

Los procedimientos de insolvencia «sintéticos»

Elisa Torralba Mendiola

Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Reglamento 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), sustituye al Reglamento 1346/2000 y se aplicará a los procedimientos de insolvencia que se abran después del 26 de junio del 2017 (*DOUE* L 141, de 5 de junio).

Este nuevo texto pretende, entre otras finalidades, limitar la posibilidad de que se abran procedimientos de insolvencia territoriales, partiendo de la premisa de que no siempre contribuyen a una mejor solución del concurso global. En esta línea, su artículo 36 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). A estos efectos, 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.

Por «acreedor local» se entiende «todo acreedor cuyos créditos frente al deudor surjan de la explotación de un establecimiento situado en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el deudor tenga su centro de intereses principales (COMI, por sus siglas en inglés) o que estén relacionados con dicha explotación» (art. 2.11).

Pese a que el tenor literal de la regla no resulta muy afortunado, no parece que quepa interpretarlo más que en el sentido de que, si lo que justifica la posibilidad de abrir un procedimiento territorial es la presencia de un establecimiento en un Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquel en el que radica el COMI del deudor, son acreedores locales aquellos cuyos créditos surgen de la explotación de ese establecimiento concreto (y no, como dice literalmente la norma, de «un» establecimiento situado en un Estado —¿cualquiera?— distinto de aquel en el que se sitúa el COMI).

La admisión de estos «procedimientos sintéticos» es consecuencia de la práctica que se venía adoptando en el Reino Unido en los casos en los que se consideraba excesivamente gravosa la apertura de un procedimiento secundario, pero introduce una complejidad y previsiblemente unos costes económicos y temporales que hacen prever que sean de una utilidad marginal. Pueden tener sentido en aquellos casos en los que, en el Estado donde pudiera abrirse el procedimiento territorial que se quiere evitar, la cuantía de los bienes que pudieran imputarse a la masa activa no justifique los costes de apertura, pero sí haya un acreedor local —Seguridad Social, Hacienda Pública, etc.— que quiera asegurarse el cobro sobre esos bienes y no estar sujeto a la incertidumbre que podría resultar de la calificación de su crédito en un procedimiento extranjero. En este caso el acuerdo previsto en el artículo 36 puede resultar de utilidad, pero en situaciones más complejas dejaría de tenerla. Su funcionamiento plantea no pocas dudas:

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 primera cuestión que plantea es la que se refiere al tratamiento de los acreedores «no locales», que pese a no votar el acuerdo quedan afectados por él. Para entender correctamente su situación hay que tener en cuenta que, en el sistema del reglamento, de abrirse un procedimiento universal (en el Estado miembro del COMI) y otro territorial (en el Estado miembro donde radique un establecimiento), el activo se divide entre ambos, de manera que en la masa del territorial sólo se integran los bienes situados en su territorio, pero el pasivo es siempre universal, pudiendo todos los acreedores presentar sus créditos al cobro en ambos concursos.

En esa situación, los procedimientos sintéticos nacen de un acuerdo únicamente con los acreedores locales, pero que afecta a la totalidad de la masa pasiva. No se reservan, por supuesto, los bienes del Estado donde pudiera abrirse un procedimiento territorial a esos acreedores locales, pero el acuerdo sólo es aprobado por «los acreedores locales conocidos», que serán también los únicos a los que el administrador deba informar (art. 36.5). Una vez adquirido el compromiso, el administrador concursal informará a los acreedores locales, y no a todos, sobre el «reparto previsto» y esos acreedores locales pueden impugnar la distribución propuesta. Si los acreedores locales entienden que la distribución no cumple las condiciones del compromiso adquirido o la normativa aplicable, pueden impugnarla, pero deben hacerlo ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro ante el que se haya abierto el procedimiento principal.

En esa situación, resulta difícil imaginar qué alicientes pueden tener el resto de los acreedores para aceptar lo que resulte de ese compromiso y no instar la apertura de un procedimiento territorial, pero, en aras de la protección del compromiso adquirido conforme al artículo 36, esta posibilidad se ve restringida. De acuerdo con el artículo 37.2 «cuando un compromiso sea vinculante de conformidad con el artículo 36, se solicitará la apertura del procedimiento de insolvencia secundario dentro del plazo de 30 días a partir de la recepción de la comunicación de la aprobación del compromiso». Es decir, la solicitud de apertura del procedimiento territorial deberá

hacerse en ese plazo de treinta días; de lo contrario, precluye la posibilidad. Como señala el artículo, el plazo se cuenta «a partir de la recepción de la comunicación del compromiso», pero no se prevé quién debe efectuar esa comunicación: ¿el administrador?, a éste sólo se le pide que lo comunique a los «acreedores locales conocidos»; ¿el juez del procedimiento universal?, si es así, el reglamento no lo prevé.

Además de limitarse el plazo, se prevé el rechazo de la solicitud de apertura si el órgano jurisdiccional ante el que se presenta «considera que el compromiso protege adecuadamente los intereses generales de los acreedores locales» (art. 38), dejando de lado los intereses del resto de los acreedores que, sin embargo, también debería proteger si abriera el territorial.

Es cierto que, puesto que quien puede proponer este compromiso es el administrador del procedimiento principal, no debería poder hacerlo sin tener en cuenta los intereses del conjunto de los acreedores, de manera que, aunque no todos intervengan en la adopción del acuerdo, sus intereses no deberían encontrarse en una situación peor que la que existiría de abrirse un procedimiento territorial. Por otro lado, el hecho de que el artículo 36.10 prevea que «el administrador concursal será responsable de cualquier perjuicio causado a los acreedores locales como consecuencia de su incumplimiento de las obligaciones y requisitos establecidos en el presente artículo» no implica que el resto de los acreedores no puedan pedir también responsabilidad si resultan perjudicados por él.

- 2) Una de las razones que justifica la posibilidad recogida en el artículo 36 del reglamento es la reducción de costes que resulta de no abrir un procedimiento territorial. No obstante, en los casos en los que el número de acreedores locales pudiera ser elevado, no está claro que esos costes no resultaran equivalentes a los del procedimiento territorial porque los de desarrollo del universal se verían incrementados. A los directos (notificaciones, la traducción del propio compromiso que «se expresará en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que hubiera

podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario»—art. 36.3— y que, se supone, habrá que traducir a la lengua del Estado del universal en el que se integre, etc.), habría que añadir los que resultan de la información del derecho extranjero y la complejidad que se añade al procedimiento universal, a cuyo juez se obliga a conocer no sólo el derecho concursal propio, sino también a aplicar un derecho extranjero en relación con algunos de los bienes del concurso.

De este modo, la ley aplicable a la distribución de los importes percibidos por la realización de los bienes, al orden de prelación de créditos y a los derechos de los acreedores en relación con los bienes es la del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse el procedimiento secundario. Esa misma ley se aplicará al cálculo de las mayorías necesarias y se tendrán en cuenta aquellas que se exijan para adoptar planes de reestructuración. Si en ese Estado se previera la posibilidad de distintos planes de reestructuración, habría que indicar con anterioridad cuál es el que se esté utilizando. A cambio, el compromiso —que se debe expresar por escrito— se sujeta, además de a los requisitos exigidos por el reglamento, a cualquier otro requisito de forma y de aprobación de la distribución que pudiera prever el ordenamiento del Estado miembro del procedimiento principal. Es decir, en el marco del procedimiento principal se van a aplicar dos ordenamientos distintos, en su caso de forma cumulativa, lo que necesariamente aumenta los costes materiales y temporales de aquél.

3) Tampoco queda claro en qué puede consistir la «garantía» a la que se refiere el apartado 8 del

artículo 36, según el cual «los acreedores locales podrán solicitar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia principal exijan al administrador concursal de dicho procedimiento que tome las medidas apropiadas necesarias para garantizar el cumplimiento de las condiciones del compromiso adquirido, de acuerdo con el derecho del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia principal».

4) Junto con lo anterior, hubiera sido necesario aclarar las relaciones de este artículo 36 con otras disposiciones del reglamento, por ejemplo, el artículo 8. Éste prevé el «blindaje» frente a la insolvencia de los derechos reales sobre bienes situados fuera del Estado miembro de apertura, con la consecuencia de que si, abierto un procedimiento universal en A, el bien se encuentra en B, el titular del derecho real puede proceder a su ejecución separada. Esa posibilidad se frustra si en B se abre un procedimiento territorial, porque en ese caso el bien ya no se encuentra fuera del Estado de apertura. La cuestión es qué va a pasar cuando se celebre alguno de los compromisos a los que se refiere el artículo 36: si los entendemos equivalentes a estos efectos a la apertura del procedimiento de insolvencia, van a impedir la posibilidad de ejecución separada, mientras que en caso contrario no será así. Si la solución es la primera, debería haberse previsto expresamente; si es la segunda, en todos aquellos casos en los que exista un activo valioso gravado con un derecho real existirá un claro incentivo para no aceptar el compromiso al que se refiere el artículo 36 e instar la apertura de un procedimiento secundario.