

Los *schemes of arrangements* británicos están «fuera» del Reglamento europeo de insolvencia. ¿Qué significa realmente «estar fuera»?

Ángel Carrasco Perera y Elisa Torralba Mendiola

Consejo académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. La calificación del artículo 1.1 RPI y la función del anexo

El Reglamento 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido, en adelante, 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; *b*) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial.]

No obstante, el nuevo texto mantiene el sistema de anexos, de manera que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión los procedimientos que consideran incluidos en el RPI *bis* y a los no comunicados no les

será de aplicación el texto europeo. Esta inaplicación supone, entre otras cosas, que no podrán beneficiarse del sistema de reconocimiento automático previsto en el artículo 19 del RPI *bis* («1. Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura del procedimiento [...]»).

España ha notificado, y están incluidos en el anexo A, además del 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, pese a que el encaje de alguno de ellos en la definición del reglamento resulta cuando menos discutible. El Reino Unido, por su parte, no ha notificado los *schemes of arrangement*.

2. El problema

Dado que la no inclusión de los *schemes of arrangement* en el anexo A implica la imposibilidad de su reconocimiento automático en el ámbito de la Unión Europea con base en el RPI *bis*, se plantea la cuestión de si pueden ser reconocidos por otra vía o si la

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.

consecuencia de su exclusión del texto en materia de insolvencia es la imposibilidad de reconocerles efectos extraterritoriales (al menos en Europa).

La respuesta que se dé a esta pregunta depende de si, pese a la exclusión del anexo, se entiende que los *schemes* encajan en la definición general de «procedimiento de insolvencia» del artículo 1 del RPI *bis*. Si lo hacen, la voluntad del Reino Unido de no comunicarlos no puede tener ninguna consecuencia sobre su caracterización; es decir, un procedimiento es concursal si cumple los requisitos del artículo 1 y no lo es en caso contrario. Que un Estado decida dejar de comunicar, para su inclusión en el anexo, un procedimiento que reúne tales características no lo convierte en no concursal, sino que simplemente lo sitúa en una «tierra de nadie» en la que los efectos extraterritoriales resultan imposibles por no poder basarse en el único texto jurídico que los podría reconocer.

3. El anexo no desempeña una función de «calificación negativa»

Desde esa perspectiva, el anexo sólo sirve para que los Estados puedan acogerse a un nicho seguro de reconocimiento automático, desempeña una función de «integración positiva» en el concepto, pero en ningún caso supone que fuera de los procedimientos previstos en él no sea posible la insolvencia. Esta interpretación viene confirmada por el considerando 9, según el cual, a los procedimientos recogidos en el anexo se aplica el reglamento «sin necesidad de examen ulterior alguno por los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro acerca del cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente reglamento». Es cierto que ese mismo considerando afirma que los procedimientos de insolvencia que cumplen las condiciones establecidas en el reglamento se enumeran *exhaustivamente* en el anexo, pero también lo es que a continuación añade que «los procedimientos nacionales de insolvencia que no estén enumerados en el anexo A deben quedar excluidos del presente reglamento», admitiendo con ello que pueden existir otros procedimientos de insolvencia distintos de los expresamente relacionados.

La cosa puede ser explicada también desde otra perspectiva. Cuando el país comunitario A renuncia a comunicar determinado procedimiento a efectos del anexo A del RPI *bis*, no puede pretender que una resolución judicial de apertura (o de cierre) del procedimiento en cuestión sea reconocida en el país comunitario B. Pero si B es un país que conforme al RPI *bis* puede abrir un procedimiento principal, por estar en su jurisdicción el centro de los intereses principales (siendo COMI sus siglas en inglés) del deudor afectado, B tiene *derecho a considerar aquel procedimiento como un procedimiento de insolvencia* si se dan las condiciones de la calificación autónoma exigida por el artículo 1.1c del RPI *bis*. Una cosa es que el Estado B no pueda exigir al Estado A que incluya el susodicho procedimiento en el anexo de la directiva ni exigirle tampoco que, por ello mismo, aspire al reconocimiento automático, y otra cosa es que el Estado B no pueda legítimamente considerar que es de su competencia todo procedimiento de insolvencia que se acomode a la calificación autónoma del artículo 1.1c. El Estado del COMI tiene una legítima aspiración conforme al RPI *bis* a que sea la ley del COMI la que regule los extremos mencionados en el artículo 7. De hecho, B puede muy bien pretender tal cosa, porque la exclusión de aquel procedimiento del anexo priva al Estado A de la pretensión de que su decisión de apertura o cierre sea reconocida en otras jurisdicciones. Otro resultado sería absurdo. Si no fuera como proponemos, el país B, jurisdicción del COMI, tendría *sólo* una pretensión al reconocimiento automático del procedimiento instado en B, que B ha notificado y que se halla incluido en el anexo A. Pero no podría impedir que valiera en su propia jurisdicción un procedimiento de preinsolvencia cursado en A, no siendo éste el país del COMI (ni un país en que pudiera abrirse un procedimiento de insolvencia secundario), y ello por el solo hecho de que A se ha cuidado u olvidado de no comunicar este procedimiento propio en la lista del anexo A.

En definitiva, el carácter concursal o no de un procedimiento viene determinado por el cumplimiento de los requisitos del artículo 1 *al menos respecto del país en que esté situado el COMI del deudor*. A tales efectos, el artículo 1 es el único que contiene las condiciones

de calificación del supuesto. La comunicación por parte de un Estado de todos o alguno de sus procedimientos para su inclusión en el anexo puede resultar discutible (como en el caso de la del art. 71 *bis*.1 Ley Concursal), pero produce el efecto de «subsana» las posibles deficiencias a efectos de calificación y la obligación por parte del resto de los Estados miembros de reconocer su condición concursal. Sin embargo, el razonamiento no funciona a la inversa, el anexo no cumple también una función de integración negativa que convierta en no concursal todo aquello que los Estados deciden no comunicar. Aquello que cumple los requisitos del artículo 1 es concursal, y gran parte de los *schemes of arrangement* los cumplen.

4. *Scheme* y procedimiento de insolvencia

En un trabajo anterior (CARRASCO PERERA, A., y TORRALBA MENDIOLA, E. C., «*Schemes of arrangement* ingleses para sociedades españolas: una crítica», *RcP*, n.º 14 (2011), págs. 349-362) hemos mantenido la calificación de «procedimientos de insolvencia» para aquellos *schemes* que buscan una finalidad concursal. La reforma del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia no hace sino abogar por la necesidad de mantener esa interpretación, especialmente ahora que, a diferencia de lo que ocurría en el texto anterior, es posible incluir en su esfera los procedimientos de preinsolvencia. Si se analizan los rasgos característicos de los *schemes of arrangement* tal como los configura el derecho británico, se observa que, pese a estar regulados en una norma societaria, la *Company's Act*, pueden tener por objeto distintas finalidades, entre ellas, la de reestructurar la deuda de una sociedad que atraviesa por dificultades financieras, finalidad que no sólo es la que está motivando la adopción de la mayor parte de los *schemes* en los últimos años, sino que además es la que justificó la creación de la figura en sus orígenes, si bien con posterioridad se amplió el elenco de las funciones que podía cumplir.

De este modo, uno de los principales atractivos de los *schemes* es, precisamente, permitir la reestructuración de la deuda de una sociedad antes de que ésta deba ser declarada insolvente y prestar una atención temprana

a las dificultades de la empresa, lo cual es especialmente relevante en escenarios de «rescate», mediante la imposición de un acuerdo con la mayoría también a los acreedores disidentes pertenecientes a la misma clase (aceptándose con ello una regla propia del derecho concursal alejada de la unanimidad que exigiría una calificación contractual) (PAYNE, J., *Schemes of arrangement*, Cambridge University Press, 2014, págs. 175 y ss.). De hecho, la doctrina del Reino Unido anterior a la entrada en vigor del nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, pese a considerar que los *schemes* no eran formalmente procedimientos de insolvencia, no dejaba de destacar la posibilidad de que su adopción respecto de sociedades extranjeras viniera condicionada por los límites en la atribución de competencias a sus jueces nacionales establecidos por el texto europeo. Ello es así porque, de acuerdo con el derecho del Reino Unido, el juez británico es competente para homologar un *scheme* si éste se refiere a una sociedad que pudiera ser disuelta en el Reino Unido de acuerdo con lo previsto en la *Insolvency Act*. A partir de ahí se discute si esta última debe adaptarse a estos efectos y, en lo que se refiere a la competencia, a lo previsto en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia o si la respuesta es negativa. Con independencia de las posibles argumentaciones al respecto, lo que la discusión pone en evidencia es la vinculación de la figura del *scheme* con la insolvencia.

Por lo demás, se trata de un debate artificioso el relativo a si los *schemes* son o no son procedimientos de insolvencia. Por supuesto, pueden existir *schemes* que no lo sean, como muy bien pueden existir acuerdos colectivos del tipo de los del artículo 71 *bis*.1 de la Ley Concursal que no tengan como finalidad re-financiar a un deudor. El problema sólo se presenta cuando efectivamente sean y actúen como procedimientos de insolvencia. Sería absurdo negar que un *scheme* lo es cuando esté cursando como un procedimiento del tipo descrito en el artículo 1.1c del RPI *bis*.

Siendo esa la situación, la única vía de reconocimiento de los *schemes* con alcance concursal es la del reglamento, vía que les queda vedada teniendo en cuenta la voluntad del Reino Unido

de que éste no se les aplique. La consecuencia es que los *schemes* concursales no van a poder producir efectos extraterritoriales *porque la vía para reconocer procedimientos de insolvencia respecto de deudores con COMI en la Unión Europea es exclusivamente la del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia*. Por ello, no sólo no cabe el reconocimiento de los *schemes* concursales en aplicación de este reglamento, sino que, además, no procede buscar otras vías de reconocimiento, por otra parte difíciles de encontrar dada la exclusión de «la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos» de los respectivos ámbitos de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* y del Convenio de Lugano y, en España, dado el carácter residual de la Ley Concursal, reconocido en su artículo 199, respecto del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. De esta manera, la Ley Concursal se aplica si no lo hace el texto europeo (y éste, como se ha visto, se extendería al *scheme* en cuanto procedimiento de insolvencia, si bien para excluirlo de su sistema) y es imposible también aplicar el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha quedado reservado para supuestos extraconcursoales. Todo ello sólo dejaría la posibilidad de un reconocimiento conflictual poco extendido en nuestro derecho.

Frente a la postura señalada, no falta quien defiende que no se trata sólo de que los *schemes* no estén incluidos en el anexo A, sino que realmente éstos no encajan en la definición de «procedimiento de insolvencia», con la consecuencia de que no puede impedirse su reconocimiento en otros Estados miembros de la Unión Europea (GARCIMARTÍN, F., «El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación», en www.almacenederecho.org, entrada de 9 de junio del 2015). Esto último, no obstante, plantea no pocas dudas sobre el sistema por el que puede llevarse a cabo tal reconocimiento: si por el Reglamento Bruselas I *bis*, lo que resulta poco defendible dado que éste se aplica al reconocimiento de resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos y de las transacciones judiciales (y la actuación del juez en los *schemes* no encaja, en principio, en ninguna de las dos categorías), o por otros mecanismos (en España, la Ley Concursal, la Ley de

Enjuiciamiento Civil o el reconocimiento conflictual).

La calificación no concursal se defiende basándose en los siguientes argumentos: el RPI *bis* exige que, para su inclusión en su ámbito material, el procedimiento esté basado en la legislación en materia de insolvencia, lo que, si se atiende al artículo 1 significa que: 1) la finalidad del procedimiento debe ser el rescate del deudor, su reorganización, su liquidación o una reestructuración de las deudas; 2) si se puede iniciar ante la mera probabilidad de concurso del deudor, el procedimiento debe estar llamado a prevenir la insolvencia o la cesación de actividades; 3) el procedimiento debe ser realmente previo al concurso, de modo que, si no prospera, puedan acabar en el concurso. Además, el considerando 16 de la exposición de motivos aclara que no se incluyen en el RPI *bis* los procedimientos basados en el derecho general de sociedades que no se hayan concebido *exclusivamente* para situaciones de insolvencia. Los *schemes*, se dice, no siempre cumplen los tres primeros requisitos y, desde luego, se regulan en una norma societaria que no se ha concebido *exclusivamente* para situaciones de insolvencia, sino que sirve a muchas otras finalidades posibles. Se comprenderá qué enervante formalismo comporta el último argumento, hasta el punto de que seguir en este juego de ficciones bien podría llevarnos a la penosa situación en que se encontraba el populacho adulator en el gran cuento de Andersen *El traje nuevo del emperador*.

A esta calificación extraconcursoal puede oponerse que, si bien no todos los *schemes* reúnen los tres requisitos mencionados, sí deben ser considerados concursales los que lo hacen, y que la exigencia de «exclusividad» en la regulación, que sólo figura en la exposición de motivos, debería haberse introducido en el texto articulado si es realmente un requisito esencial. No se trata en este caso de una mera aclaración interpretativa (a diferencia de lo que ocurre con la del considerando 9), sino de un requisito añadido a los elementos esenciales en la definición de los procedimientos de insolvencia.

Es cierto que este requisito del considerando se introdujo, precisamente, con la finalidad

de dejar fuera de su ámbito de aplicación los *schemes*. Como había avanzado parte de la doctrina británica, no existía para el Reino Unido ningún incentivo para incluir los *schemes* en el anexo, puesto que eso limitaría la posibilidad de usarlos en el caso de sociedades cuyo COMI no se encontrara en ese Estado (PAYNE, J., *cit.*, págs. 293-294). La solución adoptada finalmente es un claro ejemplo de como el proceso legislativo europeo exige con frecuencia tal número de concesiones recíprocas para llegar a producir un texto definitivo, que conduce a resultados completamente insatisfactorios desde el punto de vista técnico y, desde el práctico, crea más problemas de los que resuelven porque generan inseguridad jurídica. El sistema del reglamento crea a favor de los acreedores la posibilidad de oponerse a cualquier procedimiento o pretensión concursal que proceda de un Estado distinto de aquel en el que el deudor tiene su COMI (o un establecimiento, pero en este caso con alcance únicamente territorial); pretender defraudar esa expectativa sobre la base

de una simple falta de comunicación de un procedimiento para su inclusión en un anexo por parte de un Estado que tiene evidentes incentivos económicos para no comunicarlo es una burla al conjunto del sistema y la quiebra de uno de sus principios básicos.

5. Final

El resultado al que arribamos es claramente indicativo de la falta de calidad normativa y de la superfluidad del RPI *bis*. Pero, más allá de eso, la situación descrita genera una fractura en el tratamiento europeo uniforme de los procedimientos de salvaguarda de empresas. En tal situación, nadie le puede exigir al *país del COMI* que haga ningún esfuerzo de *comity* para reconocer un *scheme* ventilado en Inglaterra sobre la base de una conexión territorial aparente o espuria. Si hace años postulábamos que los *schemes* no podían ser reconocidos en España, como país del COMI, creemos que esta conclusión queda reforzada por el RPI *bis*.