

La eficacia del *third party release* en supuestos transfronterizos

The effectiveness of third party release in cross-border cases

ELISA TORRALBA MENDIOLA*

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

Recibido: 14.05.2024 / Aceptado: 04.06.2024

DOI: 10.20318/cdt.2024.8985

Resumen: El artículo 652,2 de la Ley Concursal prevé que los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo se pueden extender a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora. Una regla similar se contiene en el artículo 596,3 de la misma Ley para los casos de comunicación de apertura de negociaciones. La eficacia de estas reglas se ve puesta en entredicho en situaciones transfronterizas, en las que las disposiciones de la Unión Europea y/o las reglas en materia de reconocimiento del país en el que este deba producirse pueden establecer ciertos obstáculos, derivados fundamentalmente de su comprensión de la extensión de la competencia de las autoridades españolas. Si bien la Ley Concursal permite salvar la eficacia de los artículos citados en ciertas situaciones, no la garantiza en todos los casos.

Palabras clave: Grupos de sociedades, *third party release*, competencia reconocimiento.

Abstract: Article 652.2 of the Insolvency Act provides that the effects of the restructuring plan of a group company can be extended to personal or in rem guarantees provided by any other company of the same group not subject to the restructuring plan, when the enforcement of the guarantee may cause the insolvency of the guarantor and the debtor itself. A similar rule is contained in Article 596.3 of the same Law for cases of notification of the opening of negotiations. The effectiveness of these rules is called into question in cross-border situations, in which the provisions of the European Union and/or the rules on recognition of the country in which recognition is to take place may establish certain obstacles, derived fundamentally from their understanding of the extent of the jurisdiction of the Spanish authorities. Although the Insolvency Act allows the effectiveness of the aforementioned articles to be saved in certain situations, it does not guarantee it in all cases.

Keywords: Groups of companies, third party release, jurisdiction, recognition.

Sumario: I. Introducción. II.- Las garantías intragrupo en situaciones de preinsolvencia. III.- La eficacia de los artículos 596, 3 y 652, 2 del LC en supuestos internacionales. 1) Los grupos de sociedades y la insolvencia internacional. 2) El reconocimiento de resoluciones en el RPI bis. 3) La extensión de la competencia respecto de la sociedad matriz a otras sociedades del grupo en la LC. 4) Diferentes escenarios. IV.- Algunas reflexiones al hilo de la cuestión analizada.

*Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Generación de Conocimiento 2022) titulado “Nuevas perspectivas de la insolvencia internacional: reestructuraciones preconcursales y concursales” (PID 2022-140017OB100).

I. Introducción

1. La Ley 16/2022, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal¹ (LC) transpone al Derecho español la Directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva² y, al hacerlo, modifica sustancialmente los institutos concursales anteriormente previstos en la legislación española. La LC pretende incrementar la eficacia del sistema y para ello sustituye los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago por un único instrumento, los planes de reestructuración, que permite actuar en un estadio previo a aquel en que lo hacían los institutos antes previstos (la mera probabilidad de insolvencia, frente a la insolvencia inminente que exigía la normativa anterior). Con ello, la norma pretende incentivar “una reestructuración más temprana, y por tanto con mayores probabilidades de éxito”, que se prevé que tenga como consecuencia indirecta la contribución a la “descongestión de los juzgados y por tanto a una mayor eficiencia del concurso”³.

2. Entre las disposiciones adoptadas para asegurar la eficacia de los nuevos instrumentos se encuentran las que se sitúan en el objeto de este trabajo y que regulan el conocido como *third party releases*, que no es otra cosa que la posibilidad de extender los efectos de la comunicación de apertura de negociaciones o del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora.

3. No obstante, la eficacia de esas reglas en supuestos internacionales se ve puesta en entredicho en los casos en los que se pretende hacerlas valer frente a sociedades cuyo centro de intereses principales (COMI)⁴ se encuentre en otros Estados. Este trabajo se dedica al análisis de esta cuestión en supuestos transfronterizos intra y extra- Unión Europea.

4. A estos efectos, se expone en primer lugar la ratio del *third party release* y su regulación en la LC (II), para pasar a continuación a analizar la eficacia de esa regulación en supuestos internacionales (III). Con ese fin se recuerda la perspectiva adoptada por el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (PI bis) y por la LC en el tratamiento de la insolvencia de los grupos de sociedades en supuestos internacionales (III, 1); se expone el régimen de reconocimiento de resoluciones en materia de insolvencia previsto en el RPI bis y su ámbito de aplicación (III, 2) y se analiza la regla especial de competencia introducida en el artículo 755 de la LC que permite que, en ciertas circunstancias, los tribunales españoles conozcan de la preinsolvencia de sociedades cuyo COMI se encuentra en otro Estado (III, 3). Tras ello, se proyectan todas esas premisas sobre los diferentes escenarios en los que puede plantearse la necesidad de extender la eficacia del *third party release* que resulta de un instituto concursal adoptado en España a supuestos internacionales. El trabajo acaba con algunas reflexiones finales acerca de la necesidad de abordar de manera más eficiente en la legislación española y europea las cuestiones relativas a la insolvencia de los grupos multinacionales de sociedades (IV).

¹ Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, 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 deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2022.

² Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, 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 deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia), DOUE, núm. 172, de 26 de junio de 2019.

³ Párrafo séptimo del Preámbulo de la LC.

⁴ Por centro de intereses principales se entiende “el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses”, en la definición dada por artículo 3,1 del Reglamento 848/2014, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 141, de 5 de junio de 2015, corr. err. DO L 349, de 21 de diciembre de 2016).

II. Las garantías intragrupo en situaciones de preinsolvencia

5. Los grupos de sociedades están formados por sujetos con personalidad jurídica propia que pertenecen, sin embargo, a una realidad económica integrada⁵. En ese contexto, las garantías intragrupo responden a esa integración y constituyen un elemento útil a la hora de conseguir financiación para cualquiera de las sociedades del grupo. Además de ello, se suele alegar a su favor que protegen a los acreedores frente a traslados oportunistas de bienes de unas sociedades a otras dentro del propio grupo en los casos en los que todas o la mayoría de las sociedades del grupo se erigen en garantes⁶.

6. Por otro lado, en la medida en que vinculan los intereses de las personas jurídicas en presencia, las garantías intragrupo no están exentas de riesgo porque, en situaciones de crisis del deudor garantizado, permiten que aquella se extienda a las sociedades del grupo garantes, a las que puede colocar, a su vez, en situación de insolvencia. Junto a ello, el hecho de que los acreedores beneficiarios de las garantías tengan un acceso directo al patrimonio de la filial puede desincentivarles a la hora de favorecer una reestructuración global, en los casos en los que la tasa de recuperación del crédito bajo la garantía es mejor que frente al resto del grupo y puede, además, provocar una “carrera” oportunista para obtener la ejecución de las garantías que ponga en peligro la posibilidad de reestructuración y la viabilidad⁷.

7. En este contexto, cuando la matriz se enfrenta a una situación de crisis y se negocia la reestructuración, acordándose en ella la suspensión de la ejecución de garantías, resulta útil extender dicha suspensión también a las garantías otorgadas por otras sociedades del grupo a favor de los acreedores de aquella porque, de este modo, se favorece la negociación y se evita el contagio de la crisis a otras sociedades solventes. Es cierto que la práctica se ha cuestionado porque en ocasiones puede interferir en los sistemas nacionales de garantías y poner en peligro la seguridad de las transacciones, con el consiguiente riesgo de resultar en un incremento del coste del crédito, pero su eficacia en ciertas situaciones de crisis resulta también evidente⁸.

8. Los artículos 596,1 y 652,2 LC están destinados a cumplir esta función y constituyen una novedad en la legislación española que introduce por primera vez, a través de ellos, el *third party release*. Esta introducción no trae causa de la Directiva, que renunció a regular la materia y deja libertad a los Estados miembros para hacerlo⁹, y nos sitúa en la línea de países como Holanda o Alemania que la recogen en sus legislaciones¹⁰.

9. Así, en el sistema español, el *third party release* se prevé tanto cuando se regula la comunicación de apertura de negociaciones, como respecto de la adopción del plan de reestructuración. En relación con la primera, el artículo 596,1 LC prevé, como regla general, que la comunicación no impide que el acreedor pueda hacer efectiva la garantía personal o real de un tercero que asegure el crédito del

⁵Cuál sea el grado y la forma de integración, la naturaleza del instrumento utilizado para la constitución del grupo, o el tratamiento que se dé a los grupos de hecho, son cuestiones que exceden el objeto de este trabajo. Sobre ellas, FUENTES, M., *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007.

⁶KOKORIN, I., Third party releases in Insolvency of Multinational Enterprise Groups”, *European Company and Financial Law Review*, 2021, vol. 18, núm. 1, p. 111.

⁷ALONSO, A., “Los efectos del plan de reestructuración sobre las garantías intragrupo (third party release)”, *La Ley Mercantil*, nº 98, enero de 2023, p. 3; KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, p. 111. De esta cuestión se ocupa también la Guía Legislativa CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia, Tercera parte: Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, 2012, pp. 38-40.

⁸Sobre estas cuestiones, KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, p. 109.

⁹Así resulta de su Considerando 32 y de su artículo 2,1,4. El *third party release* sí estaba previsto en algunos ordenamientos (así, por ejemplo, en los *schemes of arrangement* ingleses, o en cierta jurisprudencia americana, en el marco del Chapter 11, aunque otros tribunales de ese país entienden que la legislación no lo permite). Sobre esta cuestión, ALONSO, A., “Los efectos del plan de reestructuración...”, *cit.*, pp. 4-5; KOKORIN, I., “Third party releases...”, *cit.*, pp. 118-132.

¹⁰En los Países Bajos a través de la *Wet Homologatie Onderhands Akkoord*, WHOA (traducción no oficial al inglés en <https://www.debrauw.com/articles/new-dutch-scheme-the-act-on-court-confirmation-of-extrajudicial-restructuring-plans>) o en Alemania, en la *Unternehmensstabilisierungs und restrukturierungsgesetz*, StaRUG.

deudor que hubiese presentado la comunicación. Sin embargo, de acuerdo con el tercer apartado de dicho artículo “la comunicación suspenderá la ejecución de las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del grupo no incluida en la comunicación cuando así lo haya solicitado la sociedad deudora acreditando que la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia del garante y de la propia deudora”.

10. Lo mismo prevé el artículo 652 LC en relación con el plan de reestructuración. Tras establecer en su apartado primero que los acreedores afectados que no hubieren votado a favor del plan mantienen sus derechos frente a los terceros garantes y que el mantenimiento de tales derechos respecto de los acreedores que votaron a favor depende de lo que acordasen en la respectiva relación jurídica y, en su defecto, de lo que establezcan las normas aplicables a esta, añade que “los efectos del plan de reestructuración de una sociedad de un grupo se pueden extender también, en las condiciones previstas en éste, a las garantías personales o reales prestadas por cualquier otra sociedad del mismo grupo no sometida al plan de reestructuración, cuando la ejecución de la garantía pueda causar la insolvencia de la garante y de la propia deudora”. Así, el plan puede prever que la garantía se modifique en función de las quitas y esperas pactadas en él, o, incluso que se extinga, tal como prevé el artículo 616.1 LC¹¹.

11. En ambos casos corresponde a la sociedad deudora solicitar la suspensión de la garantía dada por otra sociedad del grupo, que no está incluida en la comunicación o en el plan, indicando, además, las garantías y ejecuciones concretas que solicita paralizar.

III. La eficacia de los artículos 596, 3 y 652, 2 LC en supuestos internacionales

12. Para analizar adecuadamente el tema que da título a este epígrafe y es el núcleo del trabajo, es necesario exponer algunas cuestiones previas: en primer lugar la premisa que está en el punto de partida del tratamiento de los grupos multinacionales en supuestos de insolvencia, en segundo lugar el análisis de la regla de competencia especial introducida por la LC en relación con esa cuestión y, por último, los rasgos generales del sistema de reconocimiento de resoluciones concursales previsto por el RPI bis y su ámbito de aplicación. Tras ello, se proyectarán todas esas premisas sobre la eficacia del *third party release* regulado en la ley española.

1. Los grupos de sociedades y la insolvencia internacional

13. El tratamiento que haya que dar a los grupos internacionales de sociedades en situaciones de insolvencia es una cuestión muy debatida que, a día de hoy, dista de haberse resuelto en el ámbito de la Unión Europea de manera satisfactoria. El Reglamento 1346/2000¹², predecesor del actualmente en vigor, ni siquiera se ocupaba de la cuestión, lo que fue objeto de no pocas críticas¹³. El RPI bis sí lo hace, pero ha adoptado, entre las alternativas que en el momento barajó el legislador, la más conservadora.

14. Así, descartada la separación de procedimientos, que supone ignorar en el concurso la estructura de grupo, se rechazan también la consolidación procesal, en la que si bien un solo tribunal conoce de los concursos de las sociedades del grupo, no se consolidan las masas y puede dejarse cierto margen a la aplicación de las leyes de los domicilios respectivos de cada sociedad, y la sustantiva, en

¹¹ Como es obvio, con esto no se pretende desfavorecer a los acreedores garantizados en beneficio de los que no lo estaban. Por eso, el plan debe ofrecer alguna compensación, directa o indirecta, a los primeros. Sobre esta cuestión, ALONSO, A. “Los efectos del plan de reestructuración...”, cit. pp. 10-12.

¹² Reglamento 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, DOCE L160, de 30 de junio de 2000.

¹³ Sobre esta cuestión, HESS, B./OBERHAMMER, P./PFEIFFER, T., *European Insolvency Law, Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report*, Munich, CH Beck-Hart-Nomos, 2014, pp. 153-167.

la que se integran las masas activas y pasivas de los diferentes concursos, a los que se aplica la ley del foro¹⁴. Frente a esos modelos, el RPI bis opta por un mecanismo de cooperación entre procedimientos.

15. En esa línea, el RPI bis parte de la consideración individualizada de cada deudor, sin prestar atención, en el caso de las personas jurídicas, a su posible integración en un grupo de sociedades. Tal como resulta de su artículo 3, lo relevante a efectos de delimitar la competencia para conocer de una situación concursal o preconcursal es la presencia en un Estado miembro de la Unión Europea del COMI o de un establecimiento de dicho deudor. En el primer caso, el procedimiento que se abra tendrá alcance universal y se extenderá a todos los bienes del deudor, con independencia de su ubicación, y a todos sus acreedores. En el segundo, el procedimiento se califica de territorial porque limita su alcance a los bienes del deudor situados en el Estado de apertura, si bien, desde la perspectiva del pasivo están llamados, a este también, todos los acreedores. En ningún caso, sin embargo, se contempla una extensión de la competencia definida por estas vías a otras sociedades que pudieran integrarse en el mismo grupo que la insolvente¹⁵ pero cuyo COMI se encontraran en otro Estado miembro.

16. Así, en esta regulación, la pertenencia de un deudor a un grupo de sociedades no afecta a la competencia de las autoridades encargadas del concurso, sino que cada sociedad del grupo concursa o se somete a un plan de restructuración (o equivalente) en el Estado miembro cuyos tribunales serían competentes según los criterios expuestos. Una vez abiertos esos procedimientos, se sujetan a las reglas de cooperación y de coordinación previstas en los artículos 56 a 77 (además de a las que, para la concurrencia de procedimiento universal y territoriales sobre un deudor, incluso parte de un grupo, prevén, entre otros, los artículos 41 a 44). Por otra parte, en el sistema del RPI bis ese tratamiento se extiende tanto a los procedimientos de insolvencia, como a las preinsolvencias, para las que no se prevén reglas especiales, con los consecuentes desajustes.

17. Esa misma concepción se recoge en la LC para los concursos internacionales¹⁶. Sin embargo, para el caso de los preconcursos el legislador prevé algunas reglas especiales. Así, el Título II del Libro IV lleva por título “De las especialidades del Derecho preconcursal” y, tras una afirmación general acerca de la aplicabilidad a los procedimientos de insolvencia de las normas de Derecho internacional privado establecidas en la propia Ley “con las adaptaciones pertinentes”, modifica el régimen de regulación del Derecho aplicable, suprimiéndose todas las excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*, salvo la referida a los derechos sobre valores, sistemas de pago y mercados financieros recogida en el artículo 726 (artículo 754), se extiende el régimen de reconocimiento propio de los concursos a estos institutos (artículo 753) y, lo que es más relevante a los efectos que aquí nos ocupan, se incluye una regla espacial de competencia judicial en relación con los grupos de sociedades (artículo 755).

2. El reconocimiento de resoluciones en el RPI bis

18. Partiendo de las premisas anteriores, las resoluciones en materia de insolvencia adoptadas en un Estado pueden, en supuestos transfronterizos, necesitar producir efectos en Estados distintos. Ello

¹⁴ En este modelo los procedimientos se abren ante un mismo órgano jurisdiccional que aplica su propio ordenamiento, sin perjuicio de que algunas cuestiones puedan someterse a la ley del domicilio de la filial y sin que se unifiquen las masas activas o pasivas de los concursos. Para una descripción de los distintos modelos, ver GARCÍA GUTIÉRREZ, L., “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, esp. pp. 208-214; R. VAN GALEN, “The Recast Insolvency Regulation and group of companies”, ERA Forum, 2015, 16, pp. 241-253. Sobre propuestas alternativas, A. ESPINIELLA, *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006; I. MEVORACH, *Insolvency within multinational enterprise groups*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

¹⁵ El término insolvencia se emplea en este contexto como comprensivo también de las situaciones de preinsolvencia.

¹⁶ No así para los internos, como resulta del artículo 46 LC, que contiene una regla sobre concursos conexos, según la que, en el caso de sociedades del mismo grupo, será competente respecto de todas ellas el juez del lugar donde tenga el COMI la sociedad dominante y, si el concurso no se solicita respecto de ésta, el del lugar del COMI de la sociedad con mayor pasivo.

ocurrirá fundamentalmente cuando el procedimiento abierto es universal y, más escasamente, cuando su alcance es territorial, si bien tampoco cabe descartar esta posibilidad. Tal es el caso, por ejemplo, en el que un acreedor pretende la ejecución de su crédito en un Estado (X) distinto de aquel en el que se abrió el procedimiento (Y), lo que obliga al administrador concursal a comparecer en el procedimiento en X y solicitar su terminación o suspensión como consecuencia del concurso abierto en Y. Esa pretensión solo puede prosperar si en el Estado X se reconoce el concurso abierto en Y. En otros casos no se trata solo de reconocer la resolución extranjera de apertura del concurso, sino de que en el Estado X se pueda ejecutar una resolución adoptada por el juez de Y (por ejemplo, de venta de ciertos bienes del concursado situados en ese territorio). En cualquiera de los dos casos, las normas del Estado receptor (X) determinan si la resolución extranjera produce eficacia y en su caso cómo (a través de qué procedimiento y bajo qué condiciones).

19. Cuando el Estado en el que se pretende el reconocimiento es un Estado miembro de la Unión Europea, el RPI bis establece un sistema favorable a la eficacia de las resoluciones en que las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia adoptadas por el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, se reconocen en los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución producen efectos en el Estado de apertura (artículo 19 RP Ibis), con el límite del orden público (artículo 33 RP Ibis)¹⁷. Así, en ese sistema solo se reconocen las resoluciones procedentes de un Estado miembro cuyos tribunales sean competentes según las disposiciones del RPI bis, es decir, las adoptadas por una autoridad del Estado miembro del COMI del deudor o en el que radique un establecimiento de aquél¹⁸.

20. Fuera de los supuestos a los que resulta de aplicación el RPI bis (en nuestro caso, todos aquellos en los que el decreto que admite la comunicación de apertura de negociaciones o la solicitud de homologación del plan de reestructuración que se extiendan a la suspensión de las garantías de otras sociedades del grupo deban producir efectos en un tercer Estado, no miembro de la Unión Europea o en Dinamarca, que, como es sabido, no es parte del RPI bis) la posibilidad de reconocimiento y los requisitos para llevarlo a cabo dependerán de lo que establezca el Derecho interno de cada Estado (y de los Convenios de los que éste pudiera ser parte). También estará sujeto al Derecho autónomo, incluso en el marco de la Unión Europea, el reconocimiento de resoluciones que quedan fuera del ámbito de aplicación del RPI bis por otros motivos y, señaladamente, por referirse a procedimientos confidenciales, cuestión sobre la que se vuelve en el epígrafe siguiente.

3. La extensión de la competencia respecto de la sociedad matriz a otras sociedades del grupo en la LC

21. En el contexto expuesto, el artículo 755 LC permite obviar algunos de los problemas que suscita la aplicación de los artículos 596,3 y 652, 2 LC en situaciones internacionales, pero no cubre todos los supuestos posibles en los que estos tienen vocación de ser aplicados. Ello es así porque la regla no está concebida con esa función, sino que únicamente pretende superar los problemas que desde el punto de vista competencial supone la ignorancia de la realidad económica del grupo. No obstante, un análisis conjunto de los preceptos mencionados resulta útil para aclarar sus límites.

22. En virtud del artículo 755 LC, y siempre que se cumplan los requisitos que expresamente recoge, los tribunales españoles competentes para conocer de los procedimientos de preinsolvencia regulados en el libro segundo de la LC respecto de la sociedad matriz de un grupo de sociedades, podrán extenderla a las filiales cuyo COMI se sitúe fuera de España.

¹⁷ Reconocida la resolución de apertura, las resoluciones posteriores que traen causa de ella, se reconocen en virtud de lo establecido en el artículo 32 RPI bis.

¹⁸ Dado el alcance geográficamente limitado de los procedimientos territoriales, solo en supuestos muy excepcionales va a ser necesario reconocer sus efectos fuera del Estado de apertura. Siendo así, las cuestiones que suscita el reconocimiento se refieren casi en su integridad a los procedimientos universales.

23. Así, la primera condición es que el tribunal español sea competente para conocer del procedimiento en relación con la sociedad matriz y que esta, a su vez, haya “instado la comunicación regulada en el libro segundo o vaya a quedar sometida al plan de reestructuración”. De este modo, la regla del artículo 755 TRLC solo juega en los casos en los que la sociedad del grupo que justifica la competencia de un tribunal español para homologar un plan de reestructuración o para recibir la comunicación de apertura de negociaciones es una sociedad matriz con COMI o establecimiento en España. No se aplica, en consecuencia, en aquellas otras situaciones, más infrecuentes en la práctica, en los que las garantías no hayan sido prestadas por la filial a favor de un acreedor de la matriz, sino entre sociedades “hermanas”.

24. Por otra parte, para que el tribunal español extienda esa competencia a sociedades filiales cuyo COMI se localice fuera de España, es necesario que “la comunicación o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservada en relación con las filiales, en cuyo caso ni la comunicación ni las resoluciones sobre la homologación del plan respecto de las filiales se publicarán en el Registro público concursal. Estas resoluciones se dictarán separadamente de las resoluciones relativas a la sociedad matriz”.

25. La exigencia de que también se solicite la comunicación o la homologación respecto de las filiales no parece casar adecuadamente con los objetivos que generalmente persigue el *third party release* entre los que, como se ha señalado, destaca el de evitar extender la crisis de la matriz a las sociedades del grupo que no se encuentran, a su vez, en una situación de dificultad. Por el contrario, la previsión del artículo 755 parece asumir que tales sociedades están, al menos, en una situación de insolvencia probable y, por ello, pueden acogerse al plan (o a la comunicación de negociaciones). Podría alegarse que es, precisamente, el riesgo de ejecución de la garantía lo que puede colocarlas en situación de insolvencia de hecho, así lo exigen los artículos 596, 3 y 652,2 LC para justificar su aplicación- pero lo cierto es que estas reglas pretenden obviar la extensión de la reestructuración a las sociedades del grupo, evitando así el estigma que todavía se asocia a aquella en ciertos ordenamientos.

26. De este modo, si bien la extensión de la competencia recogida en el artículo 755 sirve para superar algunos de los problemas derivados de la aplicación de las reglas de Derecho internacional privado a la determinación de la eficacia de los artículos 596, 3 y 652,2 LC, no es menos cierto que los requisitos que exige entran en contradicción con la justificación fundamental del *third party release* y resultan poco coherentes desde un punto de vista conceptual. Nada de extrañar puesto que, como se ha señalado, el objetivo del artículo 755 no es superar los obstáculos al *third party release*, aunque pueda ser utilizado para hacerlo.

27. Por otra parte, como se ha visto, es necesario que la comunicación de negociaciones o la homologación del plan de reestructuración se hayan solicitado como reservadas en relación con las filiales, entendiéndose por ello que no se publiquen en el Registro público concursal. El objeto de esta exigencia no es otro que evitar, en los casos en que las sociedades del grupo tienen su COMI en otro Estado miembro de la Unión Europea, la aplicación del RPI bis, cuyo artículo 1 excluye de su ámbito de aplicación los procedimientos que no tengan carácter “público”. No resultando en esos casos de aplicación el RPI bis, nada se opone a que el legislador español extienda la competencia de sus tribunales, justificada por situarse en España el COMI de la matriz, a otras sociedades del mismo grupo, incluso con COMI en un Estado miembro de la Unión Europea.

28. Por último, el apartado 3 del artículo 755 TRLC 3 TRLC exige para poder ser aplicado “Que la extensión de la competencia sobre las filiales resulte necesaria para garantizar el buen fin de las negociaciones de un plan de reestructuración o la adopción y cumplimiento del plan. En cualquier caso, la competencia solo alcanzará a los acreedores contractuales comunes a la sociedad matriz y a las filiales”. Esta última limitación resulta lógica porque se parte de la base de que en estos casos los acreedores ha-

bían asumido que existe una consolidación contractual implícita y no les resulta imprevisible tener que concentrar sus reclamaciones en el foro de la matriz¹⁹.

4. Diferentes escenarios

29. A la vista de lo señalado en epígrafes anteriores, la posibilidad de que los artículos 596,3 y 652,2 LC desplieguen toda su eficacia en situaciones en las que el COMI de las sociedades garantes no se encuentra en España se ve puesta en entredicho. El análisis difiere en función de los distintos escenarios imaginables.

4.1. Primer escenario: sociedad garante con COMI en la Unión Europea y ejecución de la garantía en España

30. En caso de que la ejecución de la garantía se pretenda en España, el artículo 755 LC puede desplegar sus efectos y, en la medida en que la situación no implica la necesidad de reconocimiento en otro Estado, permite obviar gran parte de los obstáculos que el Derecho internacional privado opone a la eficacia de los artículos 596,3 y 652,2 LC.

31. Si imaginamos que el COMI de la sociedad garante se sitúa en Francia, por ejemplo, y la garantía pretende ejecutarse en España, el acreedor podría argumentar frente a la paralización de la ejecución basada en el artículo 652, 2º TRLC, la falta de competencia de las autoridades españolas a tenor del artículo 3 RPI bis, y, en consecuencia, también la improcedencia de aplicar al caso el Derecho concursal español.

32. Dado que quien prestó la garantía es una sociedad francesa – es decir, con COMI en Francia – no le alcanzan, conforme al RPI bis, los efectos del concurso de la sociedad española. La paralización de la ejecución de esas garantías por una razón concursal (y esta lo es, no solo porque resulta de la aplicación de una norma en materia de insolvencia, sino porque la *ratio* de la norma responde a un fundamento concursal: evitar la extensión de la crisis a otras sociedades del grupo) solo podría producirse en el contexto de un concurso en Francia y en aplicación del Derecho francés.

33. De este modo, el Derecho internacional privado no responde en este caso a las necesidades de la realidad económica. Es cierto que, en la medida en que la Directiva no impone a los Estados miembros el *third party release*, no existe una contradicción interna (entre normas de la Unión Europea), sino solo la dificultad derivada de estas últimas para dar plena eficacia a una disposición que emana de la iniciativa del legislador estatal. Por otra parte, puesto que como se ha visto, la Directiva tampoco prohíbe ese *third party release*, nada impide que el legislador estatal adopte medidas para garantizar la eficacia de los artículos 596,3 y 652,2 LC en supuestos internacionales, siempre que estas no pongan en entredicho el Derecho de la Unión Europea.

34. En ese contexto, el artículo 755 LC, cuyos principales rasgos se han expuesto anteriormente, permite obviar el problema expuesto. Si, cumpliéndose también el resto de requisitos que la norma exige, la comunicación o la homologación del plan se solicita como reservada en relación con las filiales, el supuesto queda fuera del ámbito de aplicación del RPI bis definido en su artículo 1 y el juez español no está limitado por sus reglas de competencia, sino que puede aplicar el Derecho nacional que, aunque en

¹⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “Novedades en materia de insolvencia internacional en el proyecto de reforma del texto refundido de la Ley concursal”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 2022, núm. 5, p. 203, GARCIMARTÍN, F, J., “Sobre el nuevo régimen aplicable a los planes de reestructuración del Libro II del Anteproyecto y las novedades en el Libro IV”, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 2021, núm. 3, p. 84.

general parte de las mismas premisas que el de la Unión Europea, resulta modificado en este punto por la regla especial para las preinsolvencias.

35. Sin embargo, como se ha mencionado en el epígrafe anterior, en las situaciones en las que quien tiene su COMI en España no es la matriz, sino otra sociedad del grupo cuyas deudas están garantizadas por la matriz o por sociedades hermanas, el supuesto no quedaría cubierto por el artículo 755 TRLC y pervivirían los problemas de extensión de la competencia que se han venido mencionando, con la consiguiente imposibilidad para el juez español de dar plena eficacia a los artículos 596.3 y 652.2 LC.

4.2. Sociedad garante con COMI en un tercer Estado y ejecución de la garantía en España

36. En esta situación, la extensión de la competencia de los tribunales españoles no encuentra barreras en el RIP bis, que no resulta de aplicación, ni en la LC en los supuestos cubiertos por el artículo 755.

37. Cabría cuestionarse si en este caso la aplicación de este último justifica la exigencia de todos los requisitos que contempla y, en concreto, del que se refiere a la confidencialidad de la comunicación de apertura de negociaciones o la solicitud homologación del plan. Como se ha visto, el objetivo de esta condición no era otro que evitar la aplicación del RPI bis, *per se* inaplicable en el caso que aquí se analiza. No obstante, y dado que esa es una condición expresa de la regla, no parece que sea posible obviarlo, con la consecuencia de que si no concurre, no sería de aplicación el artículo 755 reavivándose la regla general de competencia del artículo 46 LC.

4.3. Tercer escenario: Sociedad garante con COMI en un Estado miembro de la Unión Europea y ejecución de la garantía en dicho Estado o en otro Estado miembro de la Unión Europea.

38. En este escenario, a la complejidad de la situación se añade la necesidad del reconocimiento de la suspensión de las ejecuciones en otros Estados. Si este es un Estado miembro de la Unión Europea- Francia, por continuar con el ejemplo utilizado-, la conclusión más evidente es que no es posible reconocer la decisión de homologación del plan adoptada por el juez español sin respetar los criterios competenciales establecidos por el RPI bis.

39. Si la sociedad matriz y sus garantes se han acogido al artículo 755 TRLC, la consecuencia es, como se ha visto, la inaplicación del RPI bis, que no se extiende a los procedimientos confidenciales, pero eso solo resulta que la decisión del juez español ya no se beneficiaría del sistema de reconocimiento del RPI bis y deberían aplicarse las normas de Derecho interno en materia de resoluciones extranjeras, presumiblemente menos favorables a esa eficacia.

40. No faltan quienes defienden en este contexto la aplicación del Reglamento 1215/2012 (RPI bis)²⁰ al reconocimiento de los procedimientos confidenciales de insolvencia y le atribuyen la consecuencia de que no obstaculizaría dicho reconocimiento, dado que el limitado control de la competencia que en esa sede permite su artículo 45 se restringe a las competencias exclusivas previstas en su artículo 24 y los foros de protección de los artículos 10 a 23, en los que, en ningún caso, se encuentra el supuesto que nos ocupa²¹.

²⁰ Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 351, de 20 de noviembre de 2012, modificado por Regl. 542/2014, DO L 163, de 29 de mayo de 2014).

²¹ En este sentido, en relación con los WHOA holandeses de carácter confidencial, entre otros, VRIESENDORP, R./VAN KESTEREN, W./VILARIN-SEIVANE, E./HINSE, S., "Automatic Recognition of the Dutch undisclosed WHOA procedure in the European Union", *NIPR*, 2021, 1, pp. 3-17 (<chrome-extension://efaidnbmninnibpcapjgkclefindmkaj/https://www.nipr-online.eu/>)

41. Quienes así opinan parten de la premisa de que entre el RPI bis y el RBI bis no existen lagunas, de manera que, a efectos de reconocimiento, las resoluciones excluidas del primero- y que son materia civil y mercantil- se incluyen necesariamente en el segundo. No obstante, a la aplicación del RBI bis cabe oponer varios argumentos: el primero es que la exclusión de su ámbito de aplicación, en virtud de su artículo 1, 2, b) de “la quiebra, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos” no se limita a aquellos procedimientos que puedan considerarse incluidos en el RPI bis, sino a cualquiera que, sin estarlo, cumpla las condiciones para ser calificado de concursal por su finalidad y sus características (procedimiento colectivo, que se base en la insolvencia del deudor y que vincula a este y a los acreedores, incluso contra su voluntad)²². Junto a ello, el sistema del RBI bis se establece sobre la base de que ese reconocen “resoluciones” dictadas en procedimientos contenciosos, documentos públicos con fuerza ejecutiva o transacciones judiciales, definidas éstas como las celebradas ante el tribunal durante un proceso y ejecutorias en el estado miembro de origen, los preconcursos confidenciales puedan integrarse en ninguna de estas categorías.

4.4. Cuarto escenario: Ejecución fuera de la Unión Europea

42. En los casos en los que la ejecución de la garantía se pretenda fuera de la Unión Europea, la eficacia del *third party release* dependerá la que permita atribuirle el ordenamiento del Estado receptor y ello con independencia de que la sociedad garante tenga el COMI en la Unión Europea o fuera de ella.

IV. Algunas reflexiones al hilo de la cuestión analizada

43. Las páginas anteriores ponen en evidencia una doble carencia de nuestro sistema de Derecho internacional privado de la insolvencia. Por un lado, y es ya una obviedad decirlo, el sistema no responde adecuadamente a las necesidades de los grupos de sociedades. La ignorancia de la realidad económica que estos representan resta eficacia a las soluciones previstas por el legislador para la adecuada reestructuración de las empresas y los grupos en los que se integran. Es necesario repensar el sistema e ir más allá de una simple coordinación de procedimientos para buscar soluciones más audaces que permitan dar respuesta desde una perspectiva unificada con eficacia sobre el grupo y no sobre cada sociedad individualmente considerada.

44. Cual sea la regla más adecuada a este fin exige responder previamente a una serie de cuestiones: cual es el concepto de grupo que se va a utilizar y si la regla que se proponga se hace extensiva a todos los grupos imaginables o solo a alguno de ellos, el carácter vinculante o facultativo de la propuesta y, desde luego, cuál sea esta solución, si basta con la consolidación procesal o si es necesario acudir a una consolidación sustantiva, sin que esto implique necesariamente la confusión de masas (o, incluso, si la solución puede ser distinta en función del tipo del grupo en presencia).

45. En este ámbito dada la realidad económica, que no se limita a grupos de sociedades intra-Unión Europea, sino que responde a una mayor deslocalización, la necesidad de avanzar en instrumentos que permitan llegar a soluciones al menos armonizadas a escala global, especialmente en materia de reconocimiento, es una evidencia.

46. En segundo lugar, es necesario adaptar las reglas de Derecho internacional privado a la realidad preconcursal. El legislador español ya lo ha hecho, a través de unas disposiciones tal vez todavía

pdf/2021-182.pZuständigkeit, Anerkennung und anwendbares Recht”, *Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht*, 2021, 13-14, pp. 654- 661).

²² En esta línea, VEDER, P.M./VAN HEES, J.J., *Internationale aspecten dwangakkoord ter voorkoming van faillissement*, París, 2017, pp. 173 y 184 , en cita de VRIESENDORP, R/VAN KESTEREN, W./VILARIN-SEIVANE, E./HINSE, S., “Automatic Recognition...”, cit, p. 14.

insuficientes, pero esta tarea queda aún pendiente para el legislador europeo. El RPI bis debería modificarse para añadir reglas especiales para las situaciones de preinsolvencia en las que se tengan en cuenta los objetivos y necesidades específicos de estos procedimientos, tarea en la que el modelo español puede servir como elemento inspirador.

47. Por último, la pervivencia de los planes de reestructuración confidenciales, a los que no se aplica el RPIbis, es un elemento distorsionador que, si bien puede ser muy útil en algunas ocasiones y, especialmente para algunos Estados que pretenden atraer a sus sistemas preconcursos de sociedades con COMI en el extranjero, no deja de ser una vía algo burda de sortear el sistema. Una regulación adecuada de los aspectos internacionales de la insolvencia de grupos haría innecesario este subterfugio al menos en un buen número de casos.