

SOBRE LA LEY APLICABLE A LOS ACTOS REALIZADOS EN PERJUICIO DE LOS ACREEDORES

ON THE LAW APPLICABLE TO DETRIMENTAL ACTS

ELISA TORRALBA MENDIOLA

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Autónoma de Madrid*

ORCID ID 0000-0001-5813-7163

Recibido:08.12.2021/Aceptado:28.12.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6728>

Resumen: En su sentencia en el asunto C-73/20 el TJUE se pronuncia de nuevo sobre la interpretación del artículo 13 del Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia (artículo 16 del Reglamento 848/2015, actualmente en vigor), esta vez en relación con el artículo 12 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. La conclusión del TJUE asegura el cumplimiento de los objetivos de ambos textos reglamentarios, garantizando la seguridad jurídica de los beneficiados por el acto perjudicial que actuaron de buena fe.

Palabras clave: insolvencia, acción rescisoria, Ley aplicable.

Abstract: In its judgment in Case C-73/20, the CJEU rules once again on the interpretation of article 13 of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings (article 16 of Regulation 848/2015, currently in force), this time in conjunction with article 12 of Regulation 593/2008, on the law applicable to contractual obligations. The CJEU's conclusion ensures compliance with the objectives of both regulatory texts, guaranteeing legal certainty for those who benefited from the harmful act and acted in good faith.

Keywords: insolvency, avoidance actions, applicable law.

Sumario: I. Introducción. II. La sentencia del TJUE. III. Comentario. 1. Jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 13 del RPI. 2. El concurso como “puesta a prueba de las relaciones preexistentes”. 3. El RRI y la ley aplicable a la extinción del contrato. 4.- La interrelación del RPI y el RRI.

I. Introducción

1. El TJUE vuelve a ocuparse, en su sentencia de 22 de abril de 2021, en el asunto C-73/20¹ de la interpretación de la regla contenida en el artículo 13 del Reglamento 1346/2000², sobre procedimientos de insolvencia (RPI), sobre los actos perjudiciales para los intereses de los acreedores, en esta ocasión unida a la del artículo 12 del Reglamento 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (RRI)³.

2. El análisis del TJUE se refiere, como se indica, al RPI y no al Reglamento 2015/848⁴ (RPI bis), actualmente aplicable, dado que, por el momento en que se produjeron los hechos, es aquél el que

¹ Oeltrans, ECLI:EU:C:2021:315.

² Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE L 160, de 30 de junio de 2000.

³ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

⁴ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido), DOUE L 141, de 5 de junio de 2015. De acuerdo con su artículo 92, el RPI bis es aplicable, como regla general, a partir del 26 de junio de 2017.

debe ser tenido en cuenta. Para evitar confusiones a lo largo del texto, se va a mantener la referencia a la numeración de los artículos relevantes del RPI (el 4 y el 13) utilizada por el TJUE en su sentencia, si bien el primero de ellos se corresponde con el artículo 7 y el segundo con el artículo 16 del RPI bis y cuanto se señala en la sentencia es extensible a ambos.

3. El TJUE responde a la cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof en el procedimiento entre ZM, administrador concursal de Oeltrans Befrachtungsgesellschaft GmbH (en adelante, Oeltrans), y E. A. Frerichs, en relación con la reintegración, por parte de esta, de un pago efectuado a su favor por Oeltrans en virtud de un contrato celebrado entre E. A. Frerichs (en adelante, Frerichs) y Tankfracht GmbH (en adelante, Tankfracht), sociedad perteneciente al grupo Oeltrans. Las sociedades del grupo estaban domiciliadas en Alemania, mientras que Frerichs lo estaba en los Países Bajos.

4. El pago en cuestión se realizó en noviembre de 2010 y en abril de 2011 el Amtsgericht Hamburg abrió un procedimiento de insolvencia contra Oeltrans. Posteriormente, el administrador concursal inicial en ese procedimiento presentó ante el Landgericht una demanda por la que se solicitaba la reintegración a la masa del importe pagado a Frerichs en nombre de Tankfracht más los intereses correspondientes, con el fundamento jurídico de la acción rescisoria concursal.

5. Al considerar que la demanda en el litigio principal estaba regulada por la ley alemana, el tribunal estimó la demanda del administrador concursal. El órgano jurisdiccional de apelación modificó la resolución del Landgericht estimando la excepción propuesta por Frerichs, basada en la prescripción de la acción, y desestimó la demanda, también sobre la base de la ley alemana. Interpuesto por ZM, nuevo administrador concursal, recurso de casación ante el Bundesgerichtshof, este plantea al TJUE la cuestión prejudicial que da lugar a esta sentencia.

6. Puesto que el procedimiento de insolvencia contra Oeltrans se había abierto en Alemania, la ley por la que debía regirse era la alemana, del Estado de apertura, que se aplicaba también a las acciones rescisorias que, en su caso, pudieran ejercitarse, tal como resulta del artículo 4, 2, m) del RPI. De acuerdo con ese ordenamiento, esa acción no había prescrito (al menos así lo entiende el Bundesgerichtshof, frente a la interpretación contraria en este punto del tribunal de apelación).

7. En contra de la pretensión del demandante, Frerichs invocaba la aplicabilidad del artículo 13 del RPI y alegaba que el pago debía valorarse atendiendo al Derecho neerlandés, que no permitía en ningún caso su impugnación.

II. La sentencia del TJUE

8. En su respuesta a la cuestión prejudicial planteada, el TJUE recuerda que el artículo 13 del RPI prevé una excepción a la regla general de su artículo 4.1, según la cual la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento. De este modo, no se aplicará lo dispuesto en la letra m) del apartado 2 de dicho artículo 4, que entiende incluidas en el ámbito de aplicación de la *lex concursus* “las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales para el conjunto de los acreedores”, cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que tal acto está sujeto a la ley de un Estado miembro distinto del Estado en que se abra el procedimiento y que dicha ley no permite en ningún caso que se impugne el acto.

9. Esta excepción, añade, tiene por objeto proteger la confianza legítima y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos de aquel en el que se inicia el procedimiento de insolvencia, estableciendo que los actos realizados con anterioridad a su apertura seguirán estando regulados, aun

después de ésta, por el Derecho que les era aplicable en la fecha en la que se realizaron. En tanto que excepción, el artículo 13 debe interpretarse de manera estricta y su alcance no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo indicado.

10. En el caso, dado que el procedimiento de insolvencia de que se trata en el litigio principal se abrió en Alemania, la ley aplicable a dicho procedimiento y a sus efectos es, conforme al artículo 4 del RPI, la ley alemana, que determinará, en consecuencia, si el pago efectuado por Oeltrans a favor de Frerichs fue perjudicial para el conjunto de los acreedores y si, de serlo, debe ser considerado nulo.

11. Sin embargo, conforme a los objetivos perseguidos por el artículo 13 del RPI, una parte de un contrato que haya recibido un pago en cumplimiento de este debe poder contar con que la ley aplicable a ese contrato rija también ese pago, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia. Lo mismo sucede en el caso de que el pago no lo efectúe la otra parte contratante, sino un tercero, dado que para dicha parte es evidente que, mediante ese pago, el tercero tiene la intención de cumplir la obligación contractual de pago que incumbía a la otra parte contratante. Así pues, en ese caso, la parte de que se trate también debe poder contar con que, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, el pago en cuestión siga rigiéndose por la ley aplicable al contrato que constituye su fundamento jurídico.

12. En efecto, una parte de un contrato que se ha beneficiado de un pago efectuado por la otra parte contratante o por un tercero en cumplimiento de dicho contrato no puede razonablemente estar obligada a prever que eventualmente se abrirá un procedimiento de insolvencia contra esa otra parte contratante o ese tercero y, en su caso, en qué Estado miembro se abrirá. Una interpretación distinta del artículo 13 del RPI menoscabaría su efecto útil y sería contraria a su finalidad de proteger la confianza legítima de los beneficiarios de actos perjudiciales para los intereses de los acreedores, ya que tendría como consecuencia que tales pagos efectuados por terceros se registrarían siempre por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento de insolvencia.

13. Esta interpretación se ve confirmada por el tenor del artículo 12, 1, b del RRI, que prevé que la ley aplicable al contrato regirá, entre otras materias, el cumplimiento de las obligaciones que genere. Por tanto, del tenor de dicha disposición resulta que el cumplimiento de una obligación contractual de pago se rige por la ley aplicable al contrato que constituye el fundamento jurídico de esa obligación.

14. El RRI busca asegurar un alto grado de previsibilidad por lo que se refiere a la ley por la que se va a regir el contrato y ese objetivo se alcanza con la interpretación que se expone, ya que permite garantizar que, incluso después de la apertura de un procedimiento de insolvencia, esa obligación seguirá rigiéndose por esa ley.

15. En consecuencia, el Derecho aplicable a un contrato con arreglo a este último Reglamento rige también el pago efectuado por un tercero en cumplimiento de la obligación contractual de pago que incumbe a una de las partes del contrato cuando, en el marco de un procedimiento de insolvencia, dicho pago se impugne como acto perjudicial para los intereses de los acreedores.

III. Comentario

1. Jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 13 del RPI

16. El artículo 13 del RPI es la norma de este texto que, en materia de Derecho aplicable, en más ocasiones ha suscitado la necesidad de una respuesta en vía prejudicial por parte del TJUE, sin que, sin embargo, hasta la fecha, haya tenido que ocuparse directamente de la cuestión a la que la sentencia

que aquí se comenta da respuesta (pese a lo que el TJUE consideró innecesario que el Abogado General emitiera su opinión al respecto)⁵.

17. Este precepto exige una doble condición para su aplicación: (i) que el acto cuya impugnación se pretende esté sujeto a una ley distinta de la del Estado de apertura del concurso y (ii) que dicha ley no permita en ningún caso la impugnación. La cuestión planteada en el asunto C-73/20 se refiere a la primera de ellas ya que se trata fundamentalmente de dilucidar si, rigiéndose un contrato por el Derecho neerlandés, este alcanza al tercero que, no siendo parte en la relación contractual, realizó, sin embargo, el pago con la intención de que fuera liberatorio para el deudor.

18. El TJUE tuvo que pronunciarse sobre ese requisito- la sujeción del acto impugnado a una ley distinta de la *lex concursus*- en el asunto en C- 54/16, en el que aclaró que el artículo 13 del RPI podía invocarse válidamente incluso en un supuesto en el que todos los elementos del contrato se situaban en un mismo Estado miembro y este se regía por un Derecho extranjero únicamente porque las partes lo habían designado como aplicable, con la salvedad de que la elección no fuera fraudulenta o abusiva, cuestión que correspondía comprobar al órgano jurisdiccional remitente. A juicio del TJUE, puesto que el RRI permitía la elección en tales casos, no cabía excluir el supuesto del ámbito de aplicación del artículo 13 del RPI.

19. Respecto del segundo de los requisitos, el TJUE ha aclarado que, para defender la validez de un acto que la *lex concursus* considera nulo por entender que es contrario al interés del conjunto de acreedores, el beneficiado por el mismo debe demostrar que en el caso en concreto no se cumplen las condiciones exigidas para que pueda acogerse un recurso interpuesto contra él y que el artículo 13 del RPI no permite la invocación meramente abstracta del carácter no recurrible del acto según la *lex causae*⁶.

20. Esa afirmación es reiterada por el TJUE en la sentencia en el asunto C- 310/14⁷, en la que matiza 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. Se trata, en consecuencia, de una prueba compleja, no solo por la dificultad que siempre entraña la prueba negativa, sino por la necesidad de extenderla a todo el ordenamiento jurídico *causae*, ya que cualquier disposición del mismo que permitiera la impugnación impediría prevalerse del citado artículo 13.

21. En la sentencia en el asunto C-54/16, ya citada, el TJUE se pronunció sobre la forma y los plazos para invocar el artículo 13 del RPI y estableció 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. Hay que tener en cuenta,

⁵ Sobre esta jurisprudencia, ver E. TORRALBA, “Las insolvencias transfronterizas en la Unión Europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 360-378; P.A.DE MIGUEL, “Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable”, *La Ley Unión Europea*, nº 50, 2017.

⁶ STJUE de 8 de junio de 2017, as- C-54/16, *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.

⁷ STJUE de 15 de octubre de 2015, *Nike*, ECLI:EU:C:2015:690..

no obstante, que la excepción que establece el artículo 13 incluye también los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la *lex causae*.

22. En esta línea, en su sentencia en el asunto C-577/13⁸, 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 haya 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, razonamiento que enlaza con la cuestión que se resuelve en la sentencia que es objeto de este comentario. 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 RPIbis).

2. El concurso como “puesta a prueba” de las relaciones preexistentes

23. La sentencia en el asunto C-73/20 pone de manifiesto la necesidad, puesta de relieve en numerosas ocasiones, de asegurar una interpretación coherente de los distintos textos emanados del legislador europeo en materia de Derecho internacional privado, sin perjuicio de que los objetivos perseguidos por cada uno de ellos no sean en todos los casos los mismos y que eso pueda dar lugar a divergencias justificadas en algunos casos.

24. En este supuesto, la coincidencia de objetivos de los textos normativos en presencia – RPI y RRI- en relación con el supuesto concreto que debe resolver el juez remitente resulta evidente, dada la decisión del legislador europeo, al regular las excepciones a la regla general en materia de ley aplicable contenidas en el RPI, de garantizar, para ciertas situaciones, la seguridad jurídica que resulta de proteger la confianza de aquellos que hubieran celebrado actos jurídicos antes de la declaración de concurso que estuvieran sujetos a un ordenamiento distinto al del Estado de apertura de éste y la voluntad del RRI de asegurar la certeza en la determinación de la ley aplicable a un contrato en el ámbito de la UE como garantía de la seguridad jurídica, para lo que el alto grado de previsibilidad de las normas de conflicto es esencial⁹. Esa certeza queda protegida si, una vez determinada la ley aplicable al contrato, este no se ve afectado por una legislación distinta más que en circunstancias excepcionales.

25. No hay que olvidar a este respecto que el concurso es la “piedra de toque” que pone a prueba las relaciones jurídicas preexistentes en las que estuviera inmerso el concursado. De este modo, el Derecho concursal no crea derechos, sino que parte de los que se hubieran creado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de acuerdo con el Derecho mercantil, civil, laboral, etc., a los que, en su caso, modifica o limita para asegurar que se cumplen los fines del concurso.

26. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, los derechos preexistentes han podido crearse con arreglo a un ordenamiento distinto de la *lex concursus*, pero resultar afectados por el procedimiento de insolvencia. Este puede interferir en el ejercicio de tales derechos, considerarlos nulos o modificarlos, con independencia del ordenamiento conforme al cual se constituyeron¹⁰. Basta imaginar

⁸ STJUE de 16 de abril de 2015, as. C- 577/13, Lutz, ECLI:EU:C:2015:227. 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.

⁹ Cdo. 16 de la Exposición de Motivos del RRI.

¹⁰ M. VIRGOS/F. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 73-74.

el caso de un contrato celebrado antes de la apertura del procedimiento de insolvencia con sujeción, por ejemplo, al Derecho neerlandés, respecto del que la *lex concursus*, en hipótesis española, permita su resolución judicial en interés del concurso (al amparo del artículo 165 de la Ley Concursal¹¹), incluso si la *lex contractus* no contemplara esa posibilidad. A la vista del artículo 4,2, e del RPI, las expectativas del cocontratante del deudor insolvente acerca de las situaciones en que su contrato pudiera verse resuelto se verán frustradas por la aplicación de la *lex concursus*, sacrificio que se impone en atención a los intereses colectivos concursales.

27. En efecto, quien celebra un contrato sujeto a Derecho neerlandés espera que éste sea el que lo rijan en todos sus aspectos y que la única posibilidad de que no se cumpla esa expectativa sea que las partes acuerden su sumisión a un ordenamiento distinto. No obstante, dados los objetivos perseguidos por el Derecho concursal, que trasciende los intereses puramente individuales y el carácter imperativo que los ordenamientos otorgan a esta rama del ordenamiento, no resulta irrazonable, desde luego más para operadores sofisticados que para los demás, tener que asumir que las situaciones de insolvencia de cada una de las partes pudieran de alguna manera modificar esa expectativa.

28. No obstante, el legislador europeo decidió salvaguardar en ciertos casos esas expectativas basadas en la confianza en que a una situación o derecho previos al concurso y sujetos a un ordenamiento extranjero pudiera seguir aplicándose este ordenamiento, lo que justifica las excepciones que recoge a la regla general del artículo 4 del RPI.

29. Eso ocurre, por ejemplo, en el artículo 5 que blindan frente a la apertura del procedimiento de insolvencia “los derechos reales de un acreedor o de un tercero sobre los bienes, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, tanto bienes concretos, como conjuntos de bienes indefinidos que varían de vez en cuando, que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado miembro”, sin perjuicio de la posibilidad de su impugnación por la vía de la acción rescisoria. También en este caso, como en el que se analiza la sentencia que se comenta, se trata de asegurar a aquel que constituyó un derecho real sujeto a un ordenamiento distinto del que después rige el concurso, la posibilidad de ejecutar su derecho. La técnica utilizada en este caso no es conflictual, sino sustantiva, pero la finalidad perseguida no es diferente de la que encontramos en otras disposiciones que sí usan la técnica conflictual y, entre ellas, la que aquí nos ocupa: el artículo 13 del RPI¹².

30. En efecto, en el caso del artículo 13, no se impide la posibilidad de ejercer acciones rescisorias frente a actos sujetos a ordenamientos distintos de aquel vigente en el Estado de apertura del concurso (lo que ocurriría si se hubiera utilizado una técnica normativa similar a la del artículo 5 del RPI), sino que la suerte del acto en cuestión dependerá de lo que establezca el Derecho que lo rige, en el sentido siguiente: si de acuerdo con la *lex concursus*, el acto es anulable, puede, no obstante, salvar su validez si está sujeto al Derecho de un Estado miembro distinto que no permite “por ningún medio” que se impugne dicho acto.

31. Cuando se trata de un contrato, eso significa que si, como en el caso, este se sujeta al Derecho neerlandés y el concurso se abre en Alemania, la acción rescisoria que pudiera prever el Derecho

¹¹ Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, BOE núm. 127, d e7 de mayo de 2020.

¹² También es una norma de carácter sustantivo la contenida en el artículo 7 del RPI, sobre la reserva de propiedad (artículo 10 del RPI bis). A cambio se usa la técnica conflictual en los artículos 6 (compensación), 8 (contratos sobre bienes inmuebles), 9 (sistemas de pago y mercados financieros), 10 (contratos de trabajo), 11 (derechos sometidos a registro), 14 (protección de los terceros adquirentes) y 15 (efectos del procedimiento de insolvencia sobre procedimientos en curso), correspondientes a los artículos 9, 11,12, 13, 14, 17 y 18 del RPI bis. El art. 12 del RPI (15 del RPI bis) es una norma que no debería figurar entre las destinadas a regular el Derecho aplicable, sino situarse en el artículo 2 ya que es una disposición relativa a la ubicación de los bienes a efectos de su imputación a la masa activa de uno u otro de los procedimientos de insolvencia que puedan abrirse con base en el RPI.

alemán puede resultar inoperante si el Derecho neerlandés no permite “por ningún medio” la impugnación, por ejemplo, porque el plazo para hacerlo ya ha prescrito (ténganse en cuenta a este respecto las aclaraciones ya efectuadas por el TJUE en los asuntos C-577/13 y C-54/16, citados) y no hay ninguna otra circunstancia que pueda fundamentar tal impugnación.

3. El RRI y la ley aplicable a la extinción del contrato

32. La opción del legislador del RPI es, pues, proteger la confianza legítima de quien asumió que su contrato se iba a regir por un ordenamiento distinto al de apertura del concurso y ello, además, con independencia de que dicha ley rectora se haya determinado a partir de una norma de conflicto objetiva o resulte de la voluntad de las partes, como el propio TJUE se encargó de poner de manifiesto en su sentencia en el asunto C-54/16, a la que se ha hecho referencia. En el caso que se contempla en la sentencia objeto de este comentario no se aclara cuál es la razón por la que el Derecho neerlandés debe aplicarse al contrato, ni siquiera cual era el contenido de ese contrato y las obligaciones asumidas por las partes, sino que se acepta como cuestión no debatida que aquel estaba sujeto al Derecho de los Países Bajos y lo que se discute es la extensión de ese Derecho a un acto realizado por una persona distinta de las partes contratantes.

33. La cuestión central es, entonces, el alcance de la ley rectora del contrato y si ésta solo afecta a las relaciones entre las partes del mismo o si, por el contrario, puede oponerse también a quien interviene en su ejecución. El artículo 12 del RRI establece un elenco no exhaustivo de materias que se integran en el ámbito de la *lex contractus*, entre las que se recogen los diversos modos de extinción de las obligaciones (apartado d). De este modo, es la ley rectora de cada contrato, establecida de acuerdo con el RRI, la que decide que circunstancias dan lugar a la extinción de una obligación, entre ellas los requisitos que debe cumplir un pago para ser liberatorio y si lo es el efectuado por un tercero en nombre del deudor. También será esa ley la que determine si las acciones relacionadas con el contrato están prescritas o no.

34. Existen pues, dos disposiciones potencialmente llamadas a ser aplicadas para resolver sobre la validez del pago efectuado por Oletrans: que regula la acción rescisoria concursal alemana, cuyo plazo de prescripción no ha transcurrido en opinión del Bundesgerichtshof, y la del derecho neerlandés que entiende prescrita la posibilidad de impugnar el pago efectuado y no prevé otro modo de declarar su nulidad.

4. La interrelación del RPI y el RRI

35. En este juego conjunto del RPI y el RRI la cuestión fundamental es la que el art. 12 del segundo resuelve: la de la extensión de la ley aplicable al contrato al tercero que efectúa el pago. Siendo el pago una forma de extinción de las obligaciones contractuales, es la ley que rige esa obligación la que determina si esa extinción se produce también si quien paga no es el deudor, sino un tercero y las condiciones en que ese pago se tiene que efectuar para ser liberatorio. De este modo, el tercero “interfiere” en la obligación contractual, con la consecuencia de que a su actuación se aplica la ley que rige el contrato. Nótese que quien alegaba el artículo 13 era parte en el contrato que está en el origen del pago efectuado por Oletrans y que ahora su administrador concursal pretende impugnar. Fue Oletrans quien voluntariamente intervino en una esfera contractual ajena efectuando un pago en nombre de una de las partes y que pretendía con efectos liberatorios para ésta. Las propias partes contractuales en ningún momento modificaron su marco jurídico de referencia, sino que es un tercero, ajeno a la relación inicial, quien pretende la alteración de ese marco.

36. Como se ha indicado en epígrafes anteriores, la razón que justifica las excepciones a la aplicación de la *lex concursus* admitidas por el RPI es el respeto a la confianza legítima en la aplicación de la ley que, antes del procedimiento de insolvencia, regía una determinada situación. Solo esa confianza,

con los límites fijados por el RRI, es la que debe protegerse en el marco del RPI, cuyos objetivos no parecen exigir una protección que, para las obligaciones contractuales, vaya más allá del perímetro del Derecho aplicable que resulta del RRI (fuera de él, la confianza no podría entenderse “legítima”).

37. En esa línea, la conclusión del TJUE de que el pago de tercero resulta reglado por la ley rectora del contrato al que pretende dar cumplimiento parece inobjetable. Aquel que con su pago pretende liberar a una parte del contrato sabe que, para hacerlo, tiene que respetar las condiciones y requisitos que a ese pago impone la ley rectora de aquél y quien lo recibe confía, del mismo modo, en la aplicación de esa ley no solo para determinar el efecto liberatorio sobre el deudor, sino para regular todo lo que se refiere a dicho pago, es decir, también su posible nulidad o revocación¹³.

38. En el marco de las relaciones entre partes del contrato, cuando esa confianza se pone a prueba como consecuencia de la apertura de un procedimiento de insolvencia que afecta a una de ellas podría pensarse, de no haber optado el legislador europeo por la solución recogida en el artículo 13 del RPI, que es igualmente razonable para cada una asumir que la suerte de los pagos realizados en virtud del contrato ya no deba regirse por la *lex contractus*, sino por la ley rectora de la insolvencia. Esta solución supondría añadir un elemento de incertidumbre a las relaciones entre las partes, pero se trataría de una incertidumbre controlada, puesto que a todas ellas les resultará relativamente sencillo determinar *ex ante* cual es el riesgo de insolvencia de su co-contratante (entendido aquí ese riesgo desde una perspectiva de Derecho internacional privado: donde va a concursar, si lo hace, y conforme a que ordenamiento), especialmente en el marco de la Unión Europea.

39. Sin embargo, cuando, como en el caso, se trata del concurso de un tercero que, con su pago, liberó a una de las partes del contrato, resulta más dudoso que se pueda exigir a quien recibe dicho pago la previsión de la ley por la que se regiría la insolvencia del tercero. En el supuesto que se resuelve en la sentencia del TJUE, tanto Oeltrans como Tankfracht están domiciliadas en Alemania, pero piénsese en una situación en la que no fuera así y en la que, por ejemplo, la segunda lo estuviera en Francia. En ese caso, Frerichs podría tal vez prever las consecuencias que la aplicación del Derecho concursal francés tendría sobre su contrato (e incluso esto pone en duda el TJUE en su sentencia), pero no le resultaría exigible que considerase *ex ante* el riesgo que pudiera llegar a suponer el alemán para el caso de que un tercero, con COMI en Alemania, decidiera pagar la deuda de su cocontratante.

40. En el sistema del RPI, sin embargo, y a la vista de la sentencia que se comenta, ese riesgo de insolvencia sí se impone también a Frerichs: el Derecho alemán del concurso resulta de aplicación y solo dejará de hacerlo si Frerichs prueba que la ley neerlandesa rectora del contrato no permite impugnar el pago. Pese a la falta de previsibilidad mencionada, los intereses concursales se imponen, pero no resultaría proporcionado que lo hicieran sin dar opción a la aplicación del artículo 13 del RPI. Si se entendiera de otra manera se produciría la paradoja de que en un contexto en el que a Frerichs le resultaría más previsible prever el riesgo concursal de Tankfracht, se le permitiría, sin embargo, proteger el pago a partir de la aplicación de la *lex contractus*, mientras que allí donde esa previsibilidad resulta más dudosa, porque se refiere a un tercero, se le dejaría sin esa protección. A cambio, al tercero que intervino voluntariamente en la esfera contractual ajena le resulta exigible, en tanto que era previsible, que soporte las consecuencias de aplicar la *lex contractus* en los términos del artículo 13 del RPI.

41. En conclusión, el TJUE sigue determinando, a través de su jurisprudencia, los límites y los criterios en la aplicación del RPI también en relación con otros textos europeos. La sentencia en el asunto C-73/20 es un paso más en esa dirección que consolida tales criterios de manera acorde con los objetivos del RPI y la razón de ser de sus reglas.

¹³ Para una visión más crítica con la conclusión del TJUE en esta sentencia, ver A. ESPINIELLA, “Pagos transfronterizos por subrogación y posteriores a la insolvencia. Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de abril de 2021, asunto C-73/20”, *La Ley Unión Europea*, núm. 25, 2021.