

LAS INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS EN LA UNIÓN EUROPEA: PERSPECTIVAS JURISPRUDENCIALES Y RETOS

CROSS-BORDER INSOLVENCIES IN THE EUROPEAN UNION: RECENT CASE LAW AND NEW CHALLENGES

ELISA TORRALBA MENDIOLA*

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID: 0000-0001-5813-7163

Recibido: 16.06.2019 / Aceptado: 05.07.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4963>

Resumen: El Reglamento 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia regula los problemas de Derecho internacional privado que suscitan las situaciones concursales en el ámbito de la Unión Europea. En este trabajo se analiza la más reciente jurisprudencia del TJUE en materia concursal y los retos que se plantean a día de hoy en el tratamiento de la materia, que ponen de relieve la necesidad de adaptar la aplicación de los textos legales a situaciones políticas –y jurídicas– cambiantes.

Palabras clave: insolvencia, cooperación, competencia.

Abstract: Regulation 2015/848 on Insolvency Proceedings rules the private international law matters regarding insolvencies within the European Union. This paper analyses the most recent case law of the EU CJ and the challenges actually existing in this area, that evidence the need to adapt the application of the rules to the changing legal and political context.

Keywords: insolvency, cooperation, jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. II. Perspectivas jurisprudenciales. 1.- Sobre la competencia del juez del concurso. A. El alcance de la competencia: el concepto de “materia concursal”. 2. El carácter exclusivo de la competencia del juez del concurso. 3. La jurisprudencia del TJUE y la *vis attractiva concursus*. 2. Cuestiones de ley aplicable. III. Retos. 1.- La cooperación entre procedimientos. A. La cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor. Referencia a los procedimientos “sintéticos”. B. La insolvencia de los grupos de sociedades. C. Los protocolos concursales. 2. Los institutos preconcursales. 3. La eficacia de los *schemes of arrangement* ingleses sobre sociedades cuyo COMI se sitúa fuera del Reino Unido tras el Brexit. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. Los últimos años han marcado una considerable evolución en la regulación de las insolvencias y han puesto a prueba la normativa sustantiva y procesal de los distintos ordenamientos, lo que ha tenido necesarias consecuencias en la regulación de los aspectos internacionales de la materia. El legislador europeo quiso atender a esas nuevas necesidades y, además, superar algunos de los aspectos

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación titulado “Transnational Protocols. A Cooperative Tool For Managing Cross-Border Insolvency- ToP”, cofinanciado por la Unión Europea. JUST-AG-2017/JUST-JCOO-AG 2017.

menos eficientes de la regulación anterior con la aprobación del Reglamento 848/2014, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)¹, en adelante RPI bis, que vino a sustituir al Reglamento 1346/2000², sobre la misma materia.

2. Como es bien sabido, el RPI bis, como su predecesor, no pretende unificar la regulación de los procedimientos concursales en los Estados Miembros, sino únicamente sus reglas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento de resoluciones, así como establecer un mecanismo de cooperación entre procedimientos de insolvencia abiertos en distintos Estados miembros sobre un mismo concursado (que necesariamente debe tener su centro de intereses principales –COMI– en la Unión Europea) y regular los aspectos internacionales de la insolvencia de los grupos de sociedades.

3. Este trabajo no analiza el conjunto del sistema del Reglamento, ni hace un análisis exhaustivo de cada una de las modificaciones introducidas por el nuevo texto³, sino que aborda algunos de los aspectos esenciales de la regulación que, o bien necesitan de un mayor desarrollo, o bien han sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia del TJUE y de la doctrina *iusprivatista* en fechas recientes y que, desde esa perspectiva, definen la actualidad del Derecho internacional privado en este sector y trascienden al propio RPI bis. Partiendo de esta premisa el trabajo se estructura en torno a dos ejes: el primero aborda las perspectivas marcadas por la jurisprudencia del TJUE en relación con algunos temas esenciales sobre los que éste ha tenido que pronunciarse y que se centran en el alcance de la competencia del juez del concurso y algunas cuestiones de Derecho aplicable. El segundo se refiere a algunos de los retos a los que se enfrentan las insolvencias internacionales y que suscitan el interés de los operadores jurídicos, entre los que se destacan la cooperación entre procedimientos que afectan a un mismo deudor o a un grupo de sociedades; la necesaria adaptación de algunas de las reglas en vigor a las peculiaridades de los institutos concursales y la cuestión de la discutida eficacia de los *schemes of arrangement*, ahora en un escenario post Brexit.

II. Perspectivas jurisprudenciales

4. Si se atiende a la más reciente jurisprudencia del TJUE (se toman las resoluciones dictadas con posterioridad a la fecha de aplicación del RPI bis, aunque se refieran al texto anterior, es decir, al RPI⁴), las cuestiones que centran la atención del TJUE se sitúan en dos ámbitos: el alcance y carácter de la competencia del juez del concurso y el Derecho aplicable. Si bien la primera es una materia que se viene planteando desde antes incluso de la adopción del RPI, dada la necesidad de interpretar la exclusión de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos” del ámbito de aplicación de los textos de Bruselas –Convenio⁵ primero y Reglamentos⁶ después– las cuestiones de Derecho aplicable no se han abordado, como es lógico, hasta que hemos tenido un texto europeo que ha regulado la materia.

¹ DOUE de 5 de junio de 2015. n° L 141. pp. 19-72. Este texto es de aplicación, con carácter general, a los procedimientos de insolvencia abiertos a partir del 26 de junio de 2017, como resulta de su artículo 84, que aclara, además, que “los actos que el deudor haya celebrado antes de esa fecha continuarán sujetos a la ley que les fuere aplicable en el momento de su celebración” y que el Reglamento 1346/2000 seguirá aplicándose a los procedimientos de insolvencia que entren dentro de su ámbito de aplicación y se hubieren abierto antes de la fecha citada.

² Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, DOUE de 30 de junio de 2000, n° L 160, pp.1-18; DOUE de 5 de julio de 2002, n° L 176, p. 47; modif. Regl. 517/2013, de 13 de mayo de 2013; DOUE de 10 de junio de 2013, n° L 158, pp. 1-71.

³ Sobre los aspectos en los que la reforma se consideró necesaria y su justificación, ver el Heidelberg-Louxebourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European Insolvency Law*, CH Beck, 1ª ed., Munich, 2014.

⁴ En el bien entendido de que la doctrina del TJUE sobre el RPI es extensible al RPI bis.

⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, DO L 299, de 31 de diciembre de 1972.

⁶ Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. 12, de 16 de enero de 2001) y Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, sobre la misma materia (DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012, modif. por Reglamento 542/2014, DOUE L 163, de 29 de mayo de 2014).

1. Sobre la competencia del juez del concurso

A) El alcance de la competencia: el concepto de “materia concursal”

5. En tres de sus decisiones dictadas en el lapso temporal indicado, el TJUE se ha pronunciado sobre el alcance de la competencia del juez del concurso, siguiendo al hacerlo la línea marcada por su ya abundante jurisprudencia anterior. Se trata de las sentencias en los asuntos C-641/16⁷, C-649/16⁸ y C-337/17.

6. La cuestión es relevante porque si se llega a la conclusión de que un litigio debe ser calificado como concursal, la determinación de la competencia judicial internacional se hace según los criterios establecidos por el RPIbis⁹. A contrario, no se modifica la competencia para conocer de todas aquellas acciones que no reciben esa calificación, que se determina en aplicación de las reglas generales¹⁰. Del mismo modo, si la materia sobre la que versa una resolución es concursal, se reconoce de acuerdo con el sistema previsto en el RPI bis y, en caso contrario, por el contemplado en el Reglamento de Bruselas I bis o demás disposiciones aplicables.

7. La primera ocasión en la que el JUE tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión fue en el asunto 133/78¹¹, en el que estableció que la noción “materia concursal” incluye las acciones “*que sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o suspensión de pagos*” y que es necesario un análisis de las características de la acción concreta que se quiere ejercitar para determinar caso por caso si concurren los elementos necesarios para atribuir esa calificación. El requisito es, pues, doble: a) desde el punto de vista material la acción debe tener su fundamento en el Derecho concursal, no en el Derecho común y b) desde el punto de vista procesal debe ser una acción que se conecte de modo directo con el procedimiento de insolvencia.

8. A partir de este análisis, forzosamente casuístico, el TJUE ha calificado como concursal la acción revocatoria concursal, tal como la configura el Derecho alemán¹² y la acción destinada a anular una transmisión de participaciones sociales realizada en el marco de un procedimiento de insolvencia, y que se plantea como previa a una acción reivindicatoria, porque el administrador concursal transmitente no estaba facultado para realizar actos de disposición sobre activos situados en ese Estado miembro¹³. No ha considerado concursal, sin embargo: (i) la acción del vendedor contra el comprador, en concurso, sobre la base de una cláusula de reserva de dominio sobre un bien situado en el Estado miembro de apertura del concurso¹⁴; (ii) la acción revocatoria concursal, prevista por el Derecho alemán, cuando quien la ejerce es un tercero, acreedor único de la concursada, a quien el síndico había cedido todos los derechos de crédito de ésta¹⁵; (iii) la acción que tiene por objeto el cobro de una deuda derivada de la prestación de servicios de transporte formulada por el síndico de una empresa en liquidación, designado en el marco de un procedimiento de insolvencia¹⁶ y (iv) la acción de Derecho sueco que permite al acreedor de una sociedad anónima exigir la responsabilidad por las deudas de la sociedad a los miembros de su consejo de administración y a los accionistas debido a que permitieron que la sociedad continuara funcionando a pesar de que estaba infracapitalizada y obligada a solicitar la declaración de liquidación¹⁷. Además, ha considerado que es concursal, si se plantea una vez abierto el procedimiento de insolvencia, la acción

⁷ STJUE 9 de noviembre 2017, Tinkers, ECLI:EU:C:2017/847.

⁸ STJUE 20 de diciembre 2017, Valach, ECLI:EU:C:2017/986.

⁹ El RPI bis no modifica los criterios de atribución de la competencia judicial internacional establecidos por su predecesor.

¹⁰ La cuestión no se plantea respecto de la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia, ni los litigios relativos al procedimiento mismo, que son claramente concursales y de la exclusiva competencia del juez del concurso.

¹¹ Sentencia 22 febrero 1979, Gourdain.

¹² Sentencia 12 febrero 2009, as. C-339/07, Deko Marty, ECLI: EU:C:2009:83.

¹³ Sentencia 2 julio 2009, as. C-111/08, SCT, ECLI:EU:C:2009:419.

¹⁴ STJUE 10 septiembre 2009, as. C-292/08, German Graphics, ECLI:EU:C:2009:544.

¹⁵ STJUE 19 de abril 2012, as. C-213/10, F-TEX, ECLI:EU:C:2012:215., .

¹⁶ STJUE 4 septiembre 2014, as. C-157/13, Nikkel, ECLI:EU:C:2014:2145..

¹⁷ STJUE 18 julio 2013, as. C-147/12, ÖFAB, ECLI:EU:C:2013:490..

prevista en el artículo 64 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana, que obligaba a los administradores de la sociedad frente a ésta a la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la sociedad o se hubiera declarado su situación de endeudamiento¹⁸.

9. En esas decisiones el TJUE ha matizado que lo relevante es “la intensidad del vínculo”¹⁹ y ha justificado la concentración de acciones ante el juez del concurso en razones de economía procesal y en evitar el *forum shopping*²⁰, todas ellas finalidades afirmadas en la Exposición de motivos del RPI²¹. Se apoya, además, en el tenor literal del artículo 25 del RPI (artículo 32 del RPI bis), que cuando se refiere a las resoluciones “dictadas por otro órgano jurisdiccional” no está excluyendo la competencia para este tipo de acciones de los jueces del Estado miembro del concurso, sino únicamente partiendo de la consideración de que, dentro de ese Estado miembro, es el Derecho interno el que determina que órgano judicial, en concreto, debe conocer de la acción por ser territorial y materialmente competente. Junto a lo anterior, el TJUE ha puesto de manifiesto que la voluntad del legislador europeo de dar una interpretación amplia a los conceptos “civil y mercantil” a los efectos de la aplicación del Reglamento 44/2001 y, sin embargo, de hacer una interpretación estricta del ámbito de aplicación del RPI, resulta de la Exposición de motivos de los respectivos textos²².

10. El análisis de los dos requisitos señalados se encuentra presente en las sentencias más recientes, mencionadas al inicio de este epígrafe. En su sentencia en el asunto C-641/16²³, el TJUE afirma la inclusión en el Reglamento de Bruselas I bis, y en consecuencia la no calificación concursal, de una acción de indemnización por competencia desleal mediante la que se reprocha al cesionario de una rama de actividad adquirida en el marco de un procedimiento de insolvencia, haberse presentado de forma engañosa como el distribuidor exclusivo de artículos fabricados por el deudor. Se destaca que no se está impugnando la validez de la cesión efectuada en el procedimiento de insolvencia, sino el hecho de que el cesionario intentara apropiarse de la clientela de la demandante y que ésta actuó exclusivamente en defensa de sus intereses y no para defender los de los acreedores en el procedimiento de insolvencia del cedente, que era una sociedad del grupo. La acción, además, reprocha a las demandadas conductas cuya valoración obedece a reglas distintas a las aplicables en el marco de un procedimiento de insolvencia, de tal modo que las eventuales consecuencias de una acción de este tipo no pueden tener influencia alguna en aquél. En cuanto al requisito procesal, el TJUE entiende que una vez incorporado el derecho adquirido al patrimonio del cesionario, no puede guardar un vínculo directo con la insolvencia del deudor en cualquier circunstancia. Siendo así, incluso si no se puede poner en duda la existencia de un vínculo entre la acción en el litigio principal y el procedimiento de insolvencia, ese nexo no resulta ni suficientemente directo ni suficientemente estrecho para que la acción se pueda calificar de concursal. En esta misma línea, la sentencia en el asunto C-337/17 niega el carácter concursal de una acción pauliana ejercitada antes de la declaración de insolvencia y cuyo objeto era preservar los intereses del acreedor y no los del deudor concursado.²⁴

11. A cambio, en su sentencia en el asunto C-649/16²⁵, el TJUE ha considerado concursal una acción de responsabilidad delictual ejercitada contra los miembros de un comité de acreedores por su

¹⁸ STJUE 4 diciembre 2014, C-295/13, H v. H.K, ECLI:UE:C:2014:2410..

¹⁹ STJUE 2 de julio 2009, as. C-111/08, cit. y de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, cit.

²⁰ STJUE 12 de febrero 2009, as. C-339/07, cit.

²¹ FJ 22 y 23. Las razones de economía procesal son la mejora de la eficacia y la rapidez de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas.

²² STJUE de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, cit.

²³ El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de París en el marco de un litigio en el que el cesionario de la rama de actividad de una sociedad alemana en concurso, cesión que se había producido una vez iniciado éste, por un acuerdo con el administrador, había sido demandado por una sociedad, francesa, del grupo de la concursada, por competencia desleal. La demandante alegaba que el demandado se había dirigido a sus clientes instándoles a que le dirigieran a él sus pedidos. Los demandados –el cesionario y otra sociedad– negaron la competencia del tribunal francés por entender que aquella correspondía al alemán del concurso.

²⁴ STJUE de 4 de octubre de 2018, Feniks, ECLI: EU:C:2018:805.

²⁵ La sentencia del TJUE responde a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Austria en el marco de un litigio entre, por una parte, dos accionistas de VAV invest, sociedad de Derecho eslovaco cuyos activos son objeto

comportamiento durante la votación de un plan de saneamiento en un procedimiento de insolvencia. El TJUE constata que, en el caso, la acción ejercitada pretende determinar si los miembros del comité incumplieron su obligación de actuar en el interés común de la totalidad de los acreedores al rechazar el plan de saneamiento, provocando con ello la apertura del procedimiento de insolvencia. Siendo así, la acción de responsabilidad controvertida es la consecuencia directa e indisociable del ejercicio por el comité de acreedores, un órgano obligatorio que se crea durante la apertura del procedimiento de insolvencia, de la función que le otorgan específicamente las disposiciones de Derecho nacional que lo regulan. Por tanto, las obligaciones que sirven de base al ejercicio de una acción de responsabilidad delictual contra un comité de acreedores tienen su origen en normas específicas de los procedimientos de insolvencia. Además, el análisis de las actuaciones necesario para el conocimiento de la acción exige considerar el alcance de las obligaciones que incumben al comité en el marco del procedimiento y la compatibilidad de su actuación con tales obligaciones. Un análisis de ese tipo presenta un vínculo directo y estrecho con el procedimiento de insolvencia y está, por tanto, en estrecha relación con su desarrollo.

12. Los numerosos casos planteados al TJUE no hacen sino poner de relieve la dificultad –en unos casos mayor que en otros– de la calificación del concepto “materia concursal” y la abundante casuística que puede producirse. Por ello, pese a su consolidado criterio y a que el artículo 6 del RPIbis ha pretendido poner claridad en la cuestión, parece que el TJUE va a tener que seguir respondiendo en el futuro a cuestiones prejudiciales sobre una materia de indudable trascendencia práctica y que entronca, además, con relevantes debates doctrinales acerca del alcance de la *vis attractiva concursus* y sus consecuencias en las insolvencias internacionales, cuestión sobre la que se vuelve más adelante.

B) El carácter exclusivo de la competencia del juez del concurso

13. En su sentencia en el asunto, C-296/17²⁶ el TJUE ha resuelto una cuestión que hasta ahora no había abordado: el carácter de la competencia del juez del concurso, afirmando en el caso que “es exclusiva la competencia de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto un procedimiento de insolvencia para conocer de una acción revocatoria por insolvencia ejercitada contra un demandado cuyo domicilio se encuentra en otro Estado miembro”, lo que resulta coherente con la verificación de oficio de la competencia prevista en el artículo 4 del RPI bis.

14. Entre las opiniones más autorizadas²⁷ se ha venido sosteniendo que la naturaleza de la competencia del juez del concurso difiere en función del tipo de acción que pretenda ejercerse y se distingue entre a) las cuestiones sobre la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento y los litigios relativos al procedimiento mismo; b) las acciones que se deriven directamente del procedimientos de insolvencia y guarden inmediata relación con él, a las que nos hemos referido en el epígrafe anterior, y c) las medidas cautelares que sirvan a dichas acciones.

de un procedimiento de saneamiento abierto en Eslovaquia, y ciertos terceros que habían contratado con ella y, por otra, dos miembros del comité de acreedores de dicha sociedad. VAV invest había presentado un plan de saneamiento que fue rechazado por el comité de acreedores sin dar una justificación comprensible, lo que llevó al fracaso del procedimiento de saneamiento y a la liquidación de los activos de la sociedad en el marco del procedimiento de quiebra abierto a continuación de acuerdo con el Derecho eslovaco. Los demandantes sostenían haber sufrido un perjuicio como consecuencia del rechazo del plan de saneamiento (materializado, en el caso de los socios de la concursada, en la considerable pérdida de valor de sus participaciones sociales y en el de los terceros, en el riesgo de fracaso de ciertos proyectos contratados con la concursada). En ese contexto, los tribunales austriacos se declararon incompetentes en primera y segunda instancia, por entender que la competencia correspondía a los tribunales eslovacos y el Tribunal Supremo de Austria planteó la cuestión en vía prejudicial al TJUE

²⁶ STJUE 14 de noviembre 2018, Wiemer, ECLI:EU:C:2018:902. La sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Bulgaria en el marco de un litigio entre una sociedad alemana en concurso (Wiemer) y el señor Tadzher, domiciliado en Bulgaria, en relación con la restitución por este de un importe de dinero que se le había transferido desde una cuenta bancaria de Wiemer sin el consentimiento del síndico provisional.

²⁷ Se sigue en esta exposición inicial a M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 69-71.

15. Las competencias sobre las acciones del primer supuesto (a) siempre es exclusiva de los tribunales del concurso y la del c) alternativa, mientras que la que se ejerce en el supuesto (b) es relativamente exclusiva, de manera que otros tribunales pueden conocer también de ellas. Tal como la articulan estos autores “el carácter exclusivo debe entenderse como un privilegio del síndico (o de la persona que cumpla funciones equivalentes) y, por ello, renunciabile, de tal modo que si le interesa pueda acudir directamente a los tribunales competentes con carácter general; si no es así, la competencia pertenece a los tribunales del Estado de apertura”²⁸. Entienden estos autores que esta interpretación viene refrendada por el tenor literal del artículo 25 del RPI (32 del RPIbis), que cuando se refiere a las “resoluciones dictadas por otro órgano jurisdiccional” está admitiendo la posibilidad de que éstas emanen de tribunales que no sean los del concurso.

16. La justificación de esta postura respecto de las acciones contempladas en el apartado b es doble: por un lado, porque en el sistema del RPI se contempla la posibilidad de abrir procedimientos territoriales y de que el administrador del procedimiento territorial pueda reclamar en otros Estados por vía judicial o extrajudicial²⁹, lo que presupone la competencia de los tribunales de esos otros Estados. En segundo lugar, afirmar la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de apertura sin excepciones plantea inconvenientes: respecto de personas o bienes localizados fuera de la Unión Europea las sentencias que pueda dictar el juez de un Estado miembro afirmando su competencia corren el riesgo de no ser reconocidas en terceros Estados y, a la inversa, las que se dicten fuera no serán reconocidas en la Unión Europea porque no se han respetado las competencias exclusivas de sus tribunales. En situaciones intra-Unión Europea una consideración rígida de la exclusividad de la competencia de los tribunales de apertura priva al administrador de posibilidades de defensa que tendría con una concepción más flexible. De este modo, el administrador no podría reconvenir invocando la nulidad concursal de un acto frente a una acción declarativa entablada por el acreedor sobre la base del Derecho común. Además, afirmar la competencia exclusiva generaría más costes de administración de la insolvencia transfronteriza (costes de prueba del Derecho extranjero si la ley aplicable al fondo es la de otro Estado o de reconocimiento en el Estado extranjero de la decisión adoptada por el juez del Estado de apertura del concurso)³⁰.

17. Frente a los razonamientos anteriores, el TJUE utiliza el artículo 18 del RPI en apoyo de su postura favorable a la exclusividad de la competencia del juez del concurso, en una lectura contraria a la que se acaba de exponer, llegando a la conclusión de que si bien el administrador del concurso universal no puede plantear la acción revocatoria ante los tribunales de otro Estado miembro (del domicilio del demandado, por ejemplo), sí puede hacerlo sin embargo, el del concurso territorial, si se abriera éste.

18. El diferente tratamiento de la cuestión en uno y otro caso se justifica en el hecho de que en el contexto de los procedimientos territoriales las facultades del administrador están limitadas territorialmente, puesto que los efectos de dicho procedimiento se circunscriben a los bienes del deudor situados en territorio del Estado miembro en el momento de la apertura del procedimiento. En esos casos, por tanto, el administrador debe tener la posibilidad de interponer una acción revocatoria vinculada a ese procedimiento ante los tribunales de un Estado miembro distinto cuando tras la apertura del concurso se hayan trasladado bienes objeto de éste a dicho Estado miembro. Sin embargo, el administrador del concurso universal no necesita de esa posibilidad porque la acción se puede plantear ante el tribunal del procedimiento en el que ha sido nombrado. De este modo, mientras que la competencia del juez del concurso universal es exclusiva, la del territorial puede no serlo. Esta conclusión parte de una argumentación a contrario cuyas consecuencias, por lo que se ha expuesto previamente, no parecen adecuadas.

²⁸ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, cit., p. 69.

²⁹ Artículo 18, 2 del RPI y 21. 2 del RPIbis (“El administrador concursal nombrado por un órgano jurisdiccional competente en virtud del artículo 3, apartado 2, podrá hacer valer por vía judicial o extrajudicial en cualquier otro Estado miembro que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del Estado de apertura del procedimiento al territorio de ese otro Estado miembro tras la apertura del procedimiento de insolvencia. El administrador concursal podrá también ejercer cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores”).

³⁰ M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, cit., pp. 69-71

19. Todo lo anterior debe, además, ponerse en relación con lo previsto en el artículo 6 del RPI bis, que, si bien puede confirmar la decisión del TJUE, obliga a matizarla para dar cumplimiento a su apartado segundo. Según éste cuando las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una estrecha vinculación con este, como las acciones revocatorias, sean acciones conexas con otra en materia civil o mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá promover ambas acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado dicho demandado. De este modo, al menos en los casos previstos en este artículo, deberá ceder la exclusividad de la competencia. Por otra parte, parece que la exclusividad se predica de la competencia de los jueces del concurso –universal o territorial– respecto de los que no lo son, pero no de los que tienen atribuida la competencia concursal entre ellos, que al menos respecto de ciertas materias, tienen una competencia concurrente, tal como resulta de la sentencia en el asunto C-649/13³¹.

C) La jurisprudencia del TJUE y la *vis attractiva concursus*

20. La jurisprudencia que se ha venido exponiendo debe ponerse en relación con el juego de la *vis attractiva concursus* en el ámbito del RPI bis, que se ve reforzada sobre todo con la sentencia a la que se refiere el epígrafe anterior. Si bien el RPI bis no admite el principio *vis attractiva concursus* en el sentido amplio en el que sí lo contempla el artículo 8 nuestra LC para situaciones puramente internas, sí lo hace en un sentido limitado, de manera que, como se ha visto, aquellas acciones vinculadas al procedimiento de insolvencia sustantiva y procesalmente son de la competencia de las autoridades, normalmente judiciales, del Estado miembro de apertura del concurso y no de otras que pudieran tener atribuida competencia en virtud de las normas “comunes” de competencia judicial internacional³².

21. Como se ha visto, en el ámbito internacional la calificación de una materia como concursal o no tiene consecuencias relevantes porque puede implicar en ciertos casos privar al demandado de la posibilidad de litigar en el Estado de su domicilio para verse obligado a hacerlo en el extranjero. No obstante, las dudas, incluso de constitucionalidad que esta posibilidad plantea en ciertos ordenamientos³³, se ven disipadas, al menos en el ámbito de la UE, si se tiene en cuenta que la tutela judicial efectiva no tiene porqué resultar afectada por la admisión de la *vis attractiva concursus* si se respeta el principio de legalidad y el de proporcionalidad en atención a un determinado fin legal³⁴, que permiten garantizar la previsibilidad para las partes implicadas de posibles litigios en el extranjero y, en consecuencia, la posibilidad de adaptar sus comportamientos y sus decisiones con trascendencia jurídica a esas perspectivas. Por eso siempre que la regla europea esté clara –para aceptar o rechazar la *vis attractiva*– los obstáculos

³¹ STJUE 11 junio 2015, Nortel, ECL:EU:C:2015:384..

³² Sobre esta cuestión ver M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, espec. pp. 60 y ss; J. ISRAËL, *European Cross-border Insolvency Regulation: A Study of Regulation 1346/2000*, Intersentia 2005, espec. pp. 269 y ss; S. BARIATTI, “Recent Case-Law Concerning Jurisdiction and the Recognition of Judgments under the European Insolvency Regulation”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* págs. 2009, 73/3, espec. pp. 653 y ss.; “Filling in the Gaps of EC Conflicts of Laws Instruments: The Case of Jurisdiction over Actions Related to Insolvency Proceedings”, en G. VENTURINI/S. BARIATTI (editores), *Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, 1ª ed., Milán, 2009, espec. pp. 23 y ss.; L. CARBALLO, “Vis attractiva concursus in the European Union: its development by the European Court of Justice”, *Indret*, 2010 http://www.indret.com/pdf/750_es.pdf.

³³ En algunos casos la *vis attractiva concursus* ha planteado, en la esfera internacional problemas de constitucionalidad ligados a su conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos problemas se han manifestado en el ámbito del reconocimiento de sentencias procedentes de Estados donde rige esa *vis attractiva* en otros que no contemplan tal principio (Ver L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidade de Santiago de Compostela, 2005, espec. pp. 139 y ss). Afirmar la *vis attractiva concursus* supone sustraer de la competencia del juez designado por las normas generales de competencia judicial internacional aquellas acciones que aunque guarden una relación con el procedimiento concursal, pueden plantearse también en ausencia de éste, lo que puede implicar una pérdida de garantías para el demandado y la frustración de las expectativas de los acreedores locales, que confían en la aplicación de concretos criterios de competencia judicial internacional (A. HERCHEN, *Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23.11.1995, eine Analyse zentraler Fragen des Internationalen Insolvenzrechts unter besonderer Berücksichtigung dinglicher Sicherungsrechte*, Ergon, 1ª ed., Würzburg, 2000, Würzburg, 2000, espec. pp. 221-222).

³⁴ L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa...*, op. cit., espec. p. 141.

derivados de la discusión sobre la constitucionalidad del principio en el ámbito internacional desaparecen, o al menos quedan limitados a supuestos concretos³⁵.

22. En ese contexto, la sentencia del TJUE en el asunto C- 295/13, citada, en la que había afirmado que una acción que no exigía para su planteamiento la apertura del concurso podía ser, no obstante, calificada de concursal cuando se ejercía una vez abierto este, contribuyó a ampliar el ámbito de la *vis attractiva*. Si a ello se une que la competencia del juez del concurso para conocer de las acciones que pueden ser calificadas de concursales no es solo relativamente exclusiva, sino exclusiva, sin más calificativos, esa tendencia a la admisión de la institución se ve reforzada.

2. Cuestiones de ley aplicable

23. El artículo 7 del RPIbis mantiene la regla general de Derecho aplicable basada en la *lex fori concursus*, que ya recogía el artículo 4 del RPI e introduce ciertas modificaciones en la regulación de las excepciones a la misma que se venían admitiendo³⁶.

24. El TJUE se ha ocupado en distintas ocasiones de las cuestiones de Derecho aplicable suscitadas por las normas de conflicto incluidas en los Reglamentos en materia de insolvencia³⁷. El artículo de Derecho aplicable, que en más ocasiones ha suscitado la necesidad de una respuesta en vía prejudicial por parte del TJUE ha sido el 13 del RPI (16 del RPI bis). Atendiendo al sistema conflictual de estos Reglamentos, la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores se rige por la ley del Estado de apertura del procedimiento (*lex concursus*)³⁸, pero no se aplicará dicha ley si quien se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores prueba que “a) dicho acto está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento y que b) en ese caso concreto, la ley de dicho Estado miembro no permite por ningún medio que se impugne dicho acto”.

³⁵ Con carácter general, desaparecen respecto de los administradores del concursado, para los que resulta previsible; desaparecen también para los acreedores, a quienes resultará razonable verse obligados a plantear las acciones o, en su caso ser atraídos como demandados, que es donde se plantea verdaderamente la discusión, en el Estado en el que –de acuerdo con el RPI– se ha declarado el concurso cuando el litigio les enfrente al propio concursado. Eso es cierto cuando se trata del Estado del centro de los intereses principales del deudor y lo mismo podría decirse de los tribunales del Estado de un establecimiento del concursado siempre que el litigio guarde relación con esa explotación en concreto. Más dudas plantea la razonabilidad del criterio cuando el litigio no enfrenta al concursado y alguno de sus acreedores, sino cuando se plantea entre el primero y un tercero (caso de la acción pauliana, por ejemplo), respecto de los que no se puede afirmar el cumplimiento de la condición de “previsibilidad”. Respecto de ellos se afirma que en las situaciones concursales además de los intereses privados, de los acreedores y de terceros, cobra relieve el interés público, que se hace prevalecer sobre los intereses presentes en las relaciones jurídicas privadas que pueden ser objeto de litigio (L. CARBALLO, *Acciones de reintegración de la masa...*, op. cit., espec. pp. 136-137; sobre la cuestión, asimismo, E. TORRALBA, “Las acciones de responsabilidad de los administradores: ¿lex societatis o lex concursus?”, *Anuario de Derecho Concursal*, en prensa).

³⁶ Se añadió un párrafo al artículo 8 (“*Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre un contrato que otorgue un derecho de uso o de adquisición de un bien inmueble se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el inmueble*”), en virtud del cual el juez del concurso puede aprobar la terminación o modificación de esos contratos (i) si la ley por la que se rigen exige para tal terminación o modificación la aprobación del juez del concurso y (ii) no se ha abierto ningún procedimiento de insolvencia en el Estado miembro cuya ley se aplica al contrato. Respecto de los contratos de trabajo se mantiene la regla de que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre ellos y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo, pero se añade que “*los órganos jurisdiccionales del estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación*” de tales contratos “*aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro*” y que ese criterio es también aplicable a “*una autoridad que sea competente en virtud del Derecho nacional para aprobar la rescisión o modificación de los contratos contemplados en el presente artículo*” (sobre esta cuestión, E. RODRIGUEZ PINEAU, “Contrato de trabajo y concurso transfronterizo”, *Anuario de Derecho Concursal*, n° 37, 2016, pp. 195-215). Por último, el artículo 18 aclara cuál es la ley rectora de los efectos del procedimiento de insolvencia no solo sobre los procedimientos judiciales en curso, sino también sobre los arbitrales. Estos últimos se regirán exclusivamente por la ley del estado miembro en el que tenga su sede el tribunal arbitral.

³⁷ Recuérdense, en concreto, las sentencias de 10 de septiembre de 2009, as. C-292/08, German Graphics, cit.; 5 de julio de 2012, as. C-527/10, Erste Bank, ECLI:EU:C:2012:417; de 22 de noviembre de 2012, as. C-116/11, Bank Handlowy, ECLI:EU:C:2012:739; de 16 de enero de 2014, C-328/12, Schmid, ECLI:EU:C:2014:6; de 4 de septiembre de 2014, as. C-327/13, Burgo, ECLI:EU:C:2014:2158. o de 16 de abril de 2015, as. C-557/13, Lutz, ECLI:EU:C:2015:227.

³⁸ Artículo 4, 2,m del RPI (7.2 del RPI bis).

25. En fecha reciente, el TJUE se ha pronunciado sobre la forma y los plazos para invocar dicho artículo (asunto C-54/16³⁹). En el caso, para la concursada el artículo 13 del RPI incorporaba una excepción procesal que la otra parte había planteado extemporáneamente según las normas procesales italianas, mientras que de contrario se alegaba que la excepción no tenía tal carácter y podía ser apreciada también de oficio por el juez después del vencimiento del plazo señalado a la parte⁴⁰. El TJUE afirma en su sentencia que, a falta de armonización de los aspectos procesales en la Unión Europea, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, fijar la forma y los plazos que debe cumplir una parte para invocar el artículo 13 en un procedimiento ante sus tribunales, con el límite de que no pueden ser menos favorables que los que rigen en situaciones similares de carácter interno ni hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión Europea. Añade que esto no contradice la afirmación de que la excepción que establece el artículo 13 incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*. Aclara, además, el TJUE que el artículo 13 no permite la invocación meramente abstracta del carácter no recurrible del acto según la *lex causae*, sino que la parte que lo alega debe demostrar que en el caso en concreto no se cumplen los requisitos exigidos para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra él⁴¹.

26. Con esta última afirmación el TJUE reitera lo que ya había señalado en su sentencia en el asunto C-310/14⁴², en el que, no obstante, matizó que el tribunal nacional que conoce de la acción puede considerar que incumbe al demandante aportar prueba de la existencia de una disposición en virtud de la que el acto puede impugnarse, pero solo si el demandado, en un primer momento, ha demostrado efectivamente que el acto de que se trata es inimpugnable en virtud de la misma ley. En este caso se aclaró asimismo que la expresión “no permite en ningún caso que se impugne dicho acto” se refiere tanto a las disposiciones de la *lex causae* en materia de insolvencia, como a todas las disposiciones y principios generales de esta ley.

27. La segunda cuestión sobre la que se ha pronunciado el TJUE en fecha reciente en relación con las normas de Derecho aplicable del RPI es la de la suerte de los procedimientos en curso en el momento de la apertura del procedimiento de insolvencia (asunto C-250/17)⁴³, en relación con el artículo 15 del RPI (18 del RPI bis), que establece que “*los efectos del procedimiento insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la ley*

³⁹ STJUE 8 junio 2017, Vinlys Italia, ECLI:EU:C:2017:433. Sobre esta sentencia, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Revocatoria concursal transfronteriza y fraude de ley. (A propósito de la sentencia del TJUE C-54/16 “Vinlys Italia, de 8 de junio de 2017, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, 2018, pp. 203-211; A. ESPINIELLA, “Ley aplicable a las acciones concursales de reintegración (comentario a la STJUE de 8 de junio de 2017, Vinlys Italia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 739-750.

⁴⁰ Los hechos eran los siguientes: las partes, ambas italianas, habían celebrado un contrato de fletamento marítimo sujeto a Derecho inglés. Declarada una de ellas en concurso en Italia, el administrador concursal pretendía, de acuerdo con el Derecho italiano, la revocación de ciertos pagos realizados en ejecución del contrato. La otra parte alegaba que ello no era posible ya que el contrato se regía por Derecho inglés, de acuerdo con el que el pago era irrevocable.

⁴¹ En su sentencia de 16 de abril de 2015, as. C-557/13, Lutz, cit., el TJUE ya había aclarado que los requisitos de forma para el ejercicio de la acción revocatoria se rigen, a efectos de la aplicación del artículo 13, por la ley a la que esté sujeto el acto impugnado por el administrador. En esta sentencia el TJUE afirmó, además, que el artículo 13 no se aplicaba, en principio, en los casos en los que se hubiera efectuado un pago a un acreedor después de la apertura del concurso porque, aunque el precepto no establece límite temporal alguno, su objetivo es proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos a aquél en el que se inicia el procedimiento y entenderlo aplicable a los actos que tienen lugar con posterioridad a su apertura iría más allá de lo necesario para alcanzar dicho fin. Como excepción esa afirmación no se aplica cuando el pago se produce sobre la base de un derecho real constituido antes de la apertura del procedimiento, caso en el que opera la protección del artículo 5 del RPI (8 del RPI bis). Sobre esta sentencia, L. CARBALLO, “Hermann Lutz v. Elke Bäuerle o de la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2015.

⁴² STJUE 15 octubre 2015, Nike, ECLI:EU:C:2015:690..

⁴³ STJUE 6 junio 2018, Tarragó da Silveira, ECLI:EU:C:2018:398. Esta sentencia responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Portugal en el marco de un litigio entre el Sr. Tarragó da Silveira y la Massa Insolvente da Espirito Santo Financial Group, S.A en el que el primero, con domicilio en Londres, demandó a Espirito Santo Financial Group, con domicilio social en Luxemburgo, ante un tribunal de primera instancia de Lisboa en reclamación de una cantidad basada en un contrato de prestación de servicios. Una vez iniciado ese procedimiento un tribunal de distrito de Luxemburgo declaró la quiebra del demandado, por lo que la masa de la quiebra pasa a ser parte en el procedimiento portugués.

del Estado miembro en el que estén curso dicho procedimiento”. En la sentencia mencionada, el TJUE aclara que el precepto no se aplica únicamente a los procedimientos declarativos en curso que se refieren a un bien o un derecho de la masa individualmente determinado, sino que se extiende aquellos que afectan a la masa de la quiebra del deudor. En el caso se planteaba la cuestión de si un procedimiento pendiente en Portugal, iniciado por una demanda de reclamación de cantidad con base en un contrato de prestación de servicios iniciado antes de la apertura del concurso del demandado en Luxemburgo, podía continuar o no y qué Derecho decidía esa cuestión. La discusión se centraba en determinar si los efectos de la apertura del concurso sobre el procedimiento abierto en Portugal debían regirse por Derecho portugués, en cuyo caso debería sobreeserse, o por el luxemburgués, que permitiría su continuidad. En apoyo de la segunda interpretación, el demandante alegaba que el artículo 15 del RPI sólo es aplicable a los procedimientos en curso que tienen por objeto un bien o un derecho determinado y que los procedimientos en los que se reclama el cumplimiento de una obligación de carácter pecuniario no están comprendidos en su ámbito de aplicación. Sin embargo, el administrador de la concursada defendía que dicho artículo se aplica a todos los procedimientos en curso ante un tribunal de un Estado miembro distintos de la apertura de un procedimiento de insolvencia, en relación con bienes o derechos de la masa, determinados o indeterminados.

28. El TJUE sostiene la segunda de estas posturas sobre la base de que el artículo 15 es una excepción a la norma de conflicto general; la contenida en el artículo 4 del RPI –7 del RPIbis–, que no indica que un procedimiento en curso deba referirse a un bien o un derecho determinado, sino que emplea la expresión general “*procedimiento en curso*”, lo que conduce a entender que se refiere, en sentido amplio, a un bien o un derecho de la masa de la quiebra. El TJUE recuerda, además, que, como ha declarado en decisiones anteriores, el artículo 15 no puede aplicarse indistintamente a todos los procedimientos en curso relativos a un bien o un derecho de la masa de la quiebra, sino que excluye los procedimientos de ejecución forzosa.

III. Retos

1. La cooperación entre procedimientos

29. El RPI bis mantiene, con ciertas modificaciones respecto del texto anterior, un sistema destinado a asegurar la cooperación entre el procedimiento universal y el/los territoriales de insolvencia referidos al mismo deudor y establece asimismo un mecanismo destinado a regular la insolvencia de los grupos de sociedades, que se basa también en esa idea de cooperación y que no estaba presente en el texto anterior.

A) La cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor

30. El RPI bis establece un sistema de cooperación entre procedimientos de insolvencia abiertos frente a un mismo deudor coherente con el modelo de universalismo mitigado que adopta y que reproduce, en lo esencial, lo que ya preveía su predecesor, el RPI.

31. Los artículos 41 y ss del RPI bis recogen las reglas de cooperación y comunicación, distinguiendo, por un lado, entre las obligaciones de los administradores concursales, las obligaciones y facultades de los órganos jurisdiccionales y la cooperación y comunicación entre unos y otros y añadiendo a continuación la regulación de situaciones concretas, que evidencian que todo el sistema se sustenta sobre la base de la subordinación de los procedimientos territoriales –secundarios– al universal –principal–. El Reglamento recoge algunas de las modalidades de esa cooperación, pero no excluye que se pueda llevar a cabo de otra manera, siempre que no sea incompatible con las normas aplicables a los respectivos procedimientos.

32. Por otra parte, la necesidad de cooperación entre procedimientos abiertos frente a un mismo deudor debe ponerse en relación con la voluntad declarada del RPI bis de reducir los casos en que se abren

los segundos. La aplicación del RPI bis evidenció que la apertura de procedimientos territoriales⁴⁴ obstaculizaba en ciertos casos la administración eficaz del patrimonio del deudor, puesto que el administrador del procedimiento principal dejaba de tener control sobre los bienes del concursado situados en el Estado del procedimiento territorial, lo que hacía más difícil la reestructuración de la empresa y su venta como empresa en funcionamiento. Por ello, el RPI bis introdujo medidas destinadas a propiciar un mayor control en la apertura de procedimientos secundarios, de manera que éstos no lleguen a abrirse si no lo justifica el interés de los acreedores locales, a incrementar las facultades de control del administrador del procedimiento principal sobre los secundarios, suprimir la exigencia de que los procedimientos secundarios abiertos después del principal fueran de liquidación y mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, haciéndola recaer no sólo en los administradores sino también en los respectivos tribunales.

Referencia a los procedimientos “sintéticos”⁴⁵

33. En relación con este objetivo resulta especialmente llamativa la introducción en el artículo 36 del RPI bis de los llamados procedimientos “sintéticos”. Pese a que no sean un supuesto de cooperación entre procedimientos, sino que lo que persiguen es, precisamente, evitar la apertura de uno de ellos, resulta interesante su estudio en este ámbito, en la medida en que evidencian la tendencia hacia la voluntad flexibilizadora que caracteriza también a las reglas de cooperación.

34. El precepto mencionado prevé la facultad del administrador del procedimiento universal de comprometerse con los acreedores locales⁴⁶ 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). En tal situación 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.

35. 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.

36. Por otra parte, el funcionamiento del mecanismo previsto plantea no pocas dudas, tanto respecto del tratamiento de los acreedores “no locales”, que pese a no votar el acuerdo quedan afectados

⁴⁴ Estas críticas se recogen asimismo en el Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit., espec. pp. 237 y ss.

⁴⁵ Se sigue en este punto, así como en parte del apartado siguiente, sobre los grupos de sociedades, lo que ya se expuso sobre esta nueva figura en E. TORRALBA, “El nuevo Reglamento en materia de procedimientos sobre insolvencia”, en M. JIMENO (Dir.), *Aproximación legislativa versus reconocimiento mutuo en el desarrollo del espacio judicial europeo: una perspectiva multidisciplinar*, ed. Bosch, 2016, pp. 83-115.

⁴⁶ Por acreedor local se entiende, de acuerdo con el artículo 2.11, “*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 COMI o que estén relacionados con dicha explotación*”. 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 sitúe el COMI).

por él, como en relación con ciertas cuestiones de procedimiento (¿quien debe efectuar la comunicación del compromiso que fija el inicio del plazo de treinta días en el que aún se puede solicitar la apertura del procedimiento territorial, a que se refiere el segundo apartado del artículo 37 del RPIbis?), como en relación con las posibles responsabilidades en que pudiera incurrir el administrador concursal, o los costes que puedan generarse en caso de un número elevado de acreedores locales, entre otras.

37. Junto a ello, el compromiso —que se debe expresar por escrito— se sujeta, además de a los requisitos exigidos por el RPI bis, 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 acumulativa, lo que necesariamente aumenta los costes materiales y temporales de aquél. Tampoco queda claro en qué puede consistir la “garantía” a que se refiere el RPI bis cuando señala que “*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*”⁴⁷, ni cómo funcionan las relaciones de estos procedimientos con otras previsiones del RPI bis. Tal es el caso, por ejemplo, del “blindaje” frente a la insolvencia de los derechos reales sobre bienes situados fuera del Estado miembro de apertura⁴⁸, 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 que dan lugar a un procedimiento “sintético”: 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 propuesto e instar la insolvencia.

B) La insolvencia de los grupos de sociedades

38. El RPI bis introduce reglas sobre la insolvencia de los grupos de sociedades, cuya ausencia en el RPI había sido motivo de las mayores críticas a este texto⁴⁹. De las dos alternativas que se plantearon en los trabajos preparatorios, la acumulación procesal en el Estado del COMI de la matriz, no extensible a todos los casos, o el establecimiento de un sistema de cooperación procesal, los artículos 56 a 70 el RPI bis optaron por la segunda.

39. Los aspectos internacionales de la insolvencia de los grupos de sociedades se pueden analizar fundamentalmente desde cuatro perspectivas⁵⁰: a) la separación de procedimientos que supone mantener un enfoque individual de la insolvencia, de manera que a la hora de determinar la competencia judicial internacional para abrir el procedimiento se atiende a la noción jurídica de deudor y no a la económica, no al deudor-empresa, que permitiría agrupar distintas sociedades con personalidad jurídica independiente bajo una sola personalidad económica; es la solución adoptada en el predecesor del RPI bis⁵¹; b) la con-

⁴⁷ Artículo 36.8.

⁴⁸ Artículo 8, en relación con los artículos 16 y 7,2.m. Sobre el funcionamiento de esta regla, por todos: M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, op. cit., espec. pp. 83 y ss.

⁴⁹ Sobre esta cuestión ver el Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit., espec. pp. 13 y ss. En él se rechaza la solución de la consolidación, para proponer un sistema de coordinación entre procedimientos.

⁵⁰ Ver al respecto, L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones acerca de la regulación de la insolvencia de los grupos internacionales de sociedades en la Unión Europea”, *RJUAM*, nº 31, 2015-1, pp. 205-226; G. MCCORMACK, “Reforming the European Insolvency Regulation: A Legal and Policy Perspective”, *Journal of Private International Law*, 1/2014, pp. 41-67.

⁵¹ Sobre este sistema en el texto del Reglamento antes de su reforma, M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario...*, op. cit., espec. pp. 53 y ss; G. MOSS, “Group Insolvency- Choice of Forum and Law: the European Experience Under The Influence of English Pragmatism”, *Brooklyn Journal of International Law*, 32/2007, pp. 1005-1018..

solidación procesal, que permitiría la acumulación de procedimientos de insolvencia relativos a distintas sociedades del grupo ante un mismo órgano jurisdiccional y, en su caso, el nombramiento de un único administrador concursal para todos los procedimientos. En este modelo no se unifican las masas activas y pasivas de los diferentes concursos⁵²; c) la consolidación sustantiva, que al modelo anterior añade, además, la consolidación de las masas activa y pasiva de todos los concursos y la aplicación de una única ley y d) la cooperación procesal, que coincide inicialmente con la separación de procedimientos, en el sentido de que sociedad concursaría en el Estado de su COMI, que aplicaría al procedimiento su propia ley, pero se articularían reglas de cooperación y coordinación entre los distintos procedimientos⁵³.

40. El primer problema que suscitaba el establecimiento de una regla era la ausencia de un concepto común europeo de grupo de sociedades⁵⁴. El RPI bis proporciona uno caracterizado por su parquedad, puesto que se limita a señalar que por tal hay que entender “*una empresa matriz y todas sus empresas filiales*”⁵⁵. Tras ello opta por el último de los cuatro modelos expuestos, el de la cooperación procesal, de manera que en el sistema europeo no es posible la acumulación ni procesal ni sustantiva de concursos de los deudores del mismo grupo en aquellos casos en los que los criterios que determinan la competencia para su apertura, en aplicación del RPI bis, no permiten atribuirlos a los órganos de un mismo Estado. El RPI bis no impide, a cambio, que si, en virtud de sus reglas, la competencia corresponde a las autoridades de un solo Estado miembro respecto de varias sociedades del grupo, se produzca la consolidación a nivel interno si las normas del foro lo permiten.

41. El modelo adoptado es respetuoso con las expectativas de los acreedores, que calibran su riesgo concursal en relación con la entidad con la que están contratando y no con su matriz, cuya ubicación con frecuencia desconocen. Si en situación de insolvencia se permite la acumulación de los concursos de las filiales en el COMI de esa matriz, se estarían frustrando las expectativas de los acreedores, que confiaron en la aplicación de la normativa concursal del Estado del COMI de su deudor y en el conocimiento de sus tribunales⁵⁶. Además, aleja el riesgo de que, al abrirse procedimientos separados, cada administración concursal busque la solución mejor desde el punto de vista local y no se obtengan los beneficios de una solución conjunta a nivel de grupo, puesto que establece mecanismos de comunicación, coordinación y cooperación a través de los que se pretende atender a la insolvencia global.

42. Desde esa premisa, el RPI bis distingue entre la “cooperación y comunicación” y la “coordinación”. Respecto de la primera, las funciones de cooperación recaen en los administradores y tribunales de los respectivos procedimientos y puede adoptar distintas formas. A los primeros se les imponen unas obligaciones de cooperación que, según se explicita, pueden consistir en la comunicación de cualquier información que puede resultar útil para otros procedimientos, estudiar las posibilidades de coordinar la gestión y supervisión de las actividades de los miembros del grupo y, en su caso, proceder a esa coordinación, estudiar las posibilidades de reestructuración y concertar planes de acción coordinados, entre otras, si bien esas obligaciones solo operarán “en la medida en que tal cooperación sea conveniente para facilitar la eficaz administración de esos procedimientos, no sea incompatible con las normas aplicables a los mismos y no suponga un conflicto de intereses”⁵⁷. De la misma forma, se otorga a los administradores el derecho de ser oídos y participar en los procedimientos concursales de otras sociedades del grupo,

⁵² Sobre esta opción, ver B. WESSELS, “Insolvency of Groups of Companies. The Present Debate in Europe”, *Norton Ann. Rev. Of Intl. Insolvency*, 2012, nº 3, pp. 3 y ss, espec. p. 21.

⁵³ No se va a entrar aquí en la descripción de las ventajas e inconvenientes de cada uno de los modelos, dado que se trata de un análisis complejo que excede el objeto de este trabajo. Para una completa relación de tales ventajas e inconvenientes, ver L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones acerca de la regulación...”, cit. Ver asimismo, A. ESPINIELLA, que propone un modelo que califica de “diversificación jurídica corregida” (*Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006).

⁵⁴ Sobre los problemas de Derecho internacional privado en relación con los grupos de sociedades, ver M. BODE, *Le groupe international de sociétés. Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Peter Lang, Berna, 2010.

⁵⁵ Artículo 2, 13.

⁵⁶ Crítica con este argumento L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Reflexiones...”, op.cit., espec. p.209.

⁵⁷ Artículo 56.

de solicitar la suspensión de cualquier medida relacionada con la realización de activos en el procedimiento abierto respecto de otro miembro del grupo, en ciertas circunstancias, o de solicitar el inicio de un procedimiento de cooperación⁵⁸.

43. La cooperación entre tribunales se articula de manera potestativa, está sujeta a las condiciones que se señalan en el apartado anterior, e incluye medidas como la coordinación del nombramiento de los administradores concursales, la comunicación de información, la coordinación de la administración y supervisión de los activos y negocios de los miembros del grupo, la coordinación de la celebración de las vistas y la coordinación en la aprobación de protocolos⁵⁹. Se prevé, por último, un deber de cooperación de los administradores con los tribunales que conozcan de la insolvencia de cualquier miembro del grupo, a los que podrán, además, solicitar información sobre los procedimientos en cuestión o asistencia respecto de procedimiento para el que hayan sido designados.

44. El “procedimiento de coordinación”⁶⁰ resulta más complejo, en la medida en que exige el nombramiento de un coordinador y el establecimiento de un foro encargado de la coordinación, así como la elaboración de un plan de coordinación. En él no están obligados a participar los administradores de todos los procedimientos abiertos frente a sociedades del grupo, sino que pueden oponerse a la inclusión de su procedimiento en el mecanismo. Por otra parte, los administradores no están obligados a seguir ni total ni parcialmente las recomendaciones del coordinador ni el plan de coordinación, pero si no lo hacen deberán indicar los motivos de ello.

45. El sistema es, además de complejo, costoso⁶¹ y su mayor o menor eficacia deberá ser puesta a prueba por la práctica. Quedan, además, numerosas cuestiones abiertas en relación con la responsabilidad que genera la ausencia de cooperación (entendida en sentido amplio, que engloba la coordinación), o la cooperación ineficiente, o incluso con su alcance porque no parece que la regulación agote todas las alternativas posibles que aquella puede revestir.

C) Los protocolos concursales

46. Como se ha visto, el RPI bis establece mecanismos sobre el papel eficaces a la hora de llevar a cabo la cooperación. No obstante, la práctica demuestra lo muy escasamente que se hace uso de ellos y la necesidad de fomentar la comunicación entre procedimientos para una resolución eficaz de la insolvencia, cualquiera que sea la finalidad –reestructuración o liquidación– que se persiga. La cuestión no es sencilla porque la dificultad no estriba solo en el establecimiento de las normas adecuadas, sino, sobre todo, en superar las limitaciones impuestas por las distintas culturas jurídicas y en los márgenes que los propios ordenamientos nacionales dejan a esta cooperación, sobre la base de consideraciones no estrictamente concursales, sino relativas al fundamento del propio sistema jurídico: concepción de las reglas de competencia, margen de actuación concedido a los tribunales, materias sobre las que es posible disponer mediante acuerdo, etc.

47. En este contexto, merece especial atención una figura mencionada en el RPI bis, pero todavía insuficientemente desarrollada en el ámbito de la UE: los protocolos concursales, que pueden resultar un instrumento útil para la eficacia de la cooperación. A ellos se refieren tanto su artículo 41 (“Dicha cooperación podrá adoptar cualquier forma, incluida la celebración de acuerdos o protocolos”), como los artículos 42,3,e, referido a la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales y 43, sobre la cooperación y comunicación entre los administradores concursales y los órganos jurisdiccionales. También en la regulación de la insolvencia de grupos se hacen repetidas referencias a ellos (artículos 56, 1 y 57).

⁵⁸ Artículo 60.

⁵⁹ Artículo 57.

⁶⁰ Artículos 61 a 77.

⁶¹ Sólo la necesidad de efectuar comunicaciones en distintas lenguas, inevitable en este contexto, supone un coste considerable. Los artículos 59 y 77 se refieren a los costes y su distribución.

48. Es esta una figura muy poco desarrollada en los sistemas continentales, pero más frecuente en los de *common law*. Se trata de un mecanismo de cooperación y comunicación entre administradores concursales y/o tribunales en supuestos de insolvencias transfronterizas a través de los que es posible llegar a acuerdos para el desarrollo ordenado de tales procedimientos⁶². Si se analizan los protocolos concluidos hasta ahora, que se enmarcan sobre todo en el ámbito extraeuropeo⁶³, se observa que generalmente están sujetos a aprobación judicial y que su contenido puede ser muy variado.

49. A título de ejemplo, el primero del que se tiene noticia, el Protocolo Maxwell, celebrado entre los administradores de un procedimiento abierto en Nueva York⁶⁴ y los de otro abierto en Londres⁶⁵ y que tratada de coordinar la insolvencia de dos sociedades del mismo grupo, incluye un acuerdo de las partes para nombrar un administrador concursal común a ambos procedimientos y, además, un supervisor facultado para la aprobación de algunas de sus decisiones (otras debían ser aprobadas por los respectivos tribunales); del mismo modo, el administrador debía informar al supervisor acerca de cualquier hallazgo relativo a los acuerdos financieros entre miembros del grupo y se preveía que la aprobación de los tribunales era necesaria para disponer de activos u obtener refinanciación por encima de cierta cuantía. En otros casos los acuerdos han previsto la obligación de que se celebraran reuniones periódicas de los administradores concursales de las sociedades implicadas, o, incluso, la posibilidad de que las partes celebraran acuerdos acerca de los tribunales –de los que conocían de los concursos respectivos– a los que acudir cuando la materia lo justificara, o sobre el reconocimiento automático de las resoluciones de uno de los concursos en el otro, entre otros. El contenido puede ser muy variado⁶⁶, tanto como la colaboración requiera y los implicados estén dispuestos a acordar, si bien en el ámbito europeo los límites a los posibles acuerdos están fijados por el propio RPI bis y, en su caso, por la legislación nacional.

50. Que los protocolos puedan convertirse en un instrumento útil en este contexto depende, en gran medida, de que exista una mayor concreción acerca de su naturaleza jurídica, ligada a su carácter contractualmente vinculante o no y a la claridad de sus contornos –los límites a los que pueden estar sujetos en la Unión Europea–, pero también de la información a los operadores jurídicos y de la promoción entre ellos como un instrumento útil si es que, una vez aclarados los dos extremos anteriores, efectivamente se estima que lo son.

2. Los institutos preconcursales

51. El RPI no incluía los procedimientos de “preinsolvencia” en su ámbito de aplicación, lo que fue percibido, especialmente en un período de crisis económica en la que gran parte de los Estados miembros de la Unión Europea se dotaron de esos mecanismos, como una de sus carencias más rele-

⁶² Sobre los protocolos, ver E. MOUSTAIRA, *International Insolvency Law*, Springer, Cham, 2019, pp. 107-118; A. KAMAL-NATH, “Cross border insolvency protocols: a success story”, *International Journal of Legal Studies and Research*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp- 172-190. M. MALTESE, Court-to-court Protocols in Cross-border Bankruptcy Proceedings: Differing Approaches between Civil Law and Common Law Legal systems, https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20submission.pdf.

Entre nosotros, A. ESPINIELLA, “Los protocolos concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 165-199.

⁶³ Algunos afectan también a sociedades europeas (véase la STJUE de 11 de julio de 2015, as. C-649/13, Nortel, cit.).

⁶⁴ United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992), see also Maxwell Communication Corp. v. Societe Generale (In re Maxwell Communications Corp.), 170 B.R.800 (Bankr. S.D.N.Y. 1994), *affd*, 186 B.R. 807 (S.D.N.Y. 1995), *af'd*, 93 F.3d 1036 (2nd Cir. 1996).

⁶⁵ High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). See also Barclays Bank v. Homan (In re Maxwell Communication Corp.), [1992 BCC 757 (Eng. Ch. 1992), *aff'd*, [1992] BCC 757 (Eng. C.A. 1992).

⁶⁶ Los protocolos se analizan asimismo en la Guía Práctica sobre cooperación en Insolvencias transfronterizas de Uncitral, destinada a promover el uso de la Ley modelo on Cross Border Insolvency (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation <<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>>, Preamble y UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation (2009) <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf>.

vantes⁶⁷. La no inclusión de los institutos concursales en el ámbito de aplicación del RPI tenía como consecuencia que no existía una solución clara sobre la competencia de las autoridades para aprobar estos acuerdos ni sobre su reconocimiento, con la consiguiente merma de su eficacia⁶⁸.

52. Para hacer frente a esas situaciones, el RPI bis amplió su ámbito de aplicación mediante la modificación de la definición de procedimiento de insolvencia recogida en el artículo 1, que ahora se extiende “a los procedimientos judiciales o administrativos colectivos, incluidos los procedimientos provisionales fundados en la legislación en materia de insolvencia o reestructuración de la deuda y en los que, a efectos de rescate, la reestructuración de la deuda, , la reorganización o la liquidación, (i) se haya desapoderado al deudor total o parcialmente de sus bienes y se haya designado un síndico o (ii) los activos y negocios del deudor estén sometidos a control o supervisión judicial”, manteniéndose, además, el sistema de Anexos, que exige que los Estados miembros notifiquen a la Comisión aquellos de sus procedimientos que, entienden, deben incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento⁶⁹.

53. No obstante, esta inclusión no ha venido acompañada de reglas destinadas a facilitar la aplicación de otros preceptos del RPI bis cuando no estamos ante procedimientos concursales abiertos, sino ante estos institutos. De manera muy evidente, los sistemas de cooperación entre procedimientos previstos en el RPI bis no se adecuan a los procedimientos (de insolvencia o de preinsolvencia) “híbridos”, es decir, aquellos en los que se mantiene la dirección existente. En el sistema del RPI bis el peso de la cooperación se hace recaer en los tribunales y los administradores concursales, y ahora también en los jueces, lo cual encaja mal en procedimientos en los que no se nombra un representante de los intereses de los acreedores, sino que es el concursado o sus administradores quien lleva a cabo las negociaciones, representando los intereses del deudor.

54. Tal vez la reciente aprobación de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva permita sentar ciertas bases comunes en la Unión Europea a partir de las que aclarar el modelo de preinsolvencia del que queremos partir, lo que permitirá también abordar con un objetivo claro las soluciones de Derecho internacional privado⁷⁰.

3. La eficacia de los *schemes of agreement* ingleses sobre sociedades cuyo COMI se sitúa fuera del Reino Unido tras el Brexit

55. La exclusión de los procedimientos de preinsolvencia del texto del RPI hacía, como se ha visto, que no existiera una solución clara sobre su eficacia extraterritorial y propició la discusión sobre el reconocimiento en la Unión europea de uno de esos institutos, los *schemes of arrangement* ingleses, cuando se aplicaban a sociedades cuyo COMI no se situaba en el Reino Unido⁷¹. La ampliación men-

⁶⁷ Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European...*, op. cit.

⁶⁸ Ello es así porque la exclusión de esos institutos concursales del texto europeo supone, entre otras cosas, que no pueden beneficiarse del sistema de reconocimiento automático previsto su artículo 16, según el que “*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. [...]*”).

⁶⁹ España ha comunicado, para su inclusión en el Anexo A, junto al 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. Para una crítica sobre la adecuación de alguno de ellos a los requisitos de la definición general del RBI bis ver, F. GARCIMARTÍN, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (II): ámbito de aplicación”, en <http://almacenederecho.org/el-nuevo-reglamento-europeo-de-insolvencia-ii-ambito-de-aplicacion/>.

⁷⁰ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 deuda y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), 2016/0359 (COD).

⁷¹ Sobre esta cuestión: F. GARCIMARTÍN, “La eficacia en España de los *schemes of arrangement* ingleses”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2010, nº 13, pp. 383-398; en contra: A. CARRASCO/E. TORRALBA, “*Schemes of arrangement* ingleses para sociedades españolas: una crítica”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, 2011, nº14, pp. 349-362.

cionada de los procedimientos a los que se extiende el RBIbis no vino a solucionar esta polémica puesto que el Reino Unido decidió excluirlos de su ámbito de aplicación⁷². En ese contexto, la perspectiva de un Brexit sin acuerdo sigue colocando a los *schemes* en el punto de mira y obliga a realizar un análisis parcialmente distinto de la situación⁷³.

56. El punto de partida de la argumentación se sitúa en la calificación que haya que dar a los *schemes*, puesto que de la que se les atribuya derivan consecuencias distintas para su reconocimiento. Frente a quienes afirman su carácter contractual, resulta una postura más adecuada una calificación concursal.

57. Esta afirmación viene justificada por las especiales características de los *schemes, of arrangement*, o mejor, de los tipos de *schemes* que aquí nos ocupan. Esta figura se regula en los 895 a 900 de la *Companies Act* británica regulan como un mecanismo dotado de la flexibilidad característica de las instituciones de Derecho anglosajón, que permite, entre otros fines, conseguir un ajuste colectivo por el que, a instancia de los administradores sociales, de los acreedores o de los socios, se reordene el pasivo o el activo de la sociedad, mediante una modificación estructural, una novación de sus deudas, una cesión de su activo y su pasivo a un tercero o de otro modo⁷⁴. En atención a la solicitud, el juez acuerda la celebración de una junta de acreedores o de la clase de acreedores o de los socios y, si en ella se obtiene el voto favorable de los interesados, sanciona el compromiso, siempre que considere que es justo y razonable. Una vez acordado, el acuerdo vincula a todos los acreedores de la clase concernida, incluso a los que no consintieron individualmente.

58. Como se ha señalado, se trata de un mecanismo que responde a distintas necesidades y que permite alcanzar finalidades por completo desvinculadas de situaciones concursales, pero en un buen número de casos, aquellos que aquí nos ocupan, pretenden reestructurar el activo o el pasivo de un determinado deudor para evitar que incurra en una situación que exija la declaración de insolvencia. La flexibilidad del mecanismo y la rapidez y eficacia en su aplicación por parte de los jueces británicos hizo que se convirtieran en un instrumento atractivo también para sociedades no inglesas, especialmente en el reciente período de crisis económica y en un momento en que muchos de los Estados miembros de la Unión Europea todavía no disponían de institutos preconcursales, aunque han seguido suscitando interés incluso una vez adoptados éstos⁷⁵.

59. Los *schemes* permiten la reestructuración de la deuda de una sociedad, mediante la imposición de un acuerdo con la mayoría también a los acreedores disidentes pertenecientes a la misma clase, antes de que esta deba ser declarada insolvente y prestar una atención temprana a las dificultades de la empresa, lo cual es especialmente relevante en escenarios de “rescate”⁷⁶. De hecho la doctrina inglesa anterior a la entrada en vigor del RPI bis, 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 competencia a sus jueces nacionales establecidos por el texto europeo⁷⁷. Con independencia de las posibles argumentaciones al

⁷² Como había avanzado parte de la doctrina inglesa 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 entorno de intereses principales no se encontrara en ese Estado (J. PAYNE., *Schemes of arrangement*, Cambridge University Press, 2014, espec. pp. 293-294).

⁷³ Para una visión general del impacto del Brexit sobre el régimen de las insolvencias transfronterizas en la UE, ver L. CARBALLO, “La insolvencia transfronteriza en la Unión Europea y el Reino Unido tras el Brexit”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 27, 2017, pp. 493-511; A. ESPINIELLA, “Brexit e insolvencia transfronteriza”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017, pp. 91-123.

⁷⁴ Sobre esta figura, *Tolley’s Company Law Handbook*, Lexis Nexis, 16ª ed., Londres, 2008, espec. pp. 1120-1124.

⁷⁵ Es el caso de sociedades españolas, la primera de ellas La Seda de Barcelona, que se acogieron a este mecanismo. En el caso de la Seda el juez británico aprobó un *scheme* consensuado por la mayoría, pero no todos, de los acreedores de un crédito sindicado sometido a ley inglesa.

⁷⁶ J. PAYNE, *Schemes of arrangement*, cit., espec. pp. 175 y ss

⁷⁷ Ello es así porque, de acuerdo con el Derecho inglés, el juez inglés es competente para homologar un *scheme* si éste se refiere a una sociedad que pudiera ser disuelta en Inglaterra de acuerdo con lo previsto en la *Insolvency’s 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 RPI o si la res-

respecto, lo que la discusión pone en evidencia es la vinculación con la insolvencia de al menos un buen número de *schemes*.

60. Frente a la postura anterior, no falta quien defiende el carácter no concursal de los *schemes*⁷⁸, con la consecuencia de que no puede impedirse su reconocimiento en otros Estados miembros de la UE, si bien pueden plantearse no pocas dudas sobre el sistema por el que puede llevarse a cabo aquél: si por los textos de alcance general, que en el caso español y en un escenario post Brexit sería la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁷⁹ mediante un reconocimiento conflictual o, incluso, sin necesidad de reconocimiento, por considerar que su calificación es estrictamente contractual.

61. Partiendo de las premisas anteriores, en un escenario post Brexit, y sin perjuicio de que la solución última de la cuestión depende de los acuerdos que llegaran a adoptarse, en una situación de “no acuerdo” no podría plantearse la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, por otra parte dudosamente defendible, dada la exclusión de su ámbito de aplicación de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos”. Tampoco resulta, desde mi punto de vista, posible “resucitar” el antiguo Convenio de Bruselas, de 1968, cuya razón de ser estribaba precisamente en que todas sus partes eran Estados miembros de la entonces Comunidad Económica Europea⁸⁰ y otras soluciones, como la aplicación del Convenio de Lugano, se enfrentan, además de a su ámbito material limitado en el mismo sentido que el Reglamento Bruselas I bis, a que exigiría su ratificación por el Reino Unido y la asunción por su parte de una serie de compromisos colaterales.

62. En esas circunstancias, desde la perspectiva española, y sin perjuicio de la posibilidad de otras soluciones de *lege ferenda*, las vías de eficacia habría que buscarlas en la legislación autónoma, y, dada la calificación concursal aquí atribuida a la institución, en la Ley Concursal. Además de otras consideraciones posibles de carácter procesal, la tercera de las condiciones previstas en su artículo 220 supone un obstáculo sustancial a la eficacia de esta institución: solo si el juez inglés que homologa el *scheme* ha asumido su competencia sobre la base de ser el del COMI del deudor o el del Estado donde este tiene un establecimiento (y en este segundo caso con el alcance limitado de su competencia) o en una conexión razonable de naturaleza equivalente podrá ser reconocido. La cuestión estriba en definir que es una conexión razonable de naturaleza equivalente, pero no parece que muchas de las circunstancias que los jueces ingleses utilizan para asumir su competencia en relación con los *scheme* respontan a este criterio.

63. Sin perjuicio de la necesidad de interpretar esos conceptos, una conexión basada únicamente en la residencia en el Reino Unido de los acreedores con los que se pacta, o en la ley aplicable a sus contratos, no debería considerarse “de naturaleza equivalente” y debería conducir a la negación de eficacia en España de los *schemes* adoptados sobre sociedades españolas.

64. Pero ese es solo un lado de la moneda: no se trata solo de que los *schemes* no deberían ser reconocidos en España cuando afectan a sociedades cuyo COMI se sitúe en nuestro país, sino que, a la inversa, y dado que presumiblemente en el Reino Unido se va a seguir considerando la posibilidad de acordar *schemes* que afecten a sociedades cuya deuda esté sujeta a Derecho inglés, con independencia de la ubicación de su COMI, la posibilidad de que cualquier reestructuración de esa deuda llevada a cabo en España se oponga al *scheme* acordado en Inglaterra ante los tribunales de aquél país no parece tener visos de prosperar, generándose con ello una situación si cabe más complicada que la actual.

puesta es negativa. No obstante, en los casos más recientes, se está discutiendo también esta posibilidad; véase, por ejemplo, el planteamiento en el asunto Indah Kiat, no resuelto aún en el momento en que se escribe este trabajo, <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2016/246.html&query=APPIO&method=boolean>, (menú uk.practicalcallaw; Bristish and Irish Legal Information Institute)

⁷⁸ F. GARCIMARTÍN, “El nuevo Reglamento...”, op.cit.

⁷⁹ Ley 29/2015, de 30 de julio (BOE de 31 de julio de 2015. n° 182. pp.65906-65942).

⁸⁰ Recuérdese que la base para su adopción fue el artículo 220 del TCEE según el que “Los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: [...] la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales”.

IV. Conclusiones

65. La jurisprudencia del TJUE ha venido en los últimos tiempos a aclarar algunas cuestiones relevantes respecto de la aplicación del RPI (extensibles al RPIbis). Además de mantener su línea jurisprudencial ya sostenida acerca de los criterios para la calificación concursal o no concursal de una acción, el TJUE se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance de la competencia del juez del concurso sobre las acciones que deriven directamente del procedimiento de insolvencia y guarden una estrecha vinculación con él, afirmando su carácter exclusivo.

66. Las consecuencias de esta caracterización de la competencia no siempre van a redundar en un mejor o más eficaz desarrollo del procedimiento y deben ser puestas en relación con la afirmación del artículo 6 del RPIbis de que cuando tales acciones sean conexas con otra en materia civil y mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá plantear ambas ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado o, si son varios, del Estado miembro en que esté domiciliado uno de ellos, de acuerdo con las normas del Reglamento Bruselas I bis.

67. Junto a ello, el TJUE se ha ocupado de la aplicación de las disposiciones de Derecho aplicable y, en concreto, de la comprensión del artículo 13 del RPI (16 del RPI bis) sobre los actos perjudiciales para los intereses de los acreedores y 15 del RPI (18 del RPI bis) sobre los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso, contribuyendo a dotar de una cada vez mayor claridad a estas reglas.

68. Además, el Derecho de las insolvencias internacionales sigue estando sujeto a evolución y enfrentándose a nuevos retos. Si bien el RPIbis vino a hacer frente a algunas de las deficiencias del texto anterior, quedan todavía aspectos a desarrollar y nuevos problemas a los que hacer frente.

69. Desde esta perspectiva, sigue estando pendiente la necesidad de incentivar la cooperación entre procedimientos concursales abiertos en distintos Estados, ya vengan referidos al mismo deudor, ya afecten a deudores distintos integrados en el mismo grupo. El problema en este ámbito no es la ausencia de regulación, sino, junto con la complejidad de la cooperación y el coste de la misma, la coexistencia en la Unión Europea de distintas culturas jurídicas. Las diferencias de aproximación respecto de la función de los tribunales, del carácter dispositivo de algunas reglas, o la predisposición a la aplicación de mecanismos flexibilizadores en un sector como el de la insolvencia son obstáculos fundamentales a la eficacia de los mecanismos actualmente vigentes. Son también estos los obstáculos a los que se puede enfrentar el uso de los protocolos concursales, que se han probado eficaces en no pocas situaciones y respecto de los que existe una práctica ya bastante extendida fuera de la Unión Europea, con algunos ejemplos también dentro de ésta.

70. En relación con esas cuestiones, y aunque no se trate exactamente de un mecanismo de cooperación entre procedimientos, sino de un intento de impedir en ciertos casos la apertura de los procedimientos territoriales, la regulación de los procedimientos “sintéticos” en el RPIbis parece de muy dudosa utilidad en los sistemas continentales, en gran medida por los obstáculos expuestos en el párrafo anterior, y es susceptible de generar costes indeseados si pretende aplicarse fuera de situaciones en las que el número de acreedores es muy reducido.

71. Junto a ello, la eficacia de los *schemes of arrangement* ingleses en un escenario post Brexit, especialmente si llega, como parece cada vez más probable, sin acuerdo, sigue siendo una cuestión debatida. En línea con ello, la necesidad de cooperación en situaciones de preinsolvencia y de una atención mayor a estos procedimientos sigue vigente. La reciente adopción de la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y la armonización que se producirá a consecuencia de ella debería contribuir a aclarar la lógica europea que impera respecto de estos mecanismos y proyectarse sobre su eficacia en el ámbito internacional.