

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

Miguel Virgós Soriano

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid

Francisco J. Garcimartín Alférez

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario: I. Introducción. II. El Derecho concursal europeo: piezas del sistema. III. La doble lógica del Derecho concursal europeo. IV. La «lógica concursal»: modelo normativo: 1. Introducción: universalismo vs. territorialismo; 2. Consideraciones generales de política legislativa: A. Modelo territorial: ventajas e inconvenientes; B. Modelo universal: ventajas e inconvenientes; C. Conclusión parcial; 3. Modelo del Reglamento: universalismo mitigado. 4. Conclusión parcial: A. Presentación general; B. Procedimiento principal; C. Regla y excepciones en el ámbito de la ley aplicable; D. Procedimientos territoriales; E. Modelo de las Directivas; F. Conclusión parcial. V. La «lógica comunitaria»: naturaleza jurídica y consecuencias hermenéuticas: 1. La naturaleza conflictual del Derecho concursal europeo; 2. Antecedentes y bases normativas; 3. Especialidades hermenéuticas; 4. El doble régimen normativo: conexión comunitaria y tareas para el legislador nacional. VI. Consideración final*

* La bibliografía citada a lo largo del trabajo es la siguiente: BALZ: «Das neue Europäische Insolvenzabkommen», *ZIP*, 1996, pgs. 948 y ss.; BASEDOW: «The Communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam», *CML Rev.*, 2000, pgs. 687 y ss.; BELTRÁN SÁNCHEZ: «El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia», *Tribunales de Justicia*, abril 2001, pgs. 31 y ss.; BOLOVIS; DAMON: *Contentieux communautaire*, 1997; BORRÁS: «Derecho internacional privado y Tratado de Amsterdam», *REDI*, 1999-2, pgs. 383 y ss. CALVO/CARRASCOSA: «Insolvencia de la empresa y Derecho internacional privado», *Justicia* 98, pgs. 419 y ss.; CANARIS: *El sistema en la jurisprudencia* (trad. García Amado), 1998; CANDELARIO MACÍAS: «Aproximación a la iniciativa de Reglamento del Consejo europeo sobre procedimientos de insolvencia», *Dir. Fall.*, 6/1999, pgs. 1226 y ss.; COLEMAN: *The Practice of Principle*, 2001; DEGUÉE: «La directive 2001/24/CE sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit: une solution aux défaillances bancaires internationales?», *Euredia* (en prensa); BROZ/GAUDEMENT-TALLON: «La Transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 2001, pgs. 601 y ss.; EIDENMÜLLER, «Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren und Zukünftiges deutsches internationales Insolvenzrecht», *IPRax*, 2001, pgs. 2 y ss.; ESPLUGUES: 1959 *La quiebra internacional*, 1993; FLESSNER, en Stoll (ed.) *Vorschläge und Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im deutschen Recht*, 1997, pgs. 219 y ss.; FLESSNER: «Dingliche Sicher-

I. INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo de búsqueda en el mundo de lo jurídico. Lo que nos proponemos es buscar las piezas que dan *orden y unidad* a un sector particular del ordenamiento y que, en consecuencia, van a configurar el sustrato de su *sistema interno*.

Nuestro empeño en esta tarea no es ocioso. En el ámbito del Derecho privado, la búsqueda del sistema interno, esto es, la búsqueda de aquellos elementos que dan *coherencia valorativa y unidad interna* a cada sector, es una de las tareas más productivas a las que se puede dedicar un jurista¹. Una vez que se sacan a la luz esos elementos, los enunciados legales cobran todo su sentido y, lo que es más importante, disponemos ya del marco de referencia necesario para la *derivación teleológica del Derecho*². Esto explica que la búsqueda del sistema interno haya sido un afán científico muy común en los Derechos privados nacionales. Actualmente, esa misma tarea se está llevando a cabo también en diversos sectores del *Derecho privado europeo*, p. ej.,

rungsrechte nach dem Europäischen Insolvenzübereinkommen», *FS Drobniq*, 1998, pgs. 277 y ss.; GAJA: «The Growing Variety of Procedures Concerning Preliminary Ruling», en *Judicial Review in European Union Law*, 2000, pgs. 143 y ss. GARCÍA GUTIÉRREZ: *La compensación de créditos en Derecho internacional privado* (en prensa); GRUNDMANN: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*. 2000; GUZMÁN: «International Bankruptcy: In Defense of Universalism», *Mich.L.Rev.*, 2000, pgs. 2177 y ss.; HEB: «Die Europäisierung des internationalen Zivilprozeßrecht durch den Amsterdamer Vertrag— Chancen und Gefahren», *NJW*, 2000, pgs. 23 y ss.; JAYME/KOHLER: «Europäisches Kollisionsrecht 2000: Interlocales Privatrecht oder universelles Gemeinschaftsrecht?», *JPRax*, 2000, pgs. 454 y ss.; KAPTEYN: «The Court of Justice after Amsterdam: Taking Stock», en HENKELS/BLOKKER/BRUS, *The European Union after Amsterdam*, 1998, pgs. 139 y ss.; KLAUER: *Die Europäisierung des Privatrechts*, 1998; LEIBLE/STAUDINGER: «Die Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren», *KTS*, 4/2000, pg. 533; LOPUCKI: «Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach», *Cornell L. Rev.*, 1999, pgs. 696 y ss.; LOPUCKI: «The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy», *Mich.L.Rev.*, 2000, pgs. 2216 y ss.; LÜER: «Zur Neuordnung des deutschen Internationalen Insolvenzrechts», en STOLL: *Stellungnahmen...*, cit. supra, pgs. 96 y ss.; LÜKE: «Das Europäische internationale Insolvenzrecht», *ZZP*, 1998, pgs. 275 y ss.; MANKOWSKY: «Konkursgründe beim inländischen Partikularkonkurs», *ZIP*, 1995, pgs. 1650 y ss.; SIEHR: «International Aspects of Bankruptcy», en *Transnational Aspects of Procedural Law*, 1998, pgs. 873 y ss.; TAUPITZ: «Das Zukünftige Europäische Internationale Insolvenzrecht insbesondere aus international-privatrechtlicher Sicht», *ZZP*, 1998, pgs. 315 y ss.; TROCHU: *Conflicts de lois et conflits de juridictions en matière de faillite*, 1967; VIRGÓS: «The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View», *Forum Internationale*, núm. 25, marzo 1998; VIRGÓS/GARCIMARTÍN: *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. 2000; Von WILMOWSKY: *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1996; Von WILMOWSKY: «Choice of Law in International Insolvencies—A Proposal for Reform—», pgs. 197 y ss.; WESTERBROOK: «A Global Solution to Multinational Default», *Mich.L.Rev.*, 2000, pgs. 2276 y ss.; WIMMER: «Die Besonderheiten von Sekundärinsolvenzverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Insolvenzübereinkommens», *ZIP*, 1998, pgs. 982 y ss.

¹ Por todos, CANARIS, *passim*.

² Ibid. Expresado en palabras de otro conocido jurista, el *sistema interno* funciona como «... the hermeneutic glue that holds the element of... law together so as to display it in its best light» (Coleman, p. XV).

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

en el sector de las sociedades, de los contratos o de las relaciones laborales³. Nuestro propósito en este trabajo es aplicar ese tipo de análisis al sector del *Derecho concursal europeo*.

Advertencia: Aun siendo conscientes de la inexactitud, bajo el concepto de Derecho concursal europeo nos estamos refiriendo únicamente al Derecho concursal elaborado por las instituciones comunitarias; esto es, al Derecho concursal comunitario.

El orden del trabajo es el siguiente. Primero, expondremos la normativa adoptada por las instituciones comunitarias en materia concursal; el tratamiento en ese apartado será estrictamente descriptivo. A continuación, recordaremos brevemente la llamada «doble lógica» del Derecho privado comunitario; esta idea analítica se ha mostrado muy útil para captar el sistema interno en otros sectores del Derecho privado comunitario y nuestra intuición es que puede resultar útil también en el ámbito del Derecho concursal. El tercer apartado lo dedicaremos a estudiar el modelo normativo que subyace a la regulación positiva y la racionalidad de dicho modelo (= «lógica de Derecho concursal»). Y el último, a las implicaciones derivadas de la naturaleza comunitaria de las normas (= «lógica de Derecho comunitario»).

II. EL DERECHO CONCURSAL EUROPEO: PIEZAS DEL SISTEMA

El Derecho concursal europeo está compuesto básicamente por un Reglamento y dos Directivas. Los tres textos tienen en común su carácter conflictual. Ni el Reglamento ni las Directivas establecen un régimen material uniforme. El punto de partida es el respeto a la diversidad material: cada país conserva su Derecho concursal. Lo que establecen esas normas es un *Derecho internacional privado (Dipr) uniforme*. Un conjunto de reglas de: a) *competencia judicial internacional*; b) *ley aplicable*; y, c) *reconocimiento y ejecución de decisiones* comunes para todos los Estados miembros. Estas reglas de Dipr van acompañadas de ciertas normas uniformes auxiliares, procesales y materiales, cuyo objeto principal es asegurar el buen funcionamiento del sistema, pero fuera de este ámbito sigue vigente el Derecho de insolvencia nacional.

La pieza clave es el Reglamento de insolvencia: *el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia*⁴. Dentro del sistema de Derecho concursal europeo, este Reglamento es la *regla general*: es la norma aplicable para la insolvencia de cualquier persona física o jurídica (salvo en los casos de compañías de seguros, entidades de crédito o empresas de inversión, vid. art. 1.2), es la norma que vertebra todo el sistema y la que se ha utilizado como modelo normativo. Frente a ella, las demás son *reglas especiales*.

Las entidades de crédito, las compañías de seguros y las empresas de inversión están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento. La razón de

³ Extensamente y con más referencias, GRUNDMANN, *passim*.

⁴ Publicado en el DOCE L 160, de 30 junio 2000.

la exclusión es que esas entidades se hallan normalmente sujetas a regímenes especiales de control prudencial, en los que las autoridades nacionales de control disponen de amplias competencias de intervención. Estas peculiaridades requieren una regulación especial. Para cubrir esta laguna, hasta ahora se han aprobado dos directivas, la *Directiva 2001/17/CE, de 19 de marzo, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros*, y la *Directiva 2001/24/CE, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito*⁵. A ellas deberá seguir una Directiva sobre empresas de inversión.

Por último, junto a esas normas cuyo objeto principal es la insolvencia, hay reglas específicas de naturaleza concursal que se encuentran en textos comunitarios cuyo objeto principal es la regulación de otros sectores o problemas. Entre ellas destaca la *Directiva 98/26/CE, de 19 de mayo de 1998, sobre firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores* (vid. arts. 6-9). También contienen reglas de insolvencia o que pueden afectar a este ámbito, la *Directiva 80/987/CE, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*⁶; la *Directiva 90/314, de 13 junio 1990, relativa a los viajes combinados* (vid. art. 7); y la *Directiva 97/9, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores*. En el futuro inmediato, deberá tenerse en cuenta la *Directiva sobre acuerdos de garantía financiera*, uno de cuyos objetivos principales es proteger a los acreedores beneficiarios de una garantía financiera de los riesgos de insolvencia del deudor⁷.

El Reglamento 2157/2001, de 8 de octubre, por el que se aprueba el *estatuto de la Sociedad Europea* no modifica el régimen expuesto. Conforme a su artículo 63, en lo referente a los procedimientos de insolvencia, la Sociedad Europea recibirá el mismo tratamiento que una sociedad anónima constituida conforme al Derecho del Estado miembro en el que la SE tenga su domicilio social.

Todas estas piezas integran el *sistema de Derecho concursal europeo*. Como hemos señalado, dentro de este sistema, el Reglamento de insolvencia constituye la norma principal. Las demás son reglas especiales. En esta medida, el Reglamento es el que nos va a servir como clave normativa para encontrar la unidad interna y la coherencia valorativa del sistema.

III. LA DOBLE LÓGICA DEL DERECHO CONCURSAL EUROPEO

Para facilitar nuestra tarea, vamos a emplear una herramienta analítica que

⁵ DOCE L 110, de 24 abril 2001, y L 125, de 5 mayo 2001, respectivamente.

⁶ En materia laboral deberán tenerse en cuenta también la *Directiva 77/187, de 14 febrero 1977, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencia de empresas* (vid. art. 4 bis), o la *Directiva 98/59, de 20 julio 1998, relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despido colectivo*.

⁷ Vid. www.europa.eu.int/comm/internalmarket/en/finances.

se ha mostrado muy útil en otros ámbitos: la llamada «doble lógica» del Derecho privado comunitario⁸. Como su nombre nos indica, el Derecho privado comunitario es Derecho privado y es Derecho comunitario. Esto significa que ese sector del ordenamiento responde necesariamente a una doble lógica; una *lógica de Derecho privado* y una *lógica de Derecho comunitario* (o *lógica de integración*). Por un lado, en ese sector se plantean problemas semejantes a los de cualquier Derecho privado nacional y, por consiguiente, ha de operar con un aparato conceptual, unos principios normativos y unas estructuras argumentales análogas. Pero, por otro lado, tiene una naturaleza jurídica particular: es Derecho comunitario. Esto implica que el marco jurídico bajo el cual se van a adoptar las normas sea diferente, y esto condiciona también su círculo hermenéutico. La separación entre ambas dimensiones permite entender con mayor facilidad cualquier sector del Derecho privado comunitario y, por consiguiente, simplifica notablemente la búsqueda de su sistema interno.

La proyección de esta herramienta analítica sobre el Derecho concursal europeo exige distinguir entre los aspectos propiamente concursales (*lógica concursal*) y los aspectos propiamente comunitarios (*lógica comunitaria*). En relación al primer aspecto, vamos a buscar cuál es el modelo normativo que inspira la regulación comunitaria y qué razones *de naturaleza concursal* han llevado al legislador a escoger ese modelo (infra epígrafe IV). En relación al segundo aspecto, vamos a identificar qué relevancia tiene sobre las soluciones concursales el hecho de que estemos ante normas de naturaleza no nacional, sino comunitaria (infra epígrafe V).

IV. LA «LÓGICA CONCURSAL»: MODELO NORMATIVO

Como ya sabemos, el Derecho concursal europeo respeta, en principio, la diversidad material y únicamente establece un sistema de Dipr uniforme. Unas normas comunes a los Estados miembros de competencia judicial, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de decisiones. Para el resto de las cuestiones, y al margen de una mínima uniformidad material, cada Estado conserva sus normas.

Para comprender la solución positiva escogida por el legislador europeo conviene empezar por el principio.

I. INTRODUCCIÓN: UNIVERSALISMO VS. TERRITORIALISMO

La regulación de las quiebras internacionales se suele estudiar a partir de la contraposición entre dos modelos normativos: el modelo territorial y el

⁸ Por todos, KLAUER, pgs. 2531 (con más referencias sobre los orígenes de esta formulación).

modelo universal⁹. Cada uno de estos modelos da una respuesta muy diferente a los problemas que plantea una quiebra internacional.

El *modelo territorial*, en su fórmula más radical, es un reflejo perfecto del fraccionamiento jurídico del mundo: la actividad internacional de las empresas se realiza en un mundo fraccionado jurídicamente, esto es, un mundo donde cada Estado tiene su propio ordenamiento y en el que cada Estado sólo puede garantizar la implementación coactiva de los derechos subjetivos dentro de su territorio. El reflejo en el ámbito de las quiebras internacionales es fácil de deducir: cada Estado donde el deudor tenga bienes organiza la quiebra según su propio Derecho. Esto implica que: a) hay tantos procedimientos de quiebra como Estados donde el deudor tenga bienes; b) cada uno de ellos se organiza y resuelve según el Derecho vigente en ese Estado; y, c) en él sólo pueden concurrir los acreedores del Estado en cuestión. Tanto la masa activa como la masa pasiva se limita al territorio de cada Estado.

A partir de esta solución, el modelo territorial se puede ir suavizando y desplazándose hacia *modelos intermedios*. Manifestaciones de esta evolución son, por ejemplo, a) que se condicione la apertura de un procedimiento territorial a la existencia de un establecimiento del deudor en el territorio del Estado en cuestión, i.e., no basta cualquier bien, sino que se exige una presencia continuada del deudor en ese Estado para poder abrir un procedimiento de insolvencia contra él; b) que se admita en la masa pasiva la incorporación de acreedores extranjeros, i.e., la masa activa sigue siendo territorial, pero la masa pasiva es universal; o, c) que se establezcan mecanismos de cooperación entre los distintos procedimientos territoriales para asegurar, en la medida de lo posible, una liquidación coordinada de la empresa o la «par conditio» internacional de los acreedores.

El *modelo universal*, por el contrario, parte del *principio de simetría* entre la regulación jurídica y la actividad económica¹⁰: cuando la actividad económica de la empresa se desarrolla en varios mercados y, por consiguiente, quedan afectados una pluralidad de sujetos, los procedimientos colectivos deben ser únicos para toda esa actividad y para todos esos sujetos. Esto implica que: a) hay un único procedimiento que alcanza todos los bienes del deudor, estén donde estén; b) se aplica un único Derecho procedimental y sustantivo («lex fori concursus principalis»); c) a ese procedimiento concurren todos los acreedores, nacionales y extranjeros; i.e., tanto la masa activa como la masa pasiva se construye con alcance universal; y, d) las decisiones que se adopten en ese procedimiento se reconocen y ejecutan en todos los demás Estados. Como se ha dicho: «en el modelo universal un Estado toca la música y los demás bailan a su son» (Lopucki).

⁹ Entre los autores españoles, VIRGÓS, pg. 2; con más detalle, ESPLUGUES, pgs. 25-45; CALVO/CARRASCOSA, pgs. 434-441; el debate más reciente entre ambos modelos se ha planteado con especial intensidad en la doctrina norteamericana; a título introductorio puede verse, GUZMÁN, *passim*; LOPUCKI, *passim*; WESTERBROOK, *passim*.

¹⁰ WESTERBROOK, pg. 2283.

También, como sucedía con el modelo territorial, a partir de aquí el modelo universal se puede ir matizando y desplazándose hacia modelos intermedios. Por ejemplo: a) permitiendo la concurrencia, junto con el proceso principal, de ciertos procedimientos territoriales subordinados (= procesos territoriales secundarios); b) admitiendo, bajo ciertas condiciones, la apertura de un proceso territorial sin necesidad de abrir uno con alcance universal (= procesos territoriales independientes o autónomos); c) o estableciendo determinadas excepciones a la aplicación de la «lex fori concursus principalis».

2. CONSIDERACIONES GENERALES DE POLÍTICA LEGISLATIVA

A. *Modelo territorial: ventajas e inconvenientes*

Desde la perspectiva político-legislativa, el *modelo territorial* se justifica básicamente por dos motivos: uno de carácter sustantivo y otro de carácter organizativo¹¹.

a) Por un lado, es un modelo que garantiza una tutela adecuada de los *acreedores locales*. Los países suelen ser reacios a admitir los efectos de una quiebra extranjera cuando va en perjuicio de sus acreedores locales, normalmente de acreedores no sofisticados: trabajadores, consumidores, pequeños proveedores, etc. En el caso de los acreedores sofisticados no hay graves problemas: el coste de acudir a un procedimiento concursal en el extranjero lo repercuten en el precio de su crédito¹². Cuando un banco nacional o una gran compañía contrata con una firma extranjera es capaz de determinar el riesgo concursal asociado (a saber, la necesidad de acudir a un proceso concursal extranjero y de conocer su posición en ese proceso, por ejemplo, si se le van a reconocer o no sus derechos de garantía sobre determinados bienes). Este riesgo lo pueden repercutir en el precio del crédito. En cambio, los acreedores no sofisticados, por definición, no son capaces de hacer ese ajuste. Son incapaces de ajustar los términos de su transacción al riesgo que asumen (se trata de *nonadjusting creditors*, por emplear una terminología que comienza a extenderse). Esto provoca ciertas ineficiencias derivadas del «riesgo moral» y de la «selección inversa» que acompaña a estas situaciones: (i) los deudores, en la medida en que van a estar poco «vigilados» por los acreedores locales, no tienen incentivos para proteger la solvencia del crédito y (ii) se generan subsidios cruzados: los deudores muy «peligrosos» van a solicitar mucho crédito, los poco «peligrosos», poco, lo cual puede provocar la salida del mercado de estos últimos (precisamente, los más solventes)¹³. La quiebra territorial puede utilizarse como mecanismo para prevenir estas situaciones ya que evita la sujeción de los acreedores locales no sofisticados a una ley extranjera.

¹¹ Muy recomendable, por su poder de convicción, LOPUCKI, (1999), *passim*.

¹² GUZMÁN, pg. 2186. Aunque siempre existirá un incremento en el coste de ajuste ya que deberán informarse y adaptar su transacción a lo que disponga un Derecho extranjero.

¹³ GUZMÁN, pg. 2184.

Ejemplo. Imaginemos un acreedor comercial local, no sofisticado, que contrata con dos empresas extranjeras idénticas, salvo por el hecho de que cada una está sujeta a un régimen de quiebra diferente. Una el del Estado F1 (= Forum 1) y otra el del Estado F2 (= Forum 2). Imaginemos que conforme al Derecho de F1 los acreedores comerciales cobren sin privilegio alguno, mientras que conforme al Derecho de F2 ese acreedor goza de una posición de privilegio ordinario (esto es, se sitúa antes en la escala de graduación de los créditos). El problema es que pese a estas diferencias, si el acreedor es un acreedor no sofisticado será incapaz de repercutir en el precio la diferencia de riesgo que está asumiendo. La firma de F1 y la firma de F2 piden el crédito al mismo interés. El resultado puede resultar claramente ineficiente ya que la firma de F1 está pagando menos por el crédito de lo que debería y viceversa. El resultado es que la firma de F2 está subvencionando a la de F1. El primero, al ser un precio menor, demandará más crédito, y el segundo, menos. Cuanta más diferencia haya entre los regímenes concursales mayor será la distorsión. La quiebra territorial previene estas distorsiones en la medida en que le asegura al acreedor local la aplicación de su Derecho.

La misma línea argumental se ha invocado en relación a acreedores con un privilegio sobre un bien que se halla en el territorio del Estado en cuestión o en relación a los créditos públicos. En ambos casos, no se trata tanto de que los acreedores ignoren el riesgo que asumen (como sucedía con los anteriores), cuanto de que la probabilidad de que ese riesgo sobrevenga sea igual a uno. Esto es, de que esos acreedores no tengan garantía alguna de que sus derechos (incluidos los privilegios asociados) vayan a ser reconocidos en el Estado extranjero donde el deudor tiene su domicilio. Por ello, su posición también puede justificar la apertura de quiebras locales.

La situación se puede complicar aún más si consideramos los posibles *movimientos estratégicos del deudor*. Cuando el procedimiento es único y universal, localizado en el domicilio o sede del deudor, éste puede cambiar la ley aplicable y la jurisdicción competente desplazando su domicilio o sede de un país a otro. Estas maniobras pueden utilizarse en perjuicio de los acreedores locales, incluso de aquellos más sofisticados que constituyeron sus derechos confiando en quedar sujetos a una ley extranjera (la del domicilio anterior del deudor). La posibilidad de abrir procedimientos territoriales funciona como un seguro frente a ese tipo de comportamientos estratégicos.

b) Por otro lado, la quiebra territorial *puede facilitar en ciertas situaciones la liquidación* del patrimonio del deudor. Así sucede, por ejemplo: (i) cuando se trata de derechos que se han configurado conforme a un ordenamiento distinto del de la «lex concursus principalis» y resulta difícil su transposición en el orden normativo de ésta; para evitar dicha dificultad se puede abrir una quiebra territorial. (ii) O cuando sea suficiente para sanear la empresa la liquidación de unos bienes localizados en el extranjero; en tal caso basta con abrir aquí una quiebra ahorrándose el coste de abrir una universal. Igual que hay situaciones en las que no es necesaria una anestesia total para operar al paciente, basta con una anestesia local, hay situaciones en las que no es necesario abrir una quiebra universal, basta con una (o más) quiebras territoriales. (iii) Por último, puede haber casos en los cuales sea muy costoso o complicado llevar a cabo todo el procedimiento desde un único Es-

tado y sea preferible combinar el proceso principal con procesos territoriales. Siguiendo con la metáfora: cuando la situación es muy complicada, el cirujano jefe no lo puede hacer todo, necesita el auxilio de otros facultativos para operar ciertas partes del cuerpo.

Pero el modelo territorial presenta graves *inconvenientes*. Conforme a ese modelo, la posición en la quiebra de un acreedor puede variar en función de dónde se localicen los bienes del deudor, ya que esta localización es la que determina el tribunal competente y la ley aplicable¹⁴. Esto provoca numerosos problemas: a) la distribución de los activos es difícilmente previsible, lo cual incrementa el precio del crédito por la mayor incertidumbre que lleva asociada; b) el deudor puede verse tentado, en connivencia con ciertos acreedores, a desplazar estratégicamente sus activos de un país a otro; c) se multiplican los costes de instrucción del proceso ya que en vez de celebrarse un proceso único, se celebran tantos como Estados hay en donde el deudor tenga bienes; d) dificulta las decisiones llamadas, no a la liquidación de la empresa, sino a su saneamiento; en términos generales, resulta más fácil sanear una empresa cuando el referente es la unidad, que actuando independientemente sobre cada parte.

B. *Modelo universal: ventajas e inconvenientes*

Frente al modelo territorial, el modelo de insolvencia universal refleja las *ventajas* simétricas: a) el régimen normativo es fácilmente previsible; b) los movimientos de bienes transfronterizos son irrelevantes, lo que previene el *forum shopping* patrimonial; c) el proceso, al ser centralizado, reduce los costes administrativos derivados de una pluralidad de procedimientos y, por consiguiente, puede instruirse de forma más eficiente. Como acabamos de ver, este último dato es particularmente relevante cuando el propósito del proceso de insolvencia es el saneamiento de la empresa. La administración y el rescate financiero de una empresa para que siga funcionando debe hacerse de forma centralizada, pues la empresa, desde el punto de vista económico, tiende a constituir una unidad integrada. Esto sólo lo garantiza un modelo universal. Y lo mismo pasa cuando la liquidación del patrimonio del deudor resulta más eficiente a través de la venta de la empresa como unidad económica. El modelo universal incrementa el valor de liquidación de la empresa ya que permite su venta global.

Además: d) Al reducir la incertidumbre y las posibilidades de oportunismo, «ex ante» permite una asignación más eficiente del capital, ya que reduce el coste del crédito¹⁵, y lo asigna sin distorsiones ajenas a su rentabilidad económica; e) «Ex post» reduce la carrera de los acreedores a la solicitud de la quiebra (la cual puede acelerar ésta). Si los acreedores saben que el deudor puede sacar los bienes del Estado y llevárselos a un «paraíso de

¹⁴ Por eso se ha dicho que en estos casos: «*international bankruptcy is reduced to a game of musical chairs in which creditors cannot know in advance where the assets of the debtor will be located when the music stops*», WESTERBROOK, pg. 2309.

¹⁵ GUZMÁN, pg. 2281.

ejecución», tendrán incentivos para bloquear esos bienes. Si la localización de los bienes es irrelevante, esto es, estén donde estén quedan cubiertos por la quiebra principal, no.

Sin embargo, este modelo universal también tiene sus *inconvenientes*. Como ya hemos visto, permite los movimientos estratégicos del deudor (esto es, le permite cambiar de un país a otro y, por consiguiente, cambiar de ley aplicable y de jurisdicción), y esta posibilidad puede utilizarse bien en perjuicio de todos los acreedores, bien en perjuicio de unos a costa de otros. También hemos visto que puede haber casos en los cuales organizativamente resulte más eficiente una quiebra territorial (*supra*). Pero quizás el problema más grave con el que se enfrenta la implementación del modelo universal es que exige una actitud sincera de cooperación interestatal. Un Estado no va a estar dispuesto a «sacrificar» a sus acreedores locales si no tienen plena garantía de un comportamiento recíproco por los demás.

C. *Conclusión parcial*

El hecho de que no se pueda diseñar un modelo normativo «perfecto» o de que, aun cuando fuese posible, no es seguro que los Estados lo adoptasen, explica que en los ordenamientos positivos europeos no existiese una respuesta uniforme a estas cuestiones¹⁶. Unos Estados orientaban sus soluciones hacia un modelo universal y otros se mostraban más cercanos a un modelo territorial. Uno de los objetivos fundamentales del Reglamento de insolvencia –y lo mismo vale para las Directivas– es, precisamente, poner fin a esta diversidad normativa. La dificultad mayor del Reglamento fue buscar una solución equilibrada entre esos dos modelos.

3. MODELO DEL REGLAMENTO: «UNIVERSALISMO MITIGADO»

A. *Presentación general*

Se suele afirmar que el Reglamento responde a un *modelo de universalismo mitigado*¹⁷. El Reglamento parte de un modelo universal en la medida en que permite la apertura de un proceso de insolvencia en el Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales y le da alcance universal, tanto en cuanto a su masa pasiva, como a su masa activa. En principio, todos los bienes quedan sujetos a ese procedimiento, estén donde estén, y a él pueden concurrir todos los acreedores del deudor. Además, el punto de partida es la aplicación de una ley única, la ley de ese Estado («*lex fori concursus principalis*») tanto a los aspectos procedimentales como a los aspectos sustantivos de la insolvencia.

Advertencia: concepto de universalidad. En esta sede, el concepto de «universalidad»

¹⁶ De hecho, y por razones que no vamos a explicar aquí, hay bastantes probabilidades de que la tendencia de cada Estado actuando individualmente sea hacia la solución peor para todos.

¹⁷ VIRGÓS, pg. 6; vid. también, LÜKE, pgs. 280-281, discutiendo las diferentes acepciones del término universalidad en este contexto; TAUPITZ, pgs. 324-325.

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

debe tomarse con ciertas precauciones. En principio, el Reglamento tiene alcance universal, su objetivo es abarcar todos los bienes del deudor, tanto si están dentro como si están fuera de la Comunidad¹⁸. No obstante, en relación a acreedores extracomunitarios el Reglamento se remite para ciertas cuestiones al Derecho nacional de cada Estado. Por otro lado, y en la medida en que el Reglamento sólo vincula a los Estados miembros, su eficacia extracomunitaria dependerá de los ordenamientos de los demás Estados: el Reglamento asegura el reconocimiento y la ejecución de las decisiones adoptadas por el juez de la quiebra principal en los demás Estados miembros, pero su eficacia en terceros Estados dependerá del Derecho de cada uno de ellos. En este caso, deberán tenerse en cuenta los posible convenios o acuerdos que vinculen a los Estados miembros con esos terceros Estados y que el Reglamento deja subsistir.

A partir de aquí, el Reglamento establece una serie de reglas que corrigen o mitigan la universalidad del modelo. Básicamente, estas reglas son de dos tipos: a) por un lado, normas sobre ley aplicable cuya función es fijar ciertas *excepciones* a la aplicación de la «lex fori concursus principalis», esto es, hay determinadas posiciones o derechos que no van a quedar sujetos a la ley que rige la quiebra, sino a una conexión especial; y, b) por otro lado, normas cuyo objeto es permitir la apertura de *procedimientos territoriales*, esto es, procedimientos de insolvencia limitados a los bienes del deudor en un determinado Estado miembro. A su vez, el Reglamento establece una serie de precisiones en cuanto a la apertura de estos procedimientos territoriales con el objeto de no socavar el criterio principal, *i.e.*, la universalidad de la quiebra. Así, los procedimientos territoriales (i) sólo pueden abrirse allí donde el deudor tenga un establecimiento, (ii) en ellos la masa pasiva no tiene limitación territorial y (iii) quedan en cierto modo subordinados a la suerte del procedimiento principal en el caso de que se abran ambos tipos de procedimientos.

Como la comprensión del modelo normativo que subyace al Reglamento es la pieza que va a dar unidad y coherencia valorativa a sus reglas, vamos a desarrollar algo más esta presentación general.

B. Procedimiento principal

La primera posibilidad que establece el Reglamento es la apertura de un *proceso de quiebra principal con alcance universal*. Lo cual significa que: a) Los únicos tribunales con competencia para la apertura de este procedimiento

¹⁸ El alcance universal también fuera de la Comunidad se deduce del cdo. 12 y claramente del Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 19 («también los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan incluidos en la masa y sometidos al procedimiento a escala mundial»). Este punto se discutió expresamente durante la negociación del Convenio y fue aprobado en esos términos. El cdo. 11 del Reglamento no puede emplearse como argumento en contra; vid. aunque referido a la Directiva de saneamiento de entidades de crédito, DEGUÉE, núm. marg. 16 (argumentando que ese alcance extracomunitario del procedimiento principal es una consecuencia necesaria derivada del hecho de que los Estados miembros renuncien a abrir procedimientos territoriales, de modo que el procedimiento principal cubra el volumen más grande de activos posible a fin de maximizar la indemnización –en los procedimientos de liquidación– de los acreedores comunitarios).

son los del Estado donde el deudor tenga su centro de intereses principales (art. 3.1; sobre el concepto de «centro de intereses principales» vid. cdo. 13); b) este procedimiento alcanza, en principio, todo el patrimonio del deudor, dentro y fuera de ese Estado; y, c) a él pueden incorporarse todos los acreedores, nacionales y extranjeros. Por consiguiente, tanto la masa activa como la masa pasiva son, en principio, universales. Además, la ley aplicable, tanto a los aspectos procedimentales de la insolvencia, como a los aspectos sustantivos es, en principio, también única: la «lex fori concursus» (art. 4).

La efectividad de este procedimiento universal depende necesariamente de que sus decisiones sean reconocidas y ejecutadas en los demás Estados. Como hemos dicho, cuando se trata de un Estado no miembro, el Reglamento no puede hacer nada: la eficacia depende del Derecho del Estado en cuestión, incluidos los acuerdos o convenios internacionales en vigor. Cuando se trata de un Estado miembro, el Reglamento se encarga de asegurar esta eficacia transfronteriza de las decisiones en los artículos 16 y ss.

Las ventajas que ofrece un modelo de universalidad ya las hemos señalado (supra epígrafe IV.2.B) y no vamos a insistir sobre ellas.

C. Regla y excepciones en el ámbito de la ley aplicable

En el sector de la ley aplicable, el Reglamento responde a un esquema de regla-excepción: parte de la aplicación de la «lex fori concursus principalis», pero establece una lista de excepciones a la aplicación de esa ley.

La *regla de base* es la aplicación, tanto a los aspectos sustantivos, como a los aspectos procedimentales, de la ley del Estado donde se abre la quiebra principal.

Desarrollo. Esta ley rige las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento, tanto en su dimensión procedimental como en su dimensión material o sustantiva. Para facilitar la interpretación de esta regla y resolver los eventuales problemas de calificación que pudieran plantearse, el artículo 4.2 del Reglamento contiene un listado no exhaustivo de cuestiones particulares que quedan sometidas a la «lex fori concursus». Así, esta ley determina: a) los deudores que pueden ser sometidos a un procedimiento de insolvencia, esto es, la cuestión de si un determinado deudor puede ser sometido a un procedimiento de insolvencia debido a su condición personal (comerciante/no comerciante, empresa pública o consumidor, p. ej.); b) los bienes que forman parte de la masa y la suerte de los bienes adquiridos por el deudor después de la apertura de un procedimiento de insolvencia; c) las facultades respectivas del deudor y del síndico (la «lex concursus» determina quiénes pueden cumplir esta función y qué cualidades han de tener); d) las condiciones de oponibilidad de una compensación¹⁹; e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos

¹⁹ Téngase en cuenta, en relación con este extremo, el art. 6, infra.

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

en vigor en los que el deudor sea parte²⁰; f) los efectos de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales –su suspensión o interdicción– con excepción de los procesos en curso²¹; g) los créditos que deban cargarse al pasivo del deudor y la suerte de los créditos nacidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia (por ejemplo, el régimen privilegiado o prededucible de las deudas de la masa); h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos²²; i) las normas del reparto del producto de la realización de los bienes, la graduación de los créditos y los derechos de los acreedores que hayan sido parcialmente indemnizados después de la apertura del procedimiento de insolvencia en virtud de un derecho real o por el efecto de una compensación; j) las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento de insolvencia, en particular, mediante convenio o medida equivalente; k) los derechos de los acreedores después de terminado el procedimiento de insolvencia, incluyendo la eventual liberación (*discharge*) de la deuda residual; l) las costas y gastos del procedimiento; m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores.

La aplicación como regla de base de la «*lex fori concursus*» constituye uno de los principios generales del Derecho concursal internacional comparado²³. Habitualmente se suelen emplear dos argumentos a favor de esta solución²⁴: a) facilita la administración del proceso ya que hace coincidir «*forum*» e «*ius*», y por consiguiente evita los costes asociados a la aplicación de un Derecho extranjero (problemas de ajuste normativo, información, etc.); este argumento es particularmente fuerte en aquellos procedimientos, como son los procedimientos concursales, donde los aspectos procesales y los aspectos materiales guardan una estrecha relación; b) asegura la «*par conditio*» conflictual: todos los acreedores del mismo deudor insolvente quedan sujetos al mismo Derecho concursal.

No obstante, el Reglamento establece una lista de excepciones a la aplicación de la «*lex concursus principalis*». Estas reglas no tienen como objeto el reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos extraconcursalmente con el fin de integrarlos en la «*lex fori concursus*» (i. e. no son normas de transposición), sino que son restricciones al ámbito de aplicación de esta última. Lo que significa que la «*posición concursal*», esto es, las eventuales modificaciones o límites que pueda sufrir un derecho subjetivo por razones concursales, no vienen determinados por la «*lex fori concursus*», sino en su caso por la ley que rige ese derecho subjetivo.

²⁰ En este sentido, la «*lex concursus*» designada por el Reglamento desplaza los *efectos concursales* previstos por la «*lex contractus*»; ha de tenerse en cuenta, no obstante, lo dispuesto por los arts. 8 y 10. Los *efectos* puramente *contractuales* van, en todo caso, por la «*lex contractus*».

²¹ Téngase en cuenta, en relación a este extremo, lo dispuesto en el art. 15.

²² Téngase en cuenta que el Capítulo IV contiene reglas sobre esta cuestión, así, por ejemplo, el art. 39 reconoce la admisibilidad de los créditos de derecho público de los Estados contratantes.

²³ LÜER (1992), pg. 112; Von WILMOWSKY (1996), pg. 281.

²⁴ *I.a.*, LÜKE, pg. 282; ESPLUGUES, pg. 29; Von WILMOWSKY, (1996), pgs. 281-282; HERCHEN, pg. 47; CALVO/CARRASCOSA, pg. 447.

Desarrollo: «Reconocimiento» de derechos adquiridos según una ley distinta de la ley del Estado de apertura y «posición concursal» de esos derechos. En las insolvencias internacionales cuando la ley del concurso y la ley que rige un derecho frente al deudor son distintas, conviene distinguir dos aspectos: el «reconocimiento» de los derechos adquiridos por los acreedores y la «posición concursal» de esos derechos. El reconocimiento de los derechos adquiridos conforme a una ley extranjera plantea un problema de «cuestión previa»: la validez y eficacia de esa adquisición. Esto nos lo resuelven las normas de conflicto ordinarias del foro²⁵. La «lex contractus» nos dirá si ha nacido un crédito contractual frente al deudor y sus condiciones, la «lex rei sitae» nos dirá si se ha constituido un derecho de garantía, etc. Será, en definitiva, la ley material aplicable conforme a esas normas la que nos dirá si el acreedor es titular de un derecho válidamente adquirido o no. Esto es una cuestión *extraconcursal*. Una vez que hemos obtenido una respuesta afirmativa a esta cuestión, se plantea una segunda: determinar cuál es la posición concursal de ese derecho así adquirido. A este problema le caben dos soluciones: o aplicar la «lex fori concursus» o aplicar las normas concursales del ordenamiento que rige ese derecho. En el primer caso, se parte de un *principio de separación*: los aspectos extraconcursoales y los aspectos concursales se someten a ordenamientos distintos. La ley que rige el derecho subjetivo nos determina si se ha adquirido válidamente o no (cuestión previa); si la respuesta es afirmativa, «lex fori concursus» determina la posición concursal de ese derecho. En el segundo caso, se parte de un *principio de unidad*: el ordenamiento que nos ha servido para resolver la cuestión previa determina también la posición concursal. Dicho de otro modo: en el primer caso, la remisión al Derecho extranjero sólo alcanza las normas extraconcursoales; en el segundo, las extraconcursoales y las concursales. El Reglamento parte de la primera solución pues establece como regla de base la aplicación de la «lex fori concursus». No obstante, las conexiones especiales que formula el Reglamento se inspiran, mayoritariamente, en el segundo tipo de solución. Establecen, aunque con algunos matices, la aplicación de las normas concursales de la ley que rige el derecho subjetivo.

La existencia de este tipo de conexiones especiales en el texto comunitario obedece, en general, a un *doble fundamento*: por un lado, la protección de los derechos adquiridos extraconcursalmente en un Estado distinto al de apertura del concurso, y por otro, la necesidad de reducir la complejidad de los procedimientos concursales (vid. cdo. 11). El primer fundamento es de orden sustantivo. Los sujetos configuramos nuestras relaciones «a la sombra» de un determinado entorno jurídico, entorno que incluye el grado de resistencia de nuestros derechos en el supuesto de que el deudor caiga en quiebra (*i.e.* nuestra posición concursal). La aplicación a este extremo de la ley bajo la cual configuramos esos derechos subjetivos es, en general, menos costosa de conocer y más difícil de manipular «ex post» por el deudor que la aplicación de la ley del domicilio de éste (*rectius* donde se localiza su centro de intereses principales). Parece entonces razonable que, bajo ciertas condiciones, se proteja la confianza en la primera²⁶. Este argumento explica en parte las conexiones especiales que prevé el Reglamento. Pero junto a él juega un argumento procesal. Los procesos de insolvencia son relativamente complejos y costosos de administrar. Una reducción de estos costes puede

²⁵ Vid. TROCHU, pgs. 160 y ss; TAUPITZ, pgs. 330-331; SIEHR, pg. 815.

²⁶ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 92; VIRGÓS, pgs. 16 y 18.

privilegiar a determinados acreedores pero puede acabar beneficiando a todos. Ciertas conexiones especiales, o al menos, ciertos aspectos de éstas, se justifican por esta necesidad de facilitar las cosas.

La suma de esos dos argumentos nos permite entender el distinto alcance que tienen las conexiones especiales previstas por el Reglamento²⁷.

a) En unos casos, la conexión especial opera sólo negativamente, para excluir la aplicación de la *lex fori concursus*. Así ocurre con los artículos 5 y 7. Estas reglas funcionan como «normas de conflicto negativas» (Duguée). El Reglamento excluye de los efectos del procedimiento de insolvencia ciertos derechos, esto es, trata a su titular como si para él no hubiese concurso alguno.

Ejemplo. El artículo 5, por ejemplo, establece que «la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho real de un acreedor o de un tercero sobre los bienes,... que pertenezcan al deudor y que, en el momento de apertura del procedimiento, se encuentren en el territorio de otro Estado». La expresión «no afectará» supone que el titular de esos derechos queda inmunizado frente a la declaración de apertura: ni le son oponibles los límites concursales previstos por la «*lex fori concursus principalis*», ni les son oponibles los límites concursales previstos por la «*lex rei sitae*». Los motivos que justificaron esta «sobrepotección» no fueron sólo la necesidad de proteger las expectativas del titular (argumentos sustantivos), sino también la necesidad de simplificar el procedimiento (i. e. la reducción de los costes de administración del sistema)²⁸.

b) En otros casos se combina el juego de la «*lex fori concursus*» con las normas concursales de la ley aplicable al derecho adquirido en el extranjero (art. 6).

Ejemplo. El artículo 6 establece que «la apertura del procedimiento de insolvencia no afectará al derecho de un acreedor a reclamar la compensación de su crédito con el crédito del deudor, cuando la ley aplicable al crédito del deudor insolvente permita dicha compensación». El efecto práctico de esta conexión especial es darle una doble oportunidad al acreedor. El acreedor puede compensar tanto si se lo permite la «*lex fori concursus principalis*» (vid. art. 4.2 d) como si se lo permite la ley que rige su derecho a compensar (i. e., la ley del crédito que se pretende extinguir mediante compensación) incluidas las normas concursales de este último ordenamiento²⁹. Las razones que justificaron la conexión especial del artículo 6 fueron esencialmente sustantivas: si alguien da crédito al deudor utilizando la posibilidad de compensar como mecanismo de garantía y confía en la eficacia de este mecanismo conforme a la ley que le sea aplicable, esa posibili-

²⁷ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 92; VIRGÓS, pg. 18; TAUPITZ, pg. 329; FLESSNER, pg. 283; LEIBLE/STAUDINGER, pg. 550; vid. también, en relación a la Directiva de entidades de crédito, DEGUÉE, núm. marg. 36.

²⁸ Vid. detenidamente Virgós/Schmidt, núm. marg. 97; BALZ, pg. 950; VIRGÓS, pgs. 19-20; TAUPITZ, pg. 323. Todos ellos analizando también las posibles vías de matizar el alcance del art. 5 (p. ej., la apertura de un procedimiento territorial).

²⁹ La diferencia de este tipo de conexión especial con el anterior es que la remisión a la «*lex causae*» incluye las normas concursales de este ordenamiento, Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 109.

dad no debe verse perjudicada por la intromisión de la «lex fori concursus principalis»³⁰.

c) Por último, hay un tercer grupo de casos en los que se descarta la *lex fori concursus* y se aplican directamente las normas concursales de la «lex causae», es decir, los efectos concursales que se producen sobre el derecho adquirido en el extranjero son los mismos que la ley del Estado en cuestión le impondría si se abriese a un procedimiento local de insolvencia (arts. 8-10).

Ejemplo. El artículo 8 establece que «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». Lo que este artículo implica es que los efectos concursales sobre un contrato de ese tipo no se someten a la «lex fori concursus principalis» sino a las normas concursales de la ley de situación del inmueble³¹. Esta solución no sólo protege las expectativas individuales sino que previene conflictos normativos. En la mayoría de los Estados este tipo de contratos se hallan sometidos a reglas imperativas; a través de esta conexión especial se previenen los posibles conflictos entre estas reglas imperativas y la «lex fori concursus principalis».

D. Procedimientos territoriales

El segundo tipo de excepciones a la idea de un procedimiento único con alcance universal deriva de la posibilidad que deja el Reglamento de abrir *procedimientos territoriales* de insolvencia. Como sabemos, la posibilidad de abrir procedimientos territoriales puede socavar las ventajas que ofrece el modelo de universalidad e incentiva, además, los comportamientos oportunistas de los acreedores (supra). Esto explica que el Reglamento haya sido muy cuidadoso a la hora de determinar si y bajo qué condiciones puede abrirse un procedimiento territorial. En principio, el Reglamento permite la apertura de procedimientos territoriales tanto *antes* como *después* de que se haya abierto un procedimiento principal. En ambos casos se exige que el deudor tenga un *establecimiento* en el Estado correspondiente; no es suficiente la mera presencia de bienes del deudor. Sin embargo, los presupuestos y las funciones son distintos en cada caso.

Desarrollo. Durante las negociaciones del Convenio de Insolvencia, los argumentos empleados para dejar abierta la posibilidad de abrir un procedimiento territorial fueron de dos tipos³²: a) por un lado, es una regla de protección de los acreedores locales: garantiza que los agentes económicos extranjeros que operan a través de un establecimiento local puedan ser sometidos a las mismas reglas concursales que los agentes económicos nacionales en la medida en que actúan en el mismo mercado; de este modo, los futuros acreedores no tendrán que preocuparse si contratan a través de un establecimiento local, del carácter nacional o extranjero de la sociedad de la que dependan: su riesgo de insolvencia

³⁰ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 109, «in fine». Escapa al presente trabajo el análisis de los problemas particulares que plantea este precepto, a título introductorio puede verse, VIRGÓS, pg. 21; GARCÍA GUTIÉRREZ, *passim*.

³¹ Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 118 «in fine».

³² Inf. Virgós/Schmidt, núms. margs. 32-33.

será, en principio, el mismo³³; b) por otro lado, es una regla que puede facilitar la administración del procedimiento de insolvencia y la liquidación del patrimonio del deudor. El hecho de que la empresa haya decidido abrir un establecimiento en otro Estado presupone que hay motivos económicos que justifican cierta descentralización de la operativa o de la administración empresarial (por ejemplo, asegurarse un contacto más directo con los clientes locales, mayor facilidad en la contratación de trabajadores locales, etc.). Esos motivos pueden tener su reflejo en el procedimiento de insolvencia. En general, el procedimiento de insolvencia debe guardar cierta simetría con la actividad empresarial: si es una actividad empresarial centralizada en un único Estado (donde se halle el centro de intereses principales) está justificado un procedimiento único; en cambio, si es una actividad descentralizada, pueden estar justificados varios procedimientos de insolvencia. En el caso del Reglamento, además, el procedimiento territorial puede utilizarse para someter a los límites concursales los derechos reales de terceros sobre bienes localizados fuera del Estado donde se abre el procedimiento principal (los cuales, en principio, quedarían inmunizados en virtud del art. 5, supra).

En aplicación de esta idea, el Reglamento permite, por un lado, abrir procedimientos territoriales *independientes*, esto es, antes de que se haya abierto un procedimiento principal. No obstante, el Reglamento contempla esta posibilidad con cierta desconfianza³⁴. En estos supuestos no existe aún un procedimiento principal, no hay posibilidad de coordinación en el marco de un procedimiento centralizado comunitario y, por consiguiente, los riesgos asociados a la apertura de un procedimiento territorial son mayores³⁵. Esto explica que el Reglamento sólo haya admitido la posibilidad de abrir procedimientos territoriales independientes como mecanismo para cubrir ciertas lagunas de protección que pueden surgir dentro de un modelo de procedimiento universal único. Por eso se afirma que los procedimientos territoriales independientes cumplen una *función supletoria*: sirven para paliar determinadas consecuencias «excesivas» del principio de universalidad. En concreto, el artículo 3.4 del Reglamento sólo permite la apertura de un procedimiento territorial independiente bajo *alguna* de estas dos condiciones: a) que no pueda obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se localice el centro de intereses principales del deudor; o, b) que la apertura del procedimiento territorial haya sido solicitada por un acreedor con domicilio, residencia habitual o sede en el Estado miembro en cuyo territorio se localiza el establecimiento del deudor o cuyo crédito tenga su origen en la explotación de dicho establecimiento³⁶. Esa función supletoria de los procedimientos territoriales independientes explica que puedan ser *tanto de liquidación como de saneamiento*.

Justificación: argumentos genéticos. Una de las razones fundamentales para permitir

³³ Ibid.

³⁴ BALZ, pg. 949.

³⁵ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 30.

³⁶ Por todos, MANKOWSKY, pgs. 1652-1653; WIMMER, pg. 985; vid. también Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 32.

la apertura de procedimientos territoriales al margen del procedimiento principal es la tutela de los acreedores locales (supra; y vid. también cdo. 11 del Reglamento). La existencia de un establecimiento expresa una diferencia en la presencia de un deudor extranjero en el mercado. En principio, no es lo mismo que el deudor de un Estado (F1) opere en un mercado de otro Estado (F2) desde su propio país (F1), o que opere desde el territorio de ese otro Estado (F2). En este segundo supuesto, el entorno en el cual se celebra la transacción puede justificar la tutela de los acreedores que se relacionaron con el deudor a través de ese establecimiento (acreedores locales), sobre todo, cuando gozan de ciertos privilegios o preferencias que no van a tener según la ley del Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales. Los Estados miembros que participaron en la elaboración del Convenio de 1995 compartían este principio, pero estaban divididos en cuanto a la forma de expresarlo en una norma concreta. Para unos Estados, la exigencia de que el deudor tuviese un establecimiento (unida al carácter territorial del procedimiento) era suficiente, a partir de ahí se debía permitir el juego normal de las normas nacionales de apertura del procedimiento. Para otros Estados, se debía completar el juego de las normas nacionales estableciendo ciertas condiciones adicionales de apertura (p. ej., que la pidiesen los «acreedores locales»)³⁷. El artículo 3.4 del Convenio (que se mantiene tal cual en el Reglamento) responde a un compromiso entre los distintos enfoques³⁸. El resultado final no admite una remisión incondicionada al Derecho nacional, pero tampoco se limita a que quien solicite la apertura del procedimiento sea un acreedor local.

Los procedimientos territoriales *secundarios* son aquellos que tienen lugar junto con un procedimiento principal. Este tipo de procedimientos no son vistos con la misma desconfianza que los anteriores: en la medida en que el Reglamento asegura la coordinación entre ellos y el procedimiento principal (vid. arts. 27-42), esos procedimientos pueden ponerse al servicio de aquél. Por eso se ha dicho que los procedimientos secundarios cumplen, junto a esa función supletoria, una *función auxiliar*³⁹. Pueden utilizarse para facilitar la administración y liquidación del patrimonio del deudor insolvente. Por ejemplo, porque el deudor tuviese bienes en ese territorio sujetos a un derecho real (supra) o incluso porque por razones de economía procesal fuese más cómoda la liquidación territorial organizada desde el propio Estado donde se encuentra el establecimiento que desde el Estado donde se ha abierto la quiebra principal. El Reglamento intenta reflejar estas circunstancias ampliando el círculo de legitimados para solicitar la apertura o facilitando la determinación de situación de insolvencia patrimonial del deudor. En concreto, la exigencia de insolvencia del deudor establecida por la ley nacional no necesita ser satisfecha, en la medida en que la decisión de apertura del procedimiento principal sea reconocida (art. 27). Además, el Reglamento atribuye directamente legitimidad al síndico del procedimiento principal para solicitar la apertura de un procedimiento secundario [art. 29 a)].

³⁷ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 84.

³⁸ Ibid.

³⁹ Vid. Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 33.

El predominio de la función auxiliar en estos procedimientos explica que sólo puedan ser de *liquidación*.

E. *Modelo de las Directivas*

Las Directivas adoptan una solución más universalista. En contraste con el modelo del Reglamento, las Directivas sobre *entidades de crédito y compañías de seguros* se basan en un procedimiento *único* y con alcance *universal* (vid. arts. 3, 9 y 4 y 8 respectivamente). Todos los bienes del deudor y todos los acreedores quedan sometidos a las autoridades del Estado de origen del deudor. No cabe la apertura de procedimientos territoriales. En ambos casos, eso sí, se establece un régimen de excepciones a la aplicación de la «*lex fori concursus*» paralelo al del Reglamento.

Esta solución encaja perfectamente con el modelo de insolvencia de las Directivas⁴⁰:

- a) Por un lado, las actividades de las entidades de crédito y de las compañías de seguros se hallan sujetas a un régimen especial de control prudencial por las autoridades estatales. En el contexto europeo este régimen se halla centralizado y corresponde, salvo ciertas excepciones, al Estado de origen: la matriz y sus sucursales forman una entidad única sometida a la supervisión de las autoridades competentes del Estado en el que haya expedido la autorización válida en el conjunto de la Comunidad (= Estado de origen, vid. p. ej., cdo. 3 de la Directiva de entidades de crédito). Bajo estas circunstancias, sería particularmente inoportuno renunciar a esta unidad que la entidad forma con sus sucursales cuando se trata de adoptar medidas de saneamiento o incoar un procedimiento de liquidación (cdo. 4).
- b) Por otro lado, el régimen de insolvencia de estas empresas se basa en un sistema preventivo, *i.e.*, de intervención preconcursal, y cuya finalidad preferente es el saneamiento de la empresa. La efectividad de estas medidas exige también su adopción en un procedimiento único y centralizado en el Estado de origen. Estos dos argumentos justifican que el modelo de las Directivas se separe parcialmente del régimen general.

4. CONCLUSIÓN PARCIAL

La experiencia comparada muestra que hay «fallos de coordinación» en el sector de la quiebra internacional: los Estados unilateralmente no tienden a alcanzar la solución más eficiente. Es más, el riesgo es que, debido al comportamiento oportunista de cada uno, la solución que se alcance sea la peor para todos. El Derecho concursal europeo intenta corregir esos fallos en las relaciones intracomunitarias. Para ello establece unas reglas uniformes de Dipr.

En el caso del Reglamento de Insolvencia el modelo que inspira esta regulación es el modelo de universalidad, aunque corregido. El Reglamento parte

⁴⁰ Vid., DEGUÉE, pgs. 4-6.

de un procedimiento único con alcance universal, aunque establece una serie de excepciones. En unos casos son excepciones a la aplicación de la «lex fori concursus principalis» y en otros, a la centralización del procedimiento. El fundamento de estas excepciones es tanto sustantivo (proteger las expectativas preconcursales de ciertos acreedores) como procedimental (facilitar la administración y liquidación del patrimonio del deudor).

Las Directivas, por su parte, se hallan más cerca del modelo universal puro ya que no permiten la apertura de procedimientos territoriales. Este distanciamiento de la regla general se explica por las peculiaridades funcionales que tienen los procedimientos de insolvencia cuando se trata de entidades de crédito o de compañías de seguros.

V. LA «LÓGICA COMUNITARIA»: NATURALEZA JURÍDICA Y CONSECUENCIAS HERMENÉUTICAS

En el epígrafe anterior hemos analizado el modelo normativo que inspira la regulación comunitaria y las razones *de naturaleza concursal* que han llevado al legislador a escoger ese modelo. Los argumentos manejados, salvo alguna excepción puntual, han sido estrictamente concursales. El otro elemento que nos va a permitir entender la racionalidad interna del Derecho concursal europeo es su «lógica comunitaria». La naturaleza comunitaria de la normativa que estamos estudiando se manifiesta de distintas formas y con diferentes implicaciones.

1. LA NATURALEZA PREDOMINANTEMENTE CONFLICTUAL DEL DERECHO CONCURSAL EUROPEO

En primer lugar, el contexto en el que se adopta esta normativa concursal explica su naturaleza. El Derecho concursal europeo responde a una opción de política legislativa común a otros sectores del Derecho privado europeo: entre las soluciones extremas, *i.e.* absoluta diversidad nacional o absoluta uniformidad, se escoge una vía intermedia: *diversidad material, salvo excepciones, pero uniformidad conflictual (incluyendo la dimensión procesal)*. Esta vía permite a las legislaciones nacionales seguir jugando (y «compitiendo») y a los legisladores nacionales seguir optando (y «probando») entre las diversas políticas legislativas de Derecho concursal.

Como hemos adelantado, el Derecho concursal europeo no sustituye a los Derechos nacionales. Su naturaleza es fundamentalmente conflictual. Esto es, son normas de Dipr uniforme. Pues bien, las *razones normativas* de esta limitación deben buscarse en el juego combinado de los *principios comunitarios de subsidiariedad* y de *proporcionalidad* (vid., p. ej., cdo. 6 del Reglamento de insolvencia). El buen funcionamiento de cualquier mercado integrado exige que los procedimientos de insolvencia transfronterizos se desarrollen de forma eficaz y efectiva, así como que se evite que las partes encuentren incentivos para comportarse de forma oportunista, transfiriendo bienes o litigios de un Estado miembro a otro en beneficio propio y a costa del per-

juicio ajeno (vid., p. ej., cdos. 2 y 4 del Reglamento de insolvencia)⁴¹. Este riesgo es más acentuado en los mercados integrados ya que las libertades de establecimiento y de circulación de bienes y capitales facilitan los comportamientos oportunistas.

Pero para alcanzar estos objetivos y prevenir esos riesgos no se ha considerado necesario una uniformidad material, desplazando los Derechos de los Estados. Cada Estado, por consiguiente, puede conservar su Derecho de insolvencia. La intervención del legislador comunitario se ha limitado a uniformizar las reglas de Dipr en la medida en que esto permite alcanzar suficientemente esos objetivos y evita, al mismo tiempo, los costes asociados a una uniformización material. Lo que ofrece el Reglamento es la seguridad a los operadores sobre qué tribunales europeos van a ser competentes y qué Derecho estatal van a aplicar esos tribunales, además de la continuidad geográfica (en Europa) de las decisiones que dicten esos tribunales. Esto, en definitiva, permite a cada acreedor tasar con cierta seguridad el riesgo de insolvencia que está asumiendo.

Advertencia. El Reglamento *no elimina absolutamente* el riesgo de comportamiento oportunista de los operadores, ya que bajo ciertas condiciones pueden desplazar los bienes de un Estado a otro y, en este sentido, buscar un foro conveniente a costa de los otros particulares afectados. Pero sí que reduce *relativamente* estas posibilidades, ya que fija criterios de conexión difícilmente manipulables por una de las partes, y reduce también las posibilidades de comportamiento oportunista de los propios Estados al eliminar la posibilidad de jugar con las normas de Dipr para beneficiarse unos a costa de los otros.

2. ANTECEDENTES Y BASES NORMATIVAS

Las diferentes bases normativas y la posición particular de algunos países también se explica por los determinantes del contexto comunitario en el que se adoptan las reglas.

Las nuevas competencias atribuidas a la Comunidad en virtud de los artículos 61 c) y 65 del Tratado CE en materia de cooperación judicial en material civil, incluidos tras el Tratado de Amsterdam de 1997, han dado lugar a una fructífera producción normativa en el sector del Derecho internacional privado⁴²; el Reglamento de insolvencia es uno de estos frutos. Por su naturaleza jurídica de *Reglamento comunitario*, es una norma de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado (art. 249 II Tratado CE). El Reglamento establece, así, un cuerpo normativo uniforme *para todos los Estados miembros*.

Antecedente inmediato: el Convenio de Insolvencia de 1995. El Reglamento de insolvencia tiene su antecedente inmediato en el Convenio europeo de insolvencia de 1995 (Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruse-

⁴¹ Detenidamente, VIRGÓS, pgs. 1-4; LEIBLE/STAUDINGER, (1999), pgs. 537-538; BELTRÁN SÁNCHEZ, pgs. 3334.

⁴² Vid., entre otros muchos y todos con más referencias, BORRÁS, *passim*; BASEDOW, *passim*; LEIBLE/STAUDINGER (2000), *passim*.

Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez

las, el 23 de noviembre de 1995). Este texto se adoptó en aplicación del antiguo artículo 220 del Tratado CE (actual 293), y aunque se firmó por todos los Estados parte (a excepción de Gran Bretaña), nunca llegó a entrar en vigor. Con base en el artículo 67 del nuevo Tratado CE (post-Amsterdam), a iniciativa de la República Federal de Alemania y de Finlandia, se decidió transformar ese convenio en un Reglamento comunitario. El texto, no obstante, se ha conservado prácticamente idéntico. Esto explica que para interpretar el Reglamento siga siendo muy útil el Informe Virgós/Schmidt, concebido originalmente para el texto convencional, y toda la aportación doctrinal aparecida bajo su elaboración⁴³.

En virtud del artículo 69 del Tratado CE, la situación de *Gran Bretaña e Irlanda*, por un lado, y de *Dinamarca*, por otro, plantea problemas especiales. Sin detenernos en ellos, basta señalar aquí que Gran Bretaña e Irlanda notificaron su deseo de tomar parte en la adopción y aplicación del Reglamento, como así han hecho (vid. cdo. 32). Dinamarca en cambio no ha participado en la adopción del Reglamento por lo que, mientras no modifique su posición, no está obligada por el mismo (cdo. 33)⁴⁴. Para los demás Estados miembros, Dinamarca debe de ser considerada, por ahora, como un tercer Estado.

Las Directivas sobre saneamiento y liquidación de entidades de crédito y compañías de seguros tienen una base distinta, el artículo 47.2 Tratado CE. Esto implica que requieren desarrollo por los legisladores nacionales; y, en contraste con el Reglamento de insolvencia, que vinculen a todos los Estados miembros, incluida esta vez Dinamarca.

3. ESPECIALIDADES HERMENÉUTICAS

El hecho de que se trate de una normativa comunitaria tiene también consecuencias hermenéuticas importantes.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia *TJCE* tiene competencia para resolver las *dudas interpretativas* que el Reglamento o las Directivas pueda plantear a los tribunales nacionales. En el caso del Reglamento de insolvencia, su fundamento es el artículo 68 Tratado CE. Según este precepto, cuando una cuestión interpretativa se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno⁴⁵, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir el fallo.

⁴³ El Informe Virgós/Schmidt puede consultarse en VIRGÓS/GARCIMARTÍN, (1996), pgs. 440 y ss.; sobre la relación entre el Reglamento y el Convenio puede verse también LEIBLE/STAUDINGER (1999), pgs. 535-537; EIDENMÜLLER, pg. 2; CANDELARIO MACÍAS, pgs. 1228-1229; BELTRÁN SÁNCHEZ, pg. 33.

⁴⁴ Sobre las posibles soluciones que puede plantear el «problema danés», Heß, pgs. 28, 30; LEIBLE/STAUDINGER (1999), pg. 537 (sugiriendo la posibilidad de un acuerdo paralelo con base en el art. 293 Tratado CE o un convenio bilateral entre la UE y Dinamarca).

⁴⁵ Críticos sobre la limitación de esta posibilidad a los tribunales de última instancia, *i.a.*, BASEDOW, pg. 695; JAYME/KOHLER, pg. 458.

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

Uniformidad (o lógica de integración) versus efectividad (o lógica concursal). El carácter obligatorio y suspensivo de la cuestión prejudicial contrasta con las necesidades de contención temporal de los procedimientos de insolvencia⁴⁶. El Reglamento de insolvencia es una norma de Derecho uniforme. Toda norma uniforme, para que funcione adecuadamente, requiere una interpretación también uniforme y una garantía institucional de dicha uniformidad. La vía del recurso prejudicial ante el TJCE ofrece esta garantía. No obstante, el recurso implica una dilación del procedimiento. Esta dilación puede poner en peligro la efectividad de la tutela judicial. Esta tensión entre uniformidad y efectividad se manifiesta con especial intensidad en dos aspectos del recurso prejudicial: a) su carácter obligatorio o facultativo; y, b) su efecto suspensivo.

En el sistema del *Convenio*, el régimen del recurso prejudicial ante el TJCE se apartaba del modelo general (art. 234 Tratado CE). Por un lado, era *facultativo* para el tribunal nacional y, por otro, se dejaba al Derecho de cada Estado el posible *efecto suspensivo* de dicho recurso. La razón principal era prevenir dilaciones excesivas. En los procedimientos de insolvencia el elemento temporal es fundamental: «Estos procedimientos arrancan de una situación de crisis financiera. La prontitud de las actuaciones es fundamental para evitar una rápida depreciación de los activos»⁴⁷. La imposición de un recurso obligatorio y suspensivo, adecuado en lógica comunitaria o de integración, podría poner en peligro la efectividad de la tutela judicial; por eso se prefirió un sistema facultativo y, además, remitir el efecto suspensivo al Derecho procesal de cada Estado (de hecho muchos Derechos nacionales no dan efectos suspensivos a los recursos en los procedimientos concursales)⁴⁸. Los riesgos que para la uniformidad del Derecho comunitario podrían derivarse se reducían mediante el recurso «en interés de ley» previsto en el mismo Convenio.

La conversión en Reglamento del Convenio original puede plantear dificultades en este punto ya que el recurso prejudicial queda ahora sujeto al régimen previsto en el artículo 68 Tratado CE. El tenor literal de este precepto, a medio camino entre el párrafo II (que establece la facultad de someter al TJCE una cuestión prejudicial interpretativa) y el párrafo III (que establece una obligación) del artículo 234 del Tratado CE, ha dado lugar a ciertas dudas sobre el carácter facultativo u obligatorio del recurso prejudicial en el caso del artículo 68⁴⁹. Las versiones inglesa, portuguesa y española avalan la idea de que el planteamiento es obligatorio, pues los términos utilizados parecen imperativos: «*Shall request*», «*devera pedir*», «*pedirá*»; otras versiones son más ambiguas pues utilizan el verbo en presente, como la francesa, la italiana o la alemana: «*demande*», «*domanda*», «*legt*». El argumento genético hablaría a favor del carácter obligatorio del tenor del artículo 68⁵⁰ y lo mismo puede decirse, en términos generales, del teleológico⁵¹.

⁴⁶ Sobre este punto, vid. también EIDENMÜLLER, pgs. 78; LEIBLE/STAUDINGER (1999), pg. 572.

⁴⁷ Inf. Virgós/Schmidt, núms. margs. 289-292.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Vid. DROZ/GAUDEMET-TALLON, pgs. 627-628 y los autores que éstos citan.

⁵⁰ Así lo señala KAPTEYN, magistrado del TJCE, pg. 146: «in the final stage of the negotiations (*se refiere al Tratado de Amsterdam*) the optional referral originally provided for was replaced by an obligatory referral».

⁵¹ En todo caso, la clave de la interpretación no está en el inciso «si estima necesaria una decisión al respecto», pues la jurisprudencia del TJCE la entiende implícita también en el art. 234 III que sin ninguna duda establece una obligación de plantear la cuestión prejudicial; vid. GAJA, pgs. 146-147.

Si el artículo 68 TCE establece un recurso prejudicial que resulta obligatorio y que, además, tiene efectos suspensivos (el artículo 242 TCE no es aplicable a este recurso), los riesgos para el desarrollo efectivo de un procedimiento de insolvencia pueden ser significativos⁵².

No obstante, estos riesgos se ven reducidos si tenemos en cuenta diversos datos: (1) Que en el artículo 68 el recurso sólo corresponde al tribunal nacional que está conociendo en última instancia de la cuestión. Ni los tribunales de primera instancia, ni los de apelación (salvo que su decisión no sea susceptible de ulterior recurso) pueden dirigirse al TJCE. (2) Que el recurso sólo procede cuando el resultado del proceso depende de la interpretación de la norma comunitaria y que corresponde al juez nacional decidir en cada caso si existe o no esa necesidad. En este sentido, la jurisprudencia comunitaria relativa al (ahora) artículo 234 TCE es aquí proyectable, de modo que no sería necesario su planteamiento cuando⁵³: (a) la cuestión es materialmente idéntica a otra ya resuelta por el TJCE (doctrina del *acto declarado*); (b) la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja dudas razonables (doctrina del *acto claro*). (3) Que la última modificación del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 16 de mayo de 2000 (*DOCE L 122, 24.5.2000*), permite, bajo ciertas condiciones, una resolución más rápida del recurso (*vid.* artículos 104.3 y 104 bis). (4) Que junto a estos elementos, hay que tener en cuenta también la existencia de razones teleológicas para adaptar el *régimen general* de los artículos 68 y 234 a las particularidades de estos procesos. El Reglamento no es sólo Derecho comunitario, sino también Derecho concursal. Desde el punto de vista interpretativo, ello implica que son aplicables no sólo los cánones de la «lógica comunitaria» sino también los cánones de la «lógica concursal»; y que esta segunda debe ser tenida en cuenta también por el TJCE (pues es un dato que está en la naturaleza misma de las cosas). Los motivos que llevaron a establecer un régimen especial en el Convenio de 1995 (un régimen facultativo y donde se deja el efecto suspensivo al Derecho nacional) siguen siendo válidos tras su conversión en Reglamento. La importancia del factor tiempo en los procedi-

⁵² Si, contra lo que se afirma en el texto, se entendiera que el art. 68 es deliberadamente ambiguo, ello permitiría adaptar por vía interpretativa el precepto a cada uno de los heterogéneos sectores que componen el Título IV del Tratado: «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Un principio de elemental continuidad jurídica hablaría por una interpretación del art. 68 que siga considerando como obligatorio el planteamiento de una cuestión prejudicial a los tribunales de última instancia nacionales en relación con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este Reglamento es el heredero del Convenio de Bruselas de 1968 y no se llega a ver ninguna razón por la que la comunitarización de este sector del Derecho deba determinar un régimen que garantice menos la uniformidad de la interpretación que el existente bajo la vigencia del Convenio de Bruselas de 1968 (y que, por cierto, sigue en relación con Dinamarca). En efecto, según el Protocolo Interpretativo que acompañaba al Convenio, los tribunales de última instancia estaban obligados a plantear la cuestión al Tribunal de Justicia (art. 3.1º: «deberá pedir»). En cambio, y por un argumento similar, no se vé ninguna razón por la que la comunitarización de este sector elimine los riesgos de depreciación que llevaron a eliminar el carácter obligatorio del recurso al Tribunal de Justicia en el caso de los procedimientos de insolvencia por el Convenio de 1995. Si se admitiera esta interpretación, la respuesta a aplicar al Reglamento 1346/2000, sería, bajo el art. 68 TCE, la misma que estaba prevista en el citado convenio de 1995: el recurso prejudicial no sería obligatorio ni tendría efectos necesariamente suspensivos.

⁵³ BOLOUIS/DAMON, pg. 27.

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

mientos de insolvencia no desaparece por el hecho de que se haya transformado en norma comunitaria. Por consiguiente: (a) El juicio de necesidad del recurso sólo se satisface cuando la duda hermenéutica condicione la resolución del caso, sea de trascendencia para el Derecho comunitario y de entidad suficiente para requerir su planteamiento⁵⁴. (b) El efecto suspensivo no ha de ir más allá de lo estrictamente necesario, de tal modo que cuando se plantee el recurso en un incidente o en una pieza de tramitación separada al procedimiento principal, éste pueda continuar⁵⁵. (c) Además, el efecto suspensivo puede *excepcionarse* por el juez nacional cuando esté en juego la efectividad misma del procedimiento de insolvencia. El caso más importante es del artículo 3 RI y la competencia internacional del órgano que abre el procedimiento. La obligatoriedad del recurso se concilia bien con la ausencia de control de la competencia en sede de reconocimiento por otros Estados miembros de la competencia del tribunal de origen. Sin embargo un efecto suspensivo haría imposible que el procedimiento colectivo pueda cumplir sus fines en tiempo oportuno. En este caso, el procedimiento debe poder continuar si así lo estima el juez nacional y lo permite su Derecho, aunque previniendo, de acuerdo con ese mismo Derecho nacional, los riesgos de que el procedimiento siga adelante mientras su competencia está siendo impugnada.

En segundo lugar, la naturaleza comunitaria de la normativa repercute también sobre el juego de los cánones hermenéuticos. Es cierto que el Reglamento de insolvencia no contiene, como tampoco otros Reglamentos, ninguna norma específica sobre sus cánones hermenéuticos. No obstante, del origen y finalidad del Reglamento y de la existencia de esa garantía institucional de uniformidad que viene representada por la competencia interpretativa del TJCE se pueden extraer algunas premisas:

La primera es la necesaria introducción de un nuevo canon de interpretación. El Reglamento, como toda norma de Derecho uniforme, exige una interpretación y desarrollo judicial también uniformes. Ello por dos razones, una formal y otra material. Desde un punto de vista formal, su finalidad es unificar un sector del Derecho. Interpretar es dotar de significado preciso a las normas; si la interpretación es diferente, sólo la textura semántica de las normas será igual, no sus soluciones. Desde un punto de vista material, su finalidad es asegurar la igualdad de derechos y obligaciones derivados de sus normas para todos los interesados, con independencia del Estado miembro en el que se localicen. De esta premisa se deriva el «canon de la uniformidad» como nueva variable que los jueces nacionales deben incorporar a su bagaje hermenéutico.

Este canon tiene un triple alcance:

a) Se fija en el origen comunitario de la norma y destaca su autonomía frente al Derecho nacional: la interpretación debe tomar como punto de partida el sentido y fin del propio Reglamento, sus principios configuradores y sus decisiones valorativas, no el Derecho nacional; o dicho con otras palabras, el primer contexto de la argumentación es «autorreferencial». Al

⁵⁴ LEIBLE/STAUDINGER (1999), pg. 573.

⁵⁵ Inf. VIRGÓS/SCHMIDT, núm. marg. 291.3 *in fine*.

hecho de que los conceptos y las reglas del Reglamento deban ser definidos, interpretados y desarrollados conforme a esos parámetros y de modo común para todos los Estados miembros, y por ende independientemente del Derecho nacional, se refiere la doctrina como «interpretación autónoma».

b) «Ceteris paribus», entre varias interpretaciones posibles, el juez español debe preferir aquella que coincida con la seguida por los jueces de otros Estados miembros.

c) Los argumentos hermenéuticos que se manejen deben ser, en la medida de lo posible, universalizables, esto es, potencialmente admisibles para los jueces de los demás Estados miembros y para el TJCE.

La segunda premisa es la relativa al método de interpretación. Para interpretar un Reglamento no se ha desarrollado un método hermenéutico especial, sino que valen los cánones clásicos, literal, sistemático, histórico y teleológico, más el análisis comparatista, pero adaptados a la naturaleza de la norma sobre la que se proyectan. El nuevo canon, el de la uniformidad, asegura el ajuste de los cánones hermenéuticos tradicionales a la naturaleza específica de esta norma. Para entender mejor esto último, debemos señalar algunos de los parámetros que informan esta adaptación.

a) En el uso del *criterio literal* es necesario tener en cuenta que el Reglamento de insolvencia tiene versiones en todas las lenguas oficiales de la Comunidad. El juez nacional debería, ante una dificultad interpretativa, cotejar las diferentes versiones (o al menos un número suficiente de ellas). En relación con ese texto ello pondría de manifiesto, por ejemplo, que la versión española tiene alguna divergencia no acordes con el resto de los textos y que, por lo tanto, deben ceder ante éstos. Así, por ejemplo, en otras versiones del artículo 7.2 no se dice «contra el *deudor*», sino «contra el *vendedor*»; o la errata contenida en el artículo 25.1 de la versión española cuando dice «con excepción del apartado 2 del artículo 34 del *presente Reglamento*», en lugar de decir, como el resto de las versiones, «con excepción del apartado 2 del artículo 34 del *Convenio de Bruselas...*».

b) Al emplear el *criterio sistemático*, debe tenerse en cuenta que las normas comunitarias se relacionan tanto con las normas de los Derechos nacionales como con otras normas comunitarias. La «interpretación autónoma» explica bien la relación entre la norma comunitaria y el Derecho nacional. Frente al resto del ordenamiento comunitario, en cambio, la pertenencia formal a un mismo sistema (el comunitario) encuentra su correspondencia en la idea de «unidad interna»; esta idea debe llevar a interpretar las normas como parte de un conjunto con el que debe mantener su coherencia valorativa. Esto vale tanto en abstracto para el conjunto «ordenamiento comunitario», como, más operativamente, para los «subconjuntos» con los que directamente se relaciona el Reglamento: «Derecho de la cooperación judicial con repercusión transfronteriza» y «Derecho concursal comunitario»⁵⁶.

⁵⁶ Sentencia TJCE de 6-10-1988 (asunto 283/81), fundamento 17: «Every provision of Community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

Ejemplo. Tanto el Reglamento como las Directivas contienen normas de conflicto sobre la ley aplicable. Según el tipo de deudor sobre el que se abra un procedimiento de insolvencia, serán aplicables unas u otras normas. Desde este punto de vista se puede decir que el tipo de deudor (empresa común, entidad de crédito, compañía de seguros, etc.) «atrae» las normas de conflicto aplicables en caso de insolvencia. Por ejemplo, si el quebrado es la entidad bancaria, la compensación se rige por el 3, 10, los artículos del 23 y 25 de la Directiva 2001/24/CE; si el quebrado es la contraparte (un empresario, p. ej.), la compensación se rige por el artículo 4 y el artículo 6 del Reglamento de insolvencia. Existe, por esta razón, un riesgo jurídico evidente: si esas normas de conflicto son diferentes, dependiendo de cuál de las dos partes de una misma relación entre en quiebra (*e.g.* la entidad bancaria o su contraparte), la solución conflictual sobre el mismo problema (la posibilidad de una compensación entre la entidad bancaria y su contraparte) sería distinta. Este riesgo se ha evitado en la fase legislativa mediante una coordinación consciente de las normas de conflicto que contienen todos los textos comunitarios; y debe evitarse en la fase interpretativa mediante el recurso a la idea de unidad interna: pese a la pluralidad de actos normativos, existe una unidad sistemática de fondo en el tratamiento conflictual de la insolvencia. Esta idea de sistema único es decisiva para la interpretación de los distintos textos. Así, siguiendo con el ejemplo de la compensación, aunque una primera lectura del artículo 6 Reglamento no permite advertirlo, los acuerdos de compensación contractual se rigen por la ley aplicable al contrato que establece dichos acuerdos. Esta ley se determina, en principio, según el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales⁵⁷. Normalmente, esta ley coincidirá con la ley del crédito principal y ésta es la situación en la que está pensando el artículo 6: el acuerdo de compensación como un pacto accesorio dentro del contrato principal cuya ley rige el crédito. Sin embargo, puede suceder que el acuerdo de compensación sea un acuerdo autónomo, sujeto a su propia «lex contractus», y que esta ley no coincida con la que rige el crédito principal. Por ejemplo, porque las partes hayan celebrado un acuerdo marco de compensación en relación con varios contratos, cada uno de ellos con su propia «lex contractus». En estos casos, la teleología del artículo 6 nos obliga a ajustar su tenor. El artículo 6 se fija en la función de garantía de la compensación y lo que protege son las expectativas de compensar que nacen antes del concurso. En nuestro ejemplo, el derecho a compensar no se deriva de la ley que rige el crédito principal, sino del acuerdo de compensación. Por ello, la remisión que hace el artículo 6 no debe entenderse hecha a la ley del crédito principal sino a la ley que rige el acuerdo autónomo de compensación. Esta solución «refleja» en el plano concursal la posibilidad que permite el Convenio de Roma de 1980 de escindir una parte del contrato (la relativa a la extinción por compensación) y someterla voluntariamente a una ley distinta del contrato principal (*vid.* art. 3.1 CR, «in fine»). La pertinencia de esta interpretación se confirma al comprobar que esta es la solución que se recoge, expresamente, en la Directiva sobre entidades de crédito (art. 25). Rechazar esta interpretación y entender que el artículo 25 de la Directiva y el artículo 6 del Reglamento dan a esta cuestión soluciones diferentes entrañaría un resultado absurdo e inadmisibles: que según cuál de las partes de un acuerdo de compensación resulte insolvente, la entidad bancaria o la sociedad contratante, la compensación sería posible o imposible, pues la ley nacional aplicable al acuerdo de compensación sería distinta en cada uno de esos casos.

of Community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date as which the provision in question is to be applied».

⁵⁷ Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 110.

El argumento sistemático debe tomarse con la necesaria flexibilidad también en el ámbito comunitario. La idea de sistema justifica la presunción de continuidad de los conceptos y categorías jurídicas dentro de un mismo ordenamiento (*i.e.* su generalización). Sin embargo, el argumento sistemático está siempre sometido a un control teleológico de adecuación a los fines de las normas; y este control de adecuación puede imponer, en casos concretos, un significado diferente a esos mismos conceptos y categorías (*i.e.* su individualización o especialización). En ocasiones es el propio legislador quien expresamente «independiza» un concepto y evita que se le traslade un significado ya acuñado en otro sector del mismo ordenamiento.

Ejemplo. El concepto de «establecimiento» en el RI es un concepto autónomo que aparece definido en el propio Reglamento [art. 2 h)]. Este dato es muy significativo ya que nos indica que esa definición es independiente no sólo de las definiciones nacionales, sino también de las definiciones contenidas en otros textos comunitarios; en particular, de la definición del término establecimiento que ha ido haciendo el TJCE del artículo 5.5. del Convenio de Bruselas de 1968 (actual Reglamento 44/2001). Las razones se explican en el informe Virgós/Schmidt⁵⁸. Durante las negociaciones del convenio de insolvencia antecedente inmediato del Reglamento, varios Estados defendieron la posibilidad de que la apertura de los procedimientos territoriales pudiera basarse en la presencia de bienes del deudor, sin necesidad de la presencia de un establecimiento. Con el fin de lograr un consenso global sobre el convenio, estos Estados aceptaron renunciar a esa posibilidad, a cambio de que el concepto de establecimiento se interpretara de un modo amplio. El Tribunal de Justicia, había venido insistiendo en que las competencias especiales del artículo 5 del CB 1968 debían ser objeto de una interpretación estricta, como excepciones al foro general del domicilio del demandado, lo cual chocaba con el carácter amplio que pretendía dársele al concepto de establecimiento. La definición expresa del concepto tenía en el convenio sobre procedimientos de insolvencia (y tiene en el Reglamento) la función de prevenir una transposición automática de los elementos de la definición de establecimiento del CB 1968 al Convenio (ahora Reglamento) de insolvencia. Implica, por lo tanto, una ruptura querida del principio de continuidad y un límite de la interpretación sistemática. Es un concepto «autónomo» tanto frente al Derecho nacional como frente al Derecho comunitario.

c) El criterio *genético-histórico* también presenta peculiaridades. En concreto es importante tener en cuenta el origen pactado del Reglamento (origen tanto más claro cuanto que es el resultado de la transposición a forma de Reglamento de un convenio internacional). Esta idea de «norma pactada» explica alguna de las ideas centrales del Reglamento de insolvencia y de las Directivas sobre liquidación y saneamiento. Por ejemplo, la diferencia de modelos entre el Reglamento (sistema mixto o de universalidad mitigada por la posibilidad de abrir procedimientos territoriales, *supra*) y las Directivas (sistema universal puro, *supra*) se explica por un acuerdo global entre los Estados miembros en el que se acordó que todos aceptarían un modelo universal para las entidades de crédito y las compañías de seguros a cambio de que en el Reglamento general se optara por un modelo mixto. La idea es que este modelo defiende mejor los intereses de los acreedores frente a

⁵⁸ Núm. marg. 70.

Derechos concursales como el francés, que postergan de modo significativo los intereses de los acreedores (verdaderos propietarios residuales de la empresa insolvente en otros sistemas). En el marco de las Directivas, los Estados miembros aseguran con la elección de un modelo universal un modelo consistente con los mecanismos de control prudencial que corresponden a las autoridades del Estado de origen de la entidad y se aseguran que sus políticas de prevención y saneamiento no serán perturbadas por la apertura de medidas concursales en el extranjero (supra). Los riesgos que para los intereses de los acreedores pueda representar un modelo universal se justifican por la protección de un interés general: la estabilidad del sistema financiero⁵⁹. En el marco del Reglamento no existe ese interés general y ello explica que los Estados cuyos sistemas nacionales se basaban en un modelo de territorialidad no estuvieran dispuestos a renunciar completamente a los procedimientos territoriales; al menos en tanto no se avance en la armonización comunitaria de las reglas sobre prelación de créditos y derechos de garantía.

d) El *criterio teleológico* se concreta en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva en el mercado interior. El Reglamento de insolvencia se suma a todas las instituciones diseñadas para contribuir a un funcionamiento fluido del mercado único europeo. La contribución del Reglamento a ese fin es procurando que los operadores (deudores y acreedores actuales y potenciales) vean garantizada la tutela de sus derechos e intereses en todo el ámbito comunitario al tiempo que se ofrece un marco de acción colectiva que facilite la cooperación y el acuerdo entre ellos.

Ejemplo. Parece evidente que la apertura de más de un procedimiento principal dentro de la Comunidad chocaría con los fines del Reglamento y es incompatible con él. Dentro de la comunidad sobre un mismo deudor sólo puede haber un *único procedimiento principal*. El Reglamento no contiene normas expresas para prevenir o solucionar ni conflictos positivos (dos Estados consideran situado el centro del deudor en su ámbito y abren procedimientos principales), ni conflictos negativos (dos Estados consideran cada uno que el centro principal del deudor se localiza en el territorio del otro). La idea que justifica este silencio es que el centro de intereses principales es un concepto uniforme, por lo que no deberían producirse divergencias en su aplicación salvo en casos marginales. Sin embargo un conflicto positivo puede darse, pues el Reglamento no impone medidas de publicidad comunitarias que aseguren el conocimiento en toda la UE de la apertura⁶⁰. En la medida en que dichos conflictos son teóricamente posibles, existe una obligación teleológica de prevenirlos mediante la aplicación de las reglas disponibles. El principio de prioridad temporal resuelve los *conflictos positivos*: cuando dos tribunales nacionales se consideran competentes para abrir un procedimiento principal, prevalece el primer procedimiento principal que se abra. Esta solución se deriva del reconocimiento automático de las decisiones que establece el artículo 16 (vid. cdo. 22 «in fine»): una vez que el primer tribunal adopta una decisión de apertura basándose en la localización del centro de

⁵⁹ DEGUÉE, pgs. 5 y 23.

⁶⁰ LÜCKE, pg. 289.

intereses en su ámbito, los tribunales de los demás Estados están obligados a reconocerla sin poder controlar la competencia del tribunal de origen; es decir, están obligados a admitir esa declaración de competencia⁶¹. Por momento de apertura entiende el Reglamento el momento en el que la decisión de apertura produce efectos, sea o no definitiva [art. 2 f)]. En cuanto a los *conflictos negativos*, ocurre algo parecido: cuando un tribunal nacional desestima la solicitud de apertura por falta de competencia internacional para abrir el concurso, los tribunales de los demás Estados no pueden declinar su propia competencia alegando que, a su juicio, el tribunal del primer Estado era el competente. Los tribunales de los demás Estados deben «admitir» ese resultado (ese «no») y partir de él al aplicar las reglas de CJI del Reglamento de Insolvencia.

e) Por último, el análisis de *Derecho comparado* o la utilización de «principios generales comunes a los Estados parte», constituyen también elementos a disposición del intérprete para garantizar una solución uniforme adecuada (pues no se opera en el vacío, sino en el contexto de ordenamientos nacionales).

Ejemplo. Si en la mayoría de los procedimientos concursales nacionales los recursos en los procedimientos de insolvencia no tienen efectos suspensivos para evitar el efecto depreciativo del tiempo sobre los recursos de una empresa en insolvencia y los riesgos de extorsión que comportaría la posibilidad de que un recurso paralice el procedimiento, sería poco coherente que el recurso prejudicial interpretativo al TJCE tenga efectos suspensivos, como ya explicamos en el epígrafe anterior.

4. EL DOBLE RÉGIMEN NORMATIVO: «CONEXIÓN COMUNITARIA» Y TAREAS PARA LOS LEGISLADORES NACIONALES

El carácter comunitario de la normativa explica también su limitado alcance espacial. El Derecho concursal europeo no contiene una normativa de Dipr universal, sino que se limita a los «efectos intracomunitarios». Para las situaciones extracomunitarias siguen vigentes las normas del Dipr nacional. Esto requiere alguna precisión más.

El Reglamento de insolvencia, y «mutatis mutandis» lo mismo vale para las Directivas, tiene un ámbito de aplicación espacial limitado. Sus normas no tienen alcance global, esto es, no se aplican a cualquier procedimiento con independencia del Estado donde tenga su domicilio el deudor o los acreedores. El Reglamento *sólo se aplica* a los procedimientos de insolvencia que se abran en un Estado miembro sobre deudores comunitarios (*i.e.* deudores, cualquiera que sea su nacionalidad, cuyo centro de intereses principales esté en la Comunidad) y sólo regula los aspectos intracomunitarios (*i.e.* «vis a vis» otros Estados miembros) de esos procedimientos. Para los procedimientos de insolvencia no comprendidos (*i.e.* los abiertos en un Estado miembro sobre deudores no localizados en la Comunidad y los abiertos en Estados no miembros sobre cualquier deudor), valen las reglas nacionales de Derecho internacional privado de cada Estado. A esta vinculación con la Comunidad

⁶¹ Vid., con más detalle, Inf. Virgós/Schmidt, núm. marg. 79; sobre los problemas de concreción de esa fecha, vid. LÜKE, pgs. 289-290; LEIBLE/STAUDINGER, pg. 545.

que es exigible para que el Reglamento sea aplicable es lo que se suele denominar «conexión comunitaria».

Advertencia. Esta limitación intracomunitaria del Reglamento procede del Convenio de 1995 y obedeció entonces al fuerte interés de ciertos Estados (en particular, Gran Bretaña) por reservarse la competencia en relación con terceros Estados. La consecuencia es una complicada dualidad «ad intra/ad extra» CE del régimen de los procedimientos de insolvencia.

Para concretar el alcance de esta idea –y sus excepciones– podemos separar los distintos grupos de normas del Reglamento. Esto es, las normas sobre competencia judicial internacional (art. 3), las normas sobre ley aplicable (arts. 4-15), las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones (arts. 16-26) y las reglas sobre procedimientos secundarios (arts. 27-38), y las normas relativas a los derechos de los acreedores (arts. 39-42).

a) El Reglamento mismo y las reglas de competencia judicial internacional sólo se aplican cuando el deudor tiene su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro. En este sentido, el «centro de intereses principales» cumple una doble función: por un lado, determina cuándo se va a aplicar el Reglamento y por otro determina la competencia judicial internacional para abrir un proceso universal contra el deudor. La primera función es la que ahora nos interesa. A este respecto, el cdo. 14 del Reglamento es muy elocuente: «El presente Reglamento se aplica solamente a los procedimientos en que el centro de intereses principal del deudor esté situado en la Comunidad». La nacionalidad del deudor es irrelevante.

Frente a las personas físicas o jurídicas que tienen su centro de intereses principales *fuera* de la Comunidad se aplica el Dipr de cada Estado. En este caso, el hecho de que tengan un establecimiento en territorio comunitario no es suficiente para aplicar el Reglamento⁶².

Ejemplo. Frente a una sociedad cuyo centro de intereses principales esté en España, Alemania o Francia, las autoridades españolas aplicarán el Reglamento comunitario, incluso aunque la sociedad tuviese la nacionalidad de un tercer Estado (por ej., estuviese incorporada en Delaware o Bahamas). El hecho de que la sociedad tenga la nacionalidad de un Estado miembro (*i.e.*, esté incorporada en un Estado miembro y, en consecuencia, tenga ahí su domicilio social) es una simple presunción «*iuris tantum*» de que la sociedad tiene también ahí su centro de intereses principales. Pero si se demuestra que la sociedad tiene su centro de intereses principales fuera de la Comunidad (en Delaware, Bahamas o cualquier otro sitio), no le será aplicable el Reglamento, sino el Derecho internacional privado español. Estas normas determinarán, por ejemplo, si cabe la apertura de un procedimiento local en España o si se van a reconocer en España las decisiones adoptadas tras la apertura del procedimiento en el extranjero. El hecho de que esta sociedad tuviese un establecimiento (no su centro principal) en la Comunidad (en España, Francia o Alemania, p. ej.) no es suficiente para que se aplique el Reglamento.

b) Cuando un juez o tribunal de un Estado miembro sea competente con-

⁶² Por todos, VIRGÓS, pg. 9.

forme a la regla anterior, el Reglamento determinará también el régimen de ley aplicable. Sin embargo, el Reglamento sólo determina la ley aplicable «vis-à-vis» otros Estados miembros. En este sentido, el Reglamento sólo regula los conflictos intracomunitarios. En cuanto a los conflictos de leyes con terceros Estados (conflictos extracomunitarios), el Reglamento se remite al Derecho Internacional privado nacional del Estado miembro en cuestión.

Ejemplo. Para entender provisionalmente este alcance del Reglamento de insolvencia podemos utilizar un ejemplo ya conocido. El artículo 8 del Reglamento regula los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos sobre bienes inmuebles del deudor como una excepción a la competencia general de la «lex fori concursus». No obstante, este precepto sólo es aplicable cuando el bien inmueble esté situado en un Estado miembro a los que vincula el Reglamento. Cuando el bien esté situado en un tercer Estado, corresponde al Estado de apertura decidir, conforme a su Derecho, si cabe una excepción equivalente y en qué condiciones.

c) Las reglas sobre reconocimiento y ejecución sólo se aplican cuando el tribunal de origen sea competente conforme al Reglamento; esto es, cuando el centro de intereses principales del deudor se localice en la Comunidad. Ahora bien, si el tribunal es competente conforme al Reglamento, se reconocen todas las decisiones pronunciadas por ese tribunal, con independencia de que las normas de conflicto aplicadas hayan sido las del Reglamento (*i.e.* se trata de una situación intracomunitaria) o las del Derecho Internacional privado nacional (*i.e.* se trata de una situación extracomunitaria).

Una decisión dictada en un Estado miembro en un procedimiento de insolvencia abierto sobre un deudor extracomunitario no se reconoce en los demás Estados miembros en virtud del Reglamento, sino en virtud de lo que dispongan las normas del Derecho Internacional privado de cada Estado.

Advertencia. En este sentido, el Reglamento de insolvencia se aparta del modelo que inspira el Reglamento 44/2001 (o Reglamento de Bruselas I). Mientras que, en este último, es suficiente con que la decisión entre en su ámbito material y proceda de otro Estado miembro (vid. arts. 33 y ss.) aun cuando las reglas de competencia internacional aplicadas fuesen las del Derecho nacional (vid. art. 4), en el Reglamento de insolvencia es necesario que el tribunal de origen fuese competente conforme a las normas de competencia del Reglamento.

d) Las reglas uniformes del Reglamento sobre información a los acreedores y presentación de sus créditos (arts. 39-42) sólo se aplican a los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto de aquel en el que se abre el procedimiento (acreedores comunitarios). La nacionalidad de los acreedores es irrelevante (sea de un Estado miembro o de un tercer Estado). Para los acreedores extracomunitarios (*i.e.* los no comprendidos en la regla anterior) valen las reglas del Derecho nacional.

e) Por último, las normas del Reglamento relativas a la apertura de procedimientos territoriales vienen determinadas también porque el centro de intereses principales del deudor se localice en otro Estado miembro. En el caso de los procedimientos territoriales secundarios, las reglas de coordina-

El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna

ción que contiene el Reglamento se aplican entre procedimientos pendientes en Estados miembros.

A partir de las afirmaciones anteriores se puede determinar el ámbito que el Reglamento deja al Dopr nacional. *En primer lugar*, el Dopr nacional es aplicable para determinar la competencia judicial internacional cuando el concurso se plantea frente a un deudor cuyo centro de intereses principales se localice fuera de la Comunidad (aunque téngase en cuenta la posición de Dinamarca). En este caso, el Dopr nacional nos dirá si puede abrirse o no un procedimiento concursal contra dicho deudor y su alcance. *En segundo lugar*, si se trata de un deudor sujeto al Reglamento (esto es, cuyo centro de intereses esté en la Comunidad), el Dopr nacional determina la ley aplicable en los conflictos de leyes extracomunitarios. Si se trata de un deudor no sujeto al Reglamento, el Dopr determinará la ley aplicable tanto a los litigios intracomunitarios como extracomunitarios. *En tercer lugar*, en relación con acreedores extracomunitarios (esto es, cuya residencia, domicilio o sede esté fuera de la Comunidad) corresponde al Derecho nacional fijar las reglas sobre información y presentación de sus créditos. *En cuarto lugar*, el Dopr nacional determina el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones provenientes de un Estado no comunitario o de un Estado comunitario cuando no se hubiesen adoptado en aplicación del Reglamento (esto es, cuando el deudor tuviese su centro de intereses principales en un tercer Estado). *En quinto lugar*, el Dopr nacional determina el régimen de coordinación con los procedimientos de insolvencia abiertos en terceros Estados.

Este sistema presenta una complejidad cierta, pues resulta en una dualidad de regímenes de Dopr concursal: hay un régimen «ad intra» y otro «ad extra» de la Comunidad. Pero esta complejidad se puede reducir por dos vías: a) por la actuación unilateral de los Estados; hay poderosas razones, fundamentalmente de coherencia interna del sistema, para que los Estados miembros modifiquen sus reglas de Dopr adaptándolas al Reglamento y por consiguiente para establecer, con las modificaciones necesarias a un contexto no comunitario, el mismo régimen «ad intra» y «ad extra»⁶³; b) por la actuación de la propia Comunidad extendiendo las reglas frente a terceros Estados; si se considera «comunitarizado» este ámbito competencial, la Comunidad podría llegar a regular el régimen externo de estas cuestiones (aunque es una cuestión muy discutible en la órbita del art. 65)⁶⁴.

Por su parte, las *Directivas sobre entidades de crédito y compañías de seguros* tam-

⁶³ Así, VIRGÓS, pg. 9; EIDENMÜLLER, pgs. 10 y ss; obviamente se deben modificar aquellas soluciones que obedezcan al principio de mutua confianza comunitaria y, en general, a las peculiaridades del fenómeno de integración europea. Sobre esta tesis vid. VIRGÓS/GARCIMARTÍN, 2000, pgs. 81-82.

⁶⁴ Vid. sobre este punto, BORRÁS, pgs. 405-416; y la declaración del Consejo según la cual el Reglamento de Insolvencia no impide que un Estado miembro celebre acuerdos con terceros países, siempre que no interfieran con un funcionamiento (DOCE C 183, de 30 junio 2000).

bién tienen un ámbito de aplicación espacial limitado (vid. arts. 1-2 de ambas). Lo más destacable de estos dos textos, por relación al Reglamento, es que extienden su ámbito de aplicación a entidades o compañías de terceros Estados que tengan sucursales en la Comunidad. En estos casos, las Directivas regulan la competencia de cada Estado donde se localiza la sucursal para adoptar medidas de saneamiento o liquidación. (vid. arts. 1.2, 8 y 19 y arts. 1.2 y 30, respectivamente). Cuando la entidad o compañía extracomunitaria posea varias sucursales en varios Estados miembros, cada sucursal se tratará de forma independiente a los efectos de aplicación de dichas Directivas, esto es, cada sucursal quedará sometida a un procedimiento de saneamiento o liquidación separado, sin perjuicio de un deber de información y coordinación entre las autoridades competentes (vid. cdos. 21-22 y 28-29, respectivamente).

VI. RECAPITULACIÓN FINAL

En este trabajo hemos intentado explorar la racionalidad interna del Derecho concursal europeo. Esto es, hemos intentado sacar a la luz los fundamentos sustantivos de ese sector del ordenamiento. Para ello hemos empleado una herramienta analítica que se ha mostrado muy útil en otros sectores: la llamada «doble lógica» del Derecho privado europeo. El Derecho concursal europeo responde también a esa doble lógica. En la medida en que es *Derecho concursal (internacional)* responde a la lógica del Derecho concursal (internacional). La primera parte la hemos dedicado a analizar este aspecto. Allí hemos visto cuáles son los modelos normativos posibles y cuál es el modelo normativo que ha escogido el legislador comunitario. Al hilo de esta exposición hemos hecho especial hincapié en las razones sustantivas que subyacen a cada modelo y, en particular, las que subyacen a la solución escogida en el Derecho europeo. En la segunda parte, hemos analizado la «lógica comunitaria» que informa dicha regulación, esto es, hemos analizado las consecuencias derivadas del hecho de que estemos ante normas de naturaleza no nacional, ni convencional, sino auténticamente *comunitaria*. Allí hemos hecho especial hincapié en los condicionantes normativos que se derivan de esta circunstancia, en sus consecuencias y en sus implicaciones hermenéuticas. Como hemos intentado demostrar, sin la suma de ambos elementos resulta imposible entender las soluciones positivas y sacar a la luz su racionalidad interna.