

## Los procedimientos de preinsolvencia en el Reglamento europeo de insolvencia: el caso español

Ángel Carrasco Perera

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

*Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

### 1. El artículo 1.1C del reglamento. Valoración

El reglamento 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo del 2015 sobre procedimientos de insolvencia (RPI *bis*) incluye en su ámbito de aplicación los **procedimientos de «preinsolvencia»**, definidos como aquellos «procedimientos colectivos públicos, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, [...] 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 se refieren las letras *a* o *b*». [Los procedimientos de los apartados *a* y *b* son aquellos en los que *a*) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre un administrador concursal, y *b*) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial.]

La inclusión de los procedimientos de preinsolvencia en el ámbito de aplicación de la norma comunitaria es un error. Revela por parte del legislador comunitario una preocupante ignorancia de cómo operan estos procedimientos

y de cómo su praxis es ajena a la estructura de COMI/procedimiento principal, sobre la que se sustenta la fábrica del RPI *bis*. Ya para empezar es absurdo que en los procedimientos «negociados puros» se pueda hablar de COMI y de «apertura» del procedimiento de insolvencia en los términos del artículo 3. Es incluso impropio que tales «procedimientos» arrastren competencias judiciales y materiales de *lex concursus*, como las que se prevén en los artículos 6 y 7 del RPI *bis*.

### 2. Los procedimientos españoles de preinsolvencia

Según el anexo A del RPI *bis*, en España serían procedimientos de la clase referida en el artículo 1c el procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación (disp. adic. 4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal o LCon), los procedimientos de acuerdos extrajudiciales de pago (arts. 231 y ss. LCon), los «procedimientos de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos», los acuerdos de refinanciación homologados (repetidos en la norma) y las «propuestas anticipadas de convenio» (arts. 104 y ss. LCon). Pero, en rigor, ni todos los listados son procedimientos de insolvencia en el sentido del RPI *bis* ni de la Ley Concursal o ni siquiera «procedimientos» en sentido propio.

En efecto, la expresión «procedimientos de negociación pública para la consecución de acuerdos de refinanciación colectivos» es casi seguro

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.

una referencia al «procedimiento» de obtención de acuerdo plural que se regula en el artículo 71 *bis.1* de la Ley Concursal. Pero este acuerdo colectivo escasamente puede ser un procedimiento de insolvencia del artículo 1c del RPI *bis*, ya que ni comporta intervención judicial —a pesar de la «comunicación» a que se refiere el artículo 5 *bis.1* LCon— ni, a pesar del efecto suspensivo a que se refiere el artículo 5 *bis.4* LCon, producirá heteroeficacia frente a acreedores que no han consentido, y tampoco, aun aprobado, se precipita ni se sustancia como un procedimiento colectivo. De hecho, no habrá siquiera «procedimiento» porque no hay un esquema procedimental que permita en aquella sede obtener el voto plural, que ya ha de estar preconstituido necesariamente. Por su parte, la «propuesta anticipada del convenio» no es un procedimiento de insolvencia, sino un modo, entre otros, de producirse un convenio en el seno del concurso, y no tiene eficacia independiente del propio concurso del cual es parte, sin perjuicio de que la comunicación de su presentación pueda producir efectos suspensivos propios, si no se ha solicitado ya antes de la declaración de concurso.

En rigor, la norma comunitaria supone que quedan sometidos al RPI *bis* los expedientes iniciados con la comunicación al juez del comienzo de las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o un acuerdo extrajudicial de pagos. Es decir, se está refiriendo al artículo 5 *bis* de la Ley Concursal. Y ello conecta con el artículo 1.1c del RPI *bis*, por cuanto este precepto incluye aquellos procedimientos en los que, por ministerio de la ley (esto es, sin necesidad de decisión judicial), se produce una suspensión de las ejecuciones para favorecer la negociación entre el deudor y sus acreedores. En realidad, el problema es que el «procedimiento» del artículo 5 *bis.4* de la Ley Concursal no estructura un procedimiento concursal, aunque podría decirse que sí genera una situación de «concuralidad» (porque hace concurrir a los acreedores en la medida en

que los priva de la posibilidad de ejercer aisladamente acciones ejecutivas).<sup>1</sup>

### 3. La irrelevancia de la normativa uniforme

No es posible aplicar a estos «procedimientos de insolvencia» la comprobación preliminar de competencia a que se refiere el artículo 4 del RPI *bis* ni el control jurisdiccional del artículo 5 del mismo reglamento. De hecho, el órgano judicial (secretario) que recibe las comunicaciones del artículo 5 *bis* de la Ley Concursal no está recibiendo una «solicitud para la apertura de un procedimiento de insolvencia». Obsérvese que ni siquiera en el supuesto de los procedimientos de homologación de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> se produce la intervención judicial, sino en una fase avanzada del proceso, y la impugnación de la homologación —a la cual se refiere el apartado 7 de dicha disposición adicional— no puede comprender de ninguna forma un control *ex post* de la competencia derivada del COMI. Lo mismo puede decirse de la impugnación judicial del acuerdo extrajudicial de pagos en el artículo 239.2 de la Ley Concursal. Por lo demás, no es posible poner en práctica la medida de salvaguarda del artículo 4.2 del RPI *bis* porque ni siquiera existe administración concursal.

Otros preceptos del RPI *bis* están también fuera de lugar en los procedimientos de preinsolvencia españoles. Estos procedimientos atípicos no pueden conllevar casi efectos como los previstos en el artículo 7 de tal reglamento. Para que pueda hablarse de efectos sobre los contratos, sobre las ejecuciones individuales, sobre los créditos que puedan reconocerse, sobre las normas relativas a la nulidad o rescisión de actos perjudiciales, sobre la compensación, sobre garantías reales situadas en el extranjero, etc., tiene que haberse producido una declaración y un procedimiento de concurso. Es evidente, por ejemplo, que en el seno del procedimiento del artículo 71 *bis.1* no hay «efecto» ninguno, salvo la creación (relativa) de un puerto seguro frente a las acciones rescisorias. Es dudoso incluso que la

<sup>1</sup> Debo esta aguda observación a mi compañero Alberto Díaz Moreno.

«inmunidad» de los derechos reales de terceros a que se refiere el artículo 8 del RPI *bis* tenga sentido cuando el punto discutible no sea la ejecución de la garantía como tal, sino la eventual afectación del crédito garantizado, cuando se trate de procesos colectivos como el de la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley Concursal. Otro tanto cabe decir de los efectos sobre los procedimientos arbitrales a que se refiere el artículo 18 del RPI *bis*, etc.

El principio fundamental del reconocimiento automático regulado en los artículos 19, 20 y 32 del RPI *bis* no puede ser aplicado a estos procedimientos, porque en ellos no puede hablarse de resolución de apertura. No se pueden aplicar a estos procesos de preinsolvencia las normas relativas a la administración concursal (arts. 21, 22, 23) y a las instituciones concomitantes que dependen de la existencia de estos administradores (por ejemplo, cooperación y coordinación en procedimientos simultáneos sobre grupos de sociedades, cooperación y comunicación entre administradores concursales, etc.).

Es absurdo que se pueda «abrir» un procedimiento secundario de los artículos 3.2 y 36 del RPI *bis* si aquél ha de tener por objeto una medida de preinsolvencia como un convenio anticipado o un acuerdo homologado de refinanciación. Y es absurdo que un «proceso» parecido al artículo 71 *bis*.1 de la Ley Concursal, abierto en un país distinto del COMI del deudor, pueda ser considerado siquiera un procedimiento secundario a efectos del RPI *bis*. Pero es también extraño que se haya podido abrir en la jurisdicción del COMI del deudor un proceso de preinsolvencia negociado y que, abriéndose en la sede del artículo 3.2 un procedimiento concursal en sentido estricto, pueda tener lugar una coordinación como la imaginada en los artículos 36 y siguientes del RPI *bis*. Entre otras cosas porque, por definición, en el procedimiento principal no se dará el caso de que haya «importes recibidos» y susceptibles de reparto a los acreedores locales externos. Es

sumamente impropio que pueda abrirse en sede del COMI un procedimiento de reestructuración negociado y, sin embargo, se abra en otra jurisdicción un procedimiento de insolvencia secundario de efectos liquidatorios. Incluso si en el procedimiento «principal» de preinsolvencia hubiera algo así como un administrador concursal, éste no podría contraer con los acreedores locales externos el «compromiso» a que se refiere el artículo 36. Las únicas normas con sentido para procedimientos «secundarios» de esta clase serían normas como las expuestas en los artículos 38.3.I y III, 38.4, 46.1, 47 y 51 del RPI *bis* —que de hecho suponen la no apertura *de facto* de procedimientos secundarios o su cierre—, pero tampoco serán casi nunca posibles tales soluciones convergentes porque su posibilidad depende necesariamente de que exista un administrador concursal.

Todo el delicado entramado de la cooperación institucional diseñado por los artículos 41, 42, 43, 57, 58 y 61 del RPI *bis* deja de tener sentido y posibilidad en los procedimientos de preinsolvencia a los que se refiere el artículo 1c del RPI *bis*.

#### 4. La utilidad real de la innovación del reglamento

En rigor, la inclusión de estos procedimientos en el ámbito de aplicación de la regulación europea armonizada no tiene otra relevancia que enfatizar que tales procesos atípicos están también sujetos a la ley del COMI y que la competencia judicial y la ley aplicable siguen los criterios de universalidad propios de los procedimientos concursales clásicos. El RPI *bis* está con ello limitándose a decir *quién tiene la competencia* para conducir estos expedientes paraconcursoales negociados y a sostener —que no es poca cosa— que la ley aplicable a estos procedimientos es la *lex concursus* y no la, eventualmente distinta, ley material a la que el o los, también eventuales, contratos «renegociables» estuvieran sometidos.