

ASUNTO SCHEFENACKER

Subject Schefenacker

Autora: Inés Cano Molina

Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: En el caso Schefenacker se van a combinar cuestiones como son la insolvencia y el traslado del centro de intereses principales de una sociedad de un Estado a otro. La empresa alemana (Schefenacker) traslada su centro de intereses principales de Alemania a Inglaterra con el fin de evitar su insolvencia y comenzar un proceso de reestructuración contemplado en el Derecho inglés, mucho más flexible y menos costoso que los recogidos en la legislación alemana. Dos aspectos a tener en cuenta son la inmigración y los acreedores, también se plantea la supervivencia de la sociedad.

Summary: Schefenacker's case combines issues such as insolvency and the transference of key society interests from one society to another. Its main interests shift from Germany to England in order to avoid insolvency, starting a restructuring process following the english law, rather than the german, because of its flexibility and cheaper costs. Two aspects to consider are immigration and creditors all considered under the horizon of the survival of society.

Palabras clave: libertad establecimiento, reconocimiento, migración, insolvencia.

Keywords: freedom of establishment, recognition, migration, insolvency.

Introducción: nociones básicas sobre migración y forum shopping

En el caso Schefenacker se van a combinar cuestiones como son la insolvencia y el traslado del centro de intereses principales de una sociedad de un Estado a otro. Pero ahora, la perspectiva que se adopta es otra, pues lo que vamos a ver es cómo una sociedad sobrevive a una situación de crisis financiera valiéndose de los instrumentos que a continuación analizaremos.

Se trata de un supuesto en el que una empresa alemana (Schefenacker) traslada su centro de intereses principales (a lo largo de la presentación utilizaremos indistintamente este término y el de COMI) de Alemania a Inglaterra con el fin de evitar su insolvencia y comenzar un proceso de reestructuración contemplado en el Derecho inglés, mucho más flexible y menos costoso que los recogidos en la legislación alemana.

Antes de abordar la cuestión principal que ocupa nuestra ponencia, creemos conveniente hacer una breve mención a una serie de ideas relacionadas con la misma, a saber, las nociones de migración del COMI y de forum shopping. En relación con el primero de los conceptos,

decir que con él se quiere significar el traslado del centro de intereses principales de una sociedad de un Estado a otro. Cuando, además, con ello se persigue la búsqueda de una posición jurídica más favorable a los intereses de la sociedad, que permita su sujeción a una legislación más beneficiosa, hablamos de forum shopping. Y ello porque el Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia establece en su art. 3(1) que la competencia para abrir el procedimiento principal de insolvencia se atribuirá a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. De esta forma, el lugar donde una empresa tenga situado su domicilio social adquiere una especial relevancia en los procedimientos de insolvencia.

En los últimos años, se ha observado una práctica creciente tendente al desplazamiento del COMI de un Estado a otro con el propósito de que sea la legislación de ese otro Estado la que resulte aplicable al concurso abierto por los Tribunales de ese mismo Estado. Varias compañías han actuado de este modo, pretendiendo quedar sujetas a un régimen sobre insolvencia mucho más transigente con su situación. Este es el caso de tres empresas alemanas (Schefenacker, Deutsche Nickel y Hans Brochier) que, encontrándose en una situación financiera delicada, trataron de migrar su COMI al Reino Unido, con el fin de acogerse a la legislación inglesa sobre insolvencia, mucho más flexible. Nosotros nos centraremos en la primera de ellas, esto es, Schefenacker.

El “caso”: Schefenacker

Y ahora sí, pasamos a examinar el **caso schefenacker** (supervivencia de una compañía alemana tras una migración al Reino Unido)

a. Hechos

Schefenacker nace como una empresa familiar en 1935 en Schwaikheim (suroeste de Alemania) de la mano del Dr. Alfred Schefenacker. Sin embargo, pronto creció y pasó de ser una compañía alemana (registrada en Alemania bajo el modelo de sede real) a convertirse en la empresa matriz de un grupo global dedicado a la fabricación de componentes automovilísticos (espejos retrovisores), suministrando el 28% de la producción global, localizándose el negocio de los espejos retrovisores preferentemente en los mercados de Reino Unido, EEUU, Corea, Hungría, Australia y Alemania. Entre sus principales clientes figuran cinco de los más importantes fabricantes de automóviles, destacando Mercedes y Chrysler. Antes de la reestructuración, Schefenacker AG contaba con 7900 empleados en su plantilla y operaba en 33 países. Será en 2007 cuando, tras el proceso de reestructuración del que hablaremos a continuación, la empresa se registre en Portsmouth (Reino Unido), convirtiéndose en una PLC (Public Limited Company) inglesa y acogiéndose a un procedimiento de saneamiento contemplado en la Ley de Insolvencia de este país (Insolvency Act 1986), denominado CVA (Company Voluntary Arrangement).

b. Situación Económica

Los problemas financieros de la empresa comenzaron en el año 2002, preocupando especialmente a la sociedad desde agosto de 2006. Fue entonces cuando la compañía comenzó a barajar la opción de una posible migración al Reino Unido para beneficiarse de los procedimientos ingleses sobre insolvencia y acogerse a un procedimiento de capitalización de la deuda (canje de deuda por acciones- debt-for-equity swap) como alternativa a la liquidación de la sociedad. La sociedad en esa fecha presentaba las siguientes deudas financieras:

- Línea de crédito con garantía preferente por valor de 50 millones de euros.
- Préstamo con derecho a retención por valor de 155 millones de euros.
- Emisión de bonos sin garantía por valor de 200 millones de euros.

Total de la deuda: 405 millones de euros.

Ante esta situación, la firma busca asesoramiento en una serie de empresas consultoras que le aconsejan iniciar un serio programa de reestructuración que implica la conclusión de un Acuerdo Voluntario de Empresa (en inglés, CVA), esto es, un procedimiento de saneamiento inglés alternativo a la liquidación, para lo cual sería necesario desplazar el centro de intereses principales de Alemania a Inglaterra, de modo que la sociedad quede sujeta a la legislación inglesa.

c. El proceso: migración, CVA y debt-for-equity swap

- La Ley Concursal Inglesa
- Reglamento Europeo sobre insolvencia

El proceso de reestructuración por el que ha de pasar Schefenacker exige el traslado de su COMI a Inglaterra. El Reglamento Europeo, según su art. 3(1), presume que dicho centro de intereses principales se encuentra localizado allí donde la empresa tenga su domicilio social. Sin embargo, el desplazamiento del establecimiento principal de una compañía de un Estado a otro no es suficiente para que se produzca la migración del COMI; será necesario, además, que la sociedad muestre evidencias suficientes para desvirtuar la presunción recogida en el Reglamento.

Las fases que sigue la empresa para llevar a cabo la migración son las siguientes:

- Como paso previo, Schefenacker AG (similar a una S.A. española) hubo de transformarse en una sociedad de responsabilidad limitada: Schefenacker GMBH & co. KG en virtud de la que denominaremos “Ley de Transformaciones” alemana (Umwandlungsgesetz), contando como socio con la filial Schefenacker Plc, con sede en Inglaterra.
- El resto de socios se retirarían del grupo o bien cederían sus activos a la sociedad Schefenacker Plc. De este modo, el resultado final sería el siguiente:

- Desaparición de la sociedad Schefenacker GMBH & Co. KG.
- Cesión de los bienes y deudas de Schefenacker GmbH & CO. KG a Schefenacker Plc.

El proceso fue llevado a cabo y, en consecuencia, Schefenacker Plc adquirió todo el activo y el pasivo de la primitiva Schefenacker AG, que acabó por convertirse en una sociedad de responsabilidad limitada inglesa. El procedimiento fue realizado bajo las directrices contenidas en el Código Civil alemán relativas a la sucesión universal de sociedades [parágrafo 738 (1)].

Una vez culminada con éxito la migración del centro de intereses principales, el siguiente movimiento consistía en llevar a cabo la reestructuración pertinente conforme al derecho inglés, cuyas reglas sobre insolvencia se encuentran recogidas en la Ley Concursal del Reino Unido (UK Insolvency Act 1986, IA86). El plan de reestructuración afectaría a los siguientes elementos:

- Reestructuración de los balances
- Reestructuración corporativa
- Reestructuración operativa
- Refinanciación

Las tres últimas fueron apoyadas por los principales acreedores, los clientes y los accionistas con la condición de que el nuevo balance reflejara la reducción de la deuda que se habría de llevar a cabo y que ese nuevo nivel de deuda fuera sostenible a largo plazo.

El método escogido para instrumentar la reestructuración del balance fue el CVA (Company Voluntary Arrangement), regulado tanto en la IA86 como en el Reglamento Europeo sobre procedimientos de insolvencia. Se trata de un mecanismo aplicable a empresas cuyo COMI se encuentre situado en Inglaterra que permite el saneamiento de aquellas compañías viables que atraviesen dificultades financieras. El CVA es un acuerdo legal que evita la liquidación de la empresa y que implica la aceptación de las propuestas presentadas por los directivos de la empresa por, al menos, el 75% de los acreedores. Con él se pretende llegar a un pacto acerca de la gestión de los pasivos de la empresa y sobre la forma de reembolso de la deuda. Una vez aprobado, el convenio es vinculante para todos los acreedores que fueron informados de las propuestas, con independencia del sentido en el que votaron.

Las ventajas que ofrece este sistema son múltiples, entre ellas:

- Sirve a los intereses de los acreedores.
- Permite la continuación de la actividad de la empresa, así como el mantenimiento de la fuerza de trabajo.
- Permite a los directivos de la compañía conservar el control de su empresa.

Un acuerdo voluntario (CVA) atraviesa las siguientes fases:

1. Pasos para llegar a la propuesta de acuerdo voluntario:
 - a. El CVA podrá ser propuesto por los directores de la compañía, administradores o liquidadores.
 - b. El procedimiento debe ser supervisado por un profesional con licencia para conocer de asuntos de insolvencia.
 - c. Debe realizarse un estudio de la empresa y del mercado.
 - d. Los directores de la sociedad y los acreedores son quienes deberán debatir las diferentes propuestas.
 - e. Preparación de un informe sobre la propuesta.
2. Después de presentar la propuesta de CVA:
 - a. Se revisa la misma y se envía a los acreedores.
 - b. Se reúnen los acreedores con los directivos de la empresa y se vota la propuesta (es necesario un 75% de votos favorables).
 - c. Se celebra una junta de accionistas en la que se precisa un 50% de votos favorables a la propuesta de convenio. Si lo han aprobado los acreedores, no es necesario.
 - d. Una vez que la propuesta ha sido aprobada y se convierte en CVA, todos los acreedores quedan legalmente obligados por él.

El CVA, como ya se ha señalado con anterioridad, aparece recogido en la UK Insolvency Act 1986, cuerpo legal que proporciona la plataforma jurídica para todas las cuestiones relativas a la insolvencia de las personas físicas y jurídicas en el Reino Unido. Sin embargo, el CVA no sólo se contempla en esta normativa, sino también en el Reglamento Europeo sobre insolvencia, circunstancia ésta que representa una de las razones por las que este mecanismo es preferido a otro también contemplado por la legislación inglesa, a saber, el Scheme of Arrangement S425. Y ello porque su previsión en el Reglamento hace que si el CVA es aprobado finalmente por los acreedores, podrá ser reconocido como procedimiento principal en la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca.

Pero aunque esa es la razón principal por la que el CVA es preferido al Scheme of Arrangement, también existe otra de índole procesal, y es que este último medio presupone un plan de reconstrucción acordado entre una empresa y sus acreedores y accionistas que debe ser ratificado por un Tribunal, convirtiéndose en un procedimiento mucho más rígido y largo.

Pero volvamos a nuestro caso...

Una vez aprobado el CVA, se concluye que la reestructuración habrá de adoptar la forma de una capitalización de deuda (debt-for-equity swap), de tal forma que pueda eliminarse una buena parte de la deuda a través de este sistema. La capitalización de deuda es la transformación de la deuda de una compañía en capital social, de tal manera que los derechos de crédito del acreedor se cancelan y, en contraprestación, los accionistas de la deudora dan entrada al acreedor en el capital de una empresa (los acreedores cambian su deuda por participaciones en la empresa). Se trata de una operación óptima en el marco de refinanciaci3nes destinadas a evitar la quiebra de compañías con dificultades financieras.

Aspectos claves

En todo este proceso en el que se vio envuelta la sociedad Schefenacker para conseguir salvar su situación y recuperar cierto equilibrio financiero resultan claves dos aspectos: la migración llevada a cabo y los acreedores.

1. Migración

Schefenacker AG tuvo que cambiar su localización trasladando su centro de intereses principales a través de un proceso legal alemán muy poco utilizado de Alemania a Inglaterra. Mediante este proceso Schefenacker AG se transformó en Schefenacker PLC.

Fueron varias las razones por las que se produjo esta migración:

- Era necesario que el mecanismo para subsanar la crisis financiera que sufría la empresa fuera una capitalización de deuda (debt-for-equity swap), mecanismo este que bajo la legislación alemana exige unos requisitos mucho más estrictos que los contemplados por el derecho inglés.
- El CVA permite liberar las garantías dadas por las compañías del grupo sin necesidad de acudir a un procedimiento de insolvencia contra los garantes.
- El CVA permite que el proceso de reestructuración afecte sólo a una empresa del grupo, no influyendo al resto de las compañías. Esto reduce la complejidad y los costes.
- Rapidez: los plazos relativos al CVA son mucho más breves que los previstos para otros mecanismos.

Como ya hemos dicho, no todo traslado de sede social implica una migración del centro de intereses principales. Es necesario que dicho desplazamiento sea efectivo y reconocible por terceros. El asunto que tratamos presenta una serie de características propias que lo hacen idóneo para que se produzca esta situación:

- A pesar de que la compañía tiene su origen en Alemania, en el momento de la migración operaba como un grupo global desarrollando negocios en 12 países de Europa, EEUU, México y Asia.
- Se trata de una compañía privada.
- No tenía trabajadores en Alemania.
- Una vez efectuada la reestructuración, la sociedad cuenta con oficinas y empleados en Inglaterra, sin ninguna conexión con Alemania.
- La migración fue aprobada por prestamistas garantizados.

2. Acreedores

En relación con los acreedores, estos juegan un papel fundamental en el asunto que tratamos pues su predisposición a llevar a buen puerto la reestructuración de la empresa fue una de las variables que influyó de manera decisiva para que ésta finalmente se llevara a cabo de forma satisfactoria. Como ya ha quedado explicado en epígrafes precedentes, el plan de reestructuración se instrumentó a través de un acuerdo voluntario de empresa (CVA), acuerdo que debe ser aprobado por, al menos, un 75% de los acreedores. En el caso que nos ocupa esta mayoría no sólo se alcanzó, sino que se superó, por lo que el CVA se hizo efectivo tras su aprobación, evitándose así que los acreedores ejecutaran sus deudas o cuestionaran la validez del acuerdo.

Conclusiones

No es ésta la primera refinanciación llevada a cabo por la compañía Schefenacker para lidiar con una situación de crisis financiera. Sin embargo, nunca antes se había procedido a una reestructuración del balance, mecanismo este que fue elegido cuando la situación económica de la empresa se encontraba ya en una situación de deterioro considerable y el coste de los intereses había alcanzado límites prohibitivos.

La reestructuración de la empresa requería una medida de urgencia drástica: el traslado del centro de intereses principales de Alemania al Reino Unido para poder acogerse a un procedimiento no contemplado en el Estado de origen. ¿Podemos considerar a Schefenacker como un precedente en este tipo de prácticas? La respuesta es “quizá” y ello porque no en todos los casos se puede llevar a cabo una migración con estas consecuencias. La sociedad Schefenacker presentaba una serie de notas propias que la diferencian de otras empresas con similares pretensiones y que la hacían apropiada para una migración. Entre estas características, destacan:

- La empresa que efectuó la migración era la sociedad matriz de un holding, pero no desarrollaba ningún negocio de explotación, sino que sólo existía como tenedora de acciones de las demás compañías a las que controlaba.
- Ya existía una empresa intermedia localizada en Inglaterra que separaba las compañías dedicadas a la explotación del negocio de fabricación de componentes automovilísticos de la sociedad matriz del holding.
- Las empresas fabricantes se encontraban diseminadas por todo el mundo. Es posible que Schefenacker naciera como una empresa alemana, pero en el momento en el que incurrió en dificultades ya estaba consolidada como una sociedad que operaba a nivel mundial.
- No se dieron en el caso cuestiones relativas a impuestos que hubieran podido dificultar el acuerdo.
- La mayoría de las partes negociadoras estaban localizadas en el Reino Unido.

El éxito de la reestructuración de Schefenacker depende de dos factores: en primer lugar, su estructura de holding; en segundo lugar, el acuerdo al que se llegó. A pesar de la complejidad del proceso por el que se consiguió cerrar ese acuerdo, proceso que exigía el traslado del COMI, el CVA era el medio más rápido para alcanzar el resultado deseado. Que otras empresas puedan seguir los pasos de Schefenacker dependerá únicamente de las circunstancias que rodeen al caso concreto y que confieran a la hipotética sociedad unas cualidades óptimas para iniciar un procedimiento similar...

- **¿Qué hace Alemania?**

Esperamos que no haya pasado desapercibido el detalle de que el caso Schefenacker no es el único supuesto de sociedad alemana que migra al Reino Unido con el fin de acogerse a una legislación más flexible. Entre otras cosas, en Alemania se exige la unanimidad de los acreedores para poder alcanzar un acuerdo conducente a la capitalización de la deuda, mientras que en el Reino Unido esa unanimidad se transforma en un porcentaje del 75%, a lo que añadimos el hecho de que, además, en el primero de los países son los tribunales los que deben designar al administrador en caso de insolvencia de una compañía, mientras que en Inglaterra son los propios directivos los que pueden elegir a este sujeto. Así las cosas, no faltan las voces críticas que cuestionan el derecho concursal alemán, tildándolo de rígido y poco variado en cuanto a oferta de opciones para los deudores, acusándolo de ser el mismo el que provoca la fuga de las empresas nacionales hacia jurisdicciones más flexibles.

Todas estas consideraciones han hecho que Alemania se cuestione su legislación concursal (Insolvenzordnung), en el sentido de, bien endurecerla con el objeto de impedir este tipo de comportamientos, o bien flexibilizarla para evitar la fuga de sus empresas. La Ley "MoMIG" (Ley para la modernización del derecho de las sociedades de responsabilidad limitada y la lucha contra los abusos", Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen), promulgada en noviembre de 2008, adopta una posición intermedia, pues facilita el desplazamiento del centro de intereses principales de una empresa alemana a otro Estado de la UE, a la vez que permite que la misma mantenga su sede en Alemania, de modo que no tenga que registrarse en el país de destino como compañía de este último. Esta nueva Ley ofrece algunas reglas de gran valor en cuanto al tema que se trata, pero no representa una respuesta definitiva a los problemas de Alemania relativos a la insolvencia y ello porque en opinión de los expertos, sería necesario modernizar el régimen que permitiera una reestructuración de la sociedad conforme al derecho nacional para hacerlo menos estricto. Las empresas alemanas que atraviesan dificultades económicas seguirán migrando en tanto en cuanto no se acometa la reforma pertinente en esta materia a fin de evitar el colapso de las mismas, colapso que no llegaría a producirse en el marco de un régimen jurídico adecuado. Por eso, sería mucho más conveniente, a juicio de los entendidos en la materia, que la Ley de insolvencia alemana se abriera a las posibilidades de reestructuración en lugar de centrarse tanto en la protección de los derechos e intereses de los acreedores.

- **El forum shopping**

En cualquier caso, y como hemos observado a lo largo de todo este trabajo, es una práctica relativamente usual el recurso al forum shopping con el fin de acogerse a la legislación más favorable. Este tipo de comportamientos ha suscitado reacciones de signo contrario: así, por un lado, el Reglamento deja ver en su considerando 4º su rechazo al mismo por considerar que ejerce una influencia negativa sobre el funcionamiento del mercado interno, mientras que, por otro lado, una corriente doctrinal cuestiona esta actitud hostil argumentando que el forum shopping tiene efectos beneficiosos no sólo para la compañía, sino también para sus acreedores.

Este sector de la doctrina considera que hablar de la bondad o maldad del forum shopping exige enfocar el problema desde la perspectiva de la eficiencia de un procedimiento concursal. En este sentido, un proceso sobre insolvencia será eficiente en la medida en que sea rápido y ágil a la hora de asignar un buen destino a los efectos disponibles, así como para conseguir que vuelvan a ser rentables aquellos activos que dejaron de serlo. Si el ordenamiento nacional obstaculiza esta eficiencia, ¿qué problema hay en que la compañía emprenda todas las acciones pertinentes (legales, por supuesto) para lograr acogerse a un sistema jurídico extranjero que le permita poner fin a sus dificultades económicas de manera más asequible y sencilla?

En síntesis, los argumentos a favor y en contra del forum shopping son los siguientes:

- Desventajas:
 - Inseguridad jurídica de los acreedores, que no sabrán hasta el último momento qué ordenamiento jurídico relativo a la insolvencia se les va a aplicar.
 - Los problemas que genere la determinación del derecho aplicable producirán un incremento de los costes.
- Ventajas:
 - Las compañías podrán elegir el sistema jurídico que resulte más favorable a sus intereses, lo que incluye la elección del juez más previsible, rápido y competente.

La ley española

Nos parece interesante mencionar, aunque sólo sea de manera breve y superficial, la manera en la que en el sistema jurídico español se regula esta cuestión, interés que creemos que descansa en la reciente promulgación (apenas un año) de la Ley de Modificaciones Estructurales (Ley 3/2009, de 3 de abril). Si bien nuestro supuesto de hecho no coincide de manera exacta con el que se contiene en la norma, habida cuenta de que en la ley española se regula el traslado de una sociedad de España a otro Estado manteniendo su personalidad jurídica en el país de origen, situación que no se da en Schefenacker, creemos relevante hacer alusión a la disposición española por dos razones: la primera, por la novedad de la misma; la segunda, por la ausencia de reglamentación de la materia hasta entonces.

Bibliografía

Stiglitz, J.: “Cómo hacer que funcione la globalización“. Taurus. Madrid.2006.

Tugores, J.:“Economía internacional, globalización e integración regional“. Mc Graw. Madrid.2002.

Herdeggen, M.: “Derecho económico internacional“. Civitas. Madrid.2005.

Garcimantín Alférez, Francisco J.: “La sentencia“centros” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de los Comentarios”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales.2000.

Embid Irujo, José Miguel: “Aproximación al Derecho de Sociedades de la Unión Europea: De las Directivas al Plan de Acción“. Noticias de la Union Europea Nº. 252.2006.

Forner Delayqua, Joaquín: “Materiales de Derecho Comercial Internacional“. Tirant Lo Blanch. Valencia.2006.

Bescos Torres, Modesto: “La Contratación Internacional“. Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX). Madrid..2005.

Jerez Riesco, José Luis: “Comercio Internacional“. ESIC. México D.F.2007.

Medrán Vioque, Rafael: “Manual Práctico de Contratación Internacional“. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona.2007.

Benadava, Santiago: “Derecho Internacional Público“. Lexis Nexis. Santiago.2004.

Fecha de recepción del original: junio, 2009

Fecha de aceptación: octubre, 2009