede limitarse su función a la «asistencia» a las partes implicadas— (1) cuando la autoridad judicial acuerde la suspensión temporal de las ejecuciones singulares y aquélla decida que la persona del administrador es necesaria para salvaguardar los intereses de las partes; (2) en el caso de que el plan de reestructuración «deba ser confirmado por una autoridad judicial por medio de un mecanismo de reestructuración aplicable a todas las categorías», conforme al artículo 11 de la directiva, lo que obligará a introducir un administrador preconcursal «asistente» en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal; (3) cuando el deudor o una mayoría de acreedores lo consientan, y en este último caso serán los acreedores quienes «carguen con los costes del administrador». Es curioso que en la directiva no se represente la posibilidad de que estos procedimientos

generen deudas administrativas de la masa que sean prededucibles, porque en este caso es evidente que los costes de administración siempre los pagará la masa.

3. Suspensión de ejecuciones singulares

En cuanto a la suspensión de ejecuciones, ampliamente reconocidas en los procesos concursales españoles, la directiva incorpora los siguientes contenidos de importancia para España:

- Los Estados «velarán» para que la suspensión pueda extenderse a los acreedores garantizados, pero los Estados podrán prever (no es presumible que España lo haga, más allá de los acreedores de Derecho público) que la limitación se extienda sólo a determinada categoría de acreedores y que el juez pueda denegar la suspensión como tal.
- Se excluye de la suspensión el crédito laboral, pero se admite que el legislador nacional pueda decidir lo contrario con ciertas cautelas, poco precisas.
- La duración inicial máxima de la suspensión es de cuatro meses, pero podrá prorrogarse hasta doce con ciertas condiciones que los Estados pueden interpretar con mucha laxitud.
- La suspensión podrá ser levantada judicialmente «cuando ya no cumpla el objetivo de favorecer las negociaciones», por ejemplo, si resulta manifiesto que no se alcanzará la mayoría de los votos suficientes para apoyar el plan. También se podrá levantar cuando una o varias categorías de acreedores se vean o puedan verse «perjudicad[a]s» (?) por la suspensión de ejecuciones singulares. Los Estados pueden fijar un tiempo mínimo (no superior a cuatro meses) en el que no se pueda levantar la suspensión.

Observemos que *prima facie* y respecto de nuestro Derecho, la regulación armonizada expuesta conduce sustancialmente a un escenario de opciones del legislador que, de ser empleadas, producirían el resultado de «debilitar» en su conjunto el marco vigente de suspensión de ejecuciones en España.

Mientras dure la suspensión, el deudor incurso en causa de concurso queda relevado de solicitarlo y tampoco los acreedores podrán solicitar concurso necesario. Pero los Estados pueden matizar el alcance de ambas reglas merced al empleo por parte de la directiva de cláusulas generales de ponderación que abren suficiente discrecionalidad a los Estados (no a los jueces).

Los Estados pueden exonerar de la suspensión a los contratos de compensación financiera. Un regalo privilegiado a los titulares de derivados financieros, que tiene la misma justificación —o la misma poca— que la concedida en el artículo 16 del Real Decreto Ley 5/2005. Sobre el alcance de esta exoneración, consúltese el considerando 94. Según

este considerando —pero sin traslado al texto articulado—, el régimen de las garantías financieras de la Directiva 2002/47 ha de prevalecer frente a lo dispuesto en la Directiva 2019/1023. Se prevé complicadísima la transposición si no se quiere hacer una chapuza.

La directiva que nos ocupa no ha de suponer ninguna limitación de los derechos que corresponden a los acreedores conforme al Convenio de Ciudad del Cabo, de garantías internacionales sobre equipo móvil (art. 31.3). Mas es notorio que, por razones que no hay que recordar aquí, no existe para los países de la Unión Europea ningún régimen concursal ni preconcursal específico de las garantías internacionales sobre aeronaves y sus motores porque el artículo XI del protocolo de aeronaves ha sido desactivado para la Unión. La cosa tiene su enjundia, porque el «cumplimiento» del artículo 31.3 de la directiva debería mover al legislador español a emprender no sólo un trabajo normativo sobre el régimen concursal de estas garantías, sino también —y esto excedería incluso del Convenio de Ciudad del Cabo y su protocolo!— un régimen específico de preinsolvencia.

El vencimiento del plazo de suspensión sin que se haya llegado a acordar un plan de reestructuración no será *sin más causa* para la apertura de un procedimiento de insolvencia.

La directiva no se preocupa de si en los Estados hay ya disponibles varios de estos «marcos», que pueden sucederse en el tiempo, con la consecuencia de que los plazos de suspensión de ejecuciones podrían extenderse en total más allá del periodo de doce meses. Es el caso español.

4. Contratos vigentes y créditos impagados

Más interesante que lo expuesto hasta ahora, que en gran parte redundaba en las soluciones ya provistas por el Derecho español vigente, es el tratamiento que depara la directiva a los efectos del proceso de reestructuración sobre los contratos y los créditos. El artículo 7.4 está formulado de un modo desgraciado. Según la norma, «para las deudas nacidas antes de la suspensión únicamente por el hecho de no haber sido liquidadas por el deudor [!] los Estados establecerán normas para impedir que los acreedores a los que se aplica la suspensión dejen en suspenso el cumplimiento de contratos vigentes esenciales, los resuelvan, aceleren y modifiquen [...]», sin perjuicio de que el Estado establezca «salvaguardias» para impedir que a los acreedores se les ocasione «perjuicio injusto». Pero la norma no se refiere en puridad a los contratos bilaterales continuados que versan sobre servicios esenciales, sino a los que están sujetos a la suspensión de ejecuciones singulares, esto es, a contratos (de garantía principalmente, pero no sólo) de los que resulte un crédito ejecutivo (por ejemplo, *leasing*). Y ni siquiera a éstos es seguro que se imponga una prohibición de alegar la *exceptio inadimpleti* por el incumplimiento de prestaciones pasadas. Queda fuera de duda que el legislador europeo no ha llegado a tener una comprensión clara del supuesto que pretendía regular.

También el artículo 7.5 contiene una norma mal diseñada en parte. Los acreedores (en general) no pueden suspender, modificar ni resolver contratos a pesar de que se haya previsto

contractualmente lo contrario, en casos de solicitud de reestructuración o de suspensión de ejecuciones ni cuando se provea judicialmente a ambas. Es cierto que el precepto introduce una previsión nueva que (sorprendentemente) no estaba prevista en la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (¡pero sí en el procedimiento del acuerdo extrajudicial de pagos!). Pero deja fuera los casos en que los acreedores procedan de esta forma sobre la base de un incumplimiento del deudor antes o durante el proceso de reestructuración. Repárese en el considerando 41: «siempre que el deudor cumpla sus obligaciones derivadas de aquellos contratos que lleguen a su vencimiento durante la suspensión».