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

Procesos transnacionales; relación con el Reglamento 848/2015

Elisa Torralba Mendiola

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

La Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, contiene muy escasas referencias a las situaciones transfronterizas. Los aspectos internacionales de la insolvencia se regulan en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, cuya compatibilidad y complementariedad con la directiva se destacan en la exposición de motivos de ésta.

La Directiva 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas y por la que se modifica la Directiva 2017/1132, sobre reestructuración e insolvencia, tiene por objeto la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la regulación de los aspectos esenciales de los marcos y procedimientos a que se refiere. No se ocupa, en consecuencia, de las cuestiones de Derecho internacional privado —competencia, Derecho aplicable, efectos extraterritoriales— que se pueden suscitar respecto de ellos, las cuales se regulan en el Reglamento 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia (RPI).

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.

1. La preinsolvencia en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia

Una de las novedades fundamentales del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia actualmente en vigor respecto del texto anterior sobre la misma materia —el Reglamento 1346/2000— fue la inclusión en su ámbito de aplicación de los procedimientos de «preinsolvencia», tal como resulta del apartado c de su artículo 1.1.

De acuerdo con el precepto señalado: «1. El presente reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal; b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial, o c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que hacen referencia las letras a o b. En los casos en los que los procedimientos a que se refiere el presente apartado puedan iniciarse en situaciones en las que únicamente existe una probabilidad de insolvencia, su propósito será evitar la insolvencia del deudor o el cese de su actividad [...]».

El reglamento añade, en ese mismo artículo, que «[l]os procedimientos a que se refiere el presente apartado se enumeran en el anexo A» (España comunicó, además del concurso, el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación, el de acuerdos extrajudiciales de pago y el de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos, acuerdos de refinanciación homologados y propuestas anticipadas de convenio). Es decir, para que un procedimiento pueda considerarse incluido en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia es necesario que responda a los requisitos exigidos en el artículo 1.1, pero, además, que el respectivo Estado lo haya comunicado a la Comisión para su inclusión en el anexo A, pudiendo plantearse la duda de si la falta de comunicación impide la aplicación de dicho reglamento a los procedimientos que, pudiendo reunir las condiciones del artículo 1.1, fueron, sin embargo omitidos o si, por el contrario, lo que ocurre es que, respecto de los no incluidos en el anexo, es necesario hacer un análisis caso por caso de la concurrencia de condiciones. De lo que no hay duda es de la exigencia de que se trate de procedimientos «públicos» y de que los confidenciales no se integran en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

Sin obviar que la inclusión de los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia no vino acompañada de la adaptación de otras reglas destinadas a facilitar su aplicación a esos institutos, el punto de partida es que su inclusión en aquél conlleva la aplicación de todas sus reglas también a los procedimientos preconcursales. De este modo, por ejemplo, la competencia para decidir sobre la homologación de un acuerdo de

refinanciación sólo corresponderá a un tribunal español si el centro de intereses principales del concursado (COMI) se encuentra en España o si tiene aquí un establecimiento, si bien en este segundo caso el alcance del compromiso alcanzado sería estrictamente territorial.

2. La escasa referencia de la directiva a las situaciones transfronterizas

En esa situación, es lógico que la directiva actual no se ocupe de las cuestiones ya reguladas en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. Las únicas referencias a materias de Derecho internacional privado recogidas en aquélla se encuentran en los considerandos 12 a 14 de su exposición de motivos y en sus artículos 6, 8 y 28 y ponen de manifiesto la escasa correlación entre la exposición de motivos y el texto articulado.

Los considerandos señalados se limitan a poner de relieve la necesidad de adoptar la directiva —dado que el reglamento no es por sí solo suficiente para eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales— y a afirmar la compatibilidad entre ambos textos.

Respecto de tal compatibilidad, se destaca que la directiva debe entenderse «sin perjuicio» del reglamento y que el propósito es que ambos textos sean compatibles y complementarios, lo que justifica que se exija a los Estados que adopten procedimientos de reestructuración preventiva que cumplan determinados principios mínimos de eficiencia.

No obstante, en el alcance de esta compatibilidad se incluye una pretensión cuya eficacia no se garantiza porque no encuentra reflejo alguno en el texto articulado: la directiva permite la adopción de procedimientos preventivos de carácter confidencial que, como se ha visto, no entran dentro del ámbito de aplicación del reglamento y, hoy por hoy, no serían reconocibles en los Estados miembros de acuerdo con las disposiciones de aquél, que establece un sistema muy favorecedor de la eficacia. La directiva pretende modificar esta situación al señalar en su considerando 13 que «[a]unque la presente directiva no exige que los procedimientos incluidos en su ámbito de aplicación cumplan todos los requisitos de notificación con arreglo a dicho anexo, sí pretende facilitar el reconocimiento transfronterizo de esos procedimientos y el reconocimiento y la ejecutividad de las resoluciones judiciales».

La manera de garantizar ese reconocimiento sería, bien la modificación del propio Reglamento sobre procedimientos de insolvencia para incluirlos en su ámbito de aplicación, bien la introducción en el texto articulado de la directiva de la obligación de que los Estados miembros garantizaran en sus procedimientos nacionales el reconocimiento y la ejecución de esos institutos concursales que no se introdujeron en el reglamento por no cumplir las condiciones requeridas por éste. Pero nada de eso se hace.

Algo parecido ocurre con lo previsto en el considerando 4, según el cual la ventaja de la aplicación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia es que «ofrece

salvaguardias para prevenir el traslado fraudulento del centro de intereses principales del deudor durante el procedimiento de insolvencia transfronterizo. En los procedimientos no regulados por el citado reglamento también deben aplicarse ciertas restricciones».

Si se atiende al Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, el centro de intereses principales del concursado, como criterio atributivo de competencia exclusiva a las autoridades de un Estado miembro para abrir un concurso o un procedimiento de insolvencia de los incluidos en su ámbito de aplicación, «será el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social. Esta presunción sólo 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. Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. Esta presunción sólo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. Esta presunción sólo será aplicable si la residencia habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro en los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia».

Si ese mismo criterio —el centro de intereses principales del concursado— quiere mantenerse para determinar la competencia de la autoridad encargada de los procedimientos regulados en la directiva, pero no incluidos en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, debería especificarse así, estableciendo asimismo las salvaguardas necesarias para evitar los traslados fraudulentos destinados sólo a modificar la competencia. Pero tampoco eso se hace.

La única referencia a los traslados del centro de intereses principales del concursado se incluye en el artículo 6.8 de la directiva, que en su versión española contiene, además, un error. En su versión actual señala: «La duración total de las ejecuciones singulares, incluidas las ampliaciones y las renovaciones, no podrá exceder de doce meses». Se está refiriendo en realidad —como resulta obvio desde el punto de vista semántico, sistemático y por comparación con otras versiones lingüísticas— a la duración total de la suspensión de las ejecuciones singulares que pueden acarrear estos procedimientos. Se añade que «[s]i los Estados miembros decidieran aplicar la presente directiva a través de uno o más procedimientos o medidas que no cumplen los requisitos de notificación con arreglo al anexo A del Reglamento (UE) 2015/848, la duración total de la suspensión en virtud de dichos procedimientos no podrá superar los cuatro meses si el centro de intereses principales del deudor se ha trasladado a otro Estado miembro en los tres meses previos a la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de reestructuración

preventiva». Si se pone en relación este precepto con lo señalado en la exposición de motivos, parece que con esta medida se pretende desincentivar el traslado del centro de intereses principales del concursado para beneficiarse de procedimientos que no reúnen los requisitos del artículo 1.1 del reglamento por ser de carácter confidencial, por ejemplo, en aquellos casos en los que los Estados los prevén, con la consecuencia de que, si bien la directiva los admite, los mira con mayor recelo que a los que sí reúnen aquellas condiciones.

Por último, y por no obviar otra de las escasas referencias de la directiva a las situaciones internacionales, el artículo 28 dispone que los Estados miembros tienen que garantizar que ciertas acciones se puedan llevar a cabo por medios electrónicos de comunicación «incluso en situaciones transfronterizas». Se trata «al menos» de la reclamación de créditos, la presentación de planes de reestructuración o reembolso, las notificaciones a los acreedores y la presentación de impugnaciones y recursos.