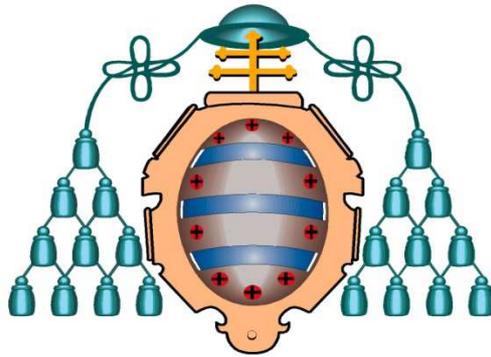


MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA



UNIVERSIDAD DE OVIEDO

TRABAJO FIN DE MÁSTER

“LOS PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES
DE INSOLVENCIA”

“TERRITORIAL INSOLVENCY PROCEEDINGS”

Alumna: SANDRA FREITAS FERNÁNDEZ

Tutor: ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ

MAYO 2016

Abstract

The main objective of this essay is to explain the European regulation concerning the bankruptcy field to indicate the way in which an insolvency proceeding is carried out when an enterprise or a cross-border entity goes bankrupt.

The two traditional models of international bankruptcy solutions are explained, focusing on territorial proceedings. We will also focus on the most significant changes introduced by the new European Insolvency Regulation (2015/848 of May, 20, 2015) which will be in force from next year.

El objetivo principal de este trabajo es exponer la regulación europea existente en materia concursal para explicar el modo en que se llevará a cabo un procedimiento de insolvencia cuando una empresa o entidad transfronteriza entra en quiebra.

Explicamos los dos modelos tradicionales de solución de insolvencias internacionales profundizando en los procedimientos territoriales y reflexionaremos sobre los cambios más significativos introducidos por el nuevo Reglamento europeo de insolvencia (2015/848 de 20 de mayo de 2015) que será aplicable a partir del próximo año.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	Pág.4
I. JUSTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TERRITORIAL	
1. Universalismo vs territorialismo.....	Pág.6
2. Finalidad de los procedimientos territoriales.....	Pág.12
II. CONFIGURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES	
1. Competencia judicial internacional.....	Pág.15
2. Ley aplicable.....	Pág.19
3. Composición de la masa activa y pasiva.....	Pág.22
III. PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES INDEPENDIENTES	
1. Carácter excepcional.....	Pág.24
2. Legitimación y condiciones de apertura.....	Pág.26
IV. PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES SECUNDARIOS	
1. Diferencias entre los procedimientos secundarios y los independientes.....	Pág.30
2. Condiciones de apertura.....	Pág.31
3. El compromiso del administrador concursal.....	Pág.34
4. Coordinación del procedimiento principal y los concursos secundarios.....	Pág.37
CONCLUSIONES	Pág.41
BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA	Pág.43

INTRODUCCIÓN

Cuando una empresa o sociedad mercantil española se declara en concurso de acreedores, no hay duda de que éste se regirá por la ley concursal española (Ley 22/2003 de 9 de Julio), siendo el órgano judicial competente, como dicha ley establece, el Juez de lo mercantil de la provincia donde dicha sociedad tenga su centro de intereses principales o su domicilio social. Pero, ¿qué ocurre cuando una empresa que traspasa nuestras fronteras se declara en concurso de acreedores?

Cada vez es mayor el número de sociedades o empresas mercantiles internacionales que cuentan con el domicilio social en un país y su centro de intereses principales en otro, o con diversos establecimientos y bienes repartidos en diferentes Estados, lo cual es una lógica consecuencia de la expansión económica y comercial de nuestro tiempo y el constante crecimiento del mercado interior europeo, cada vez más amplio por la adhesión de nuevos Estados miembros. Consecuentemente a esta globalización se desarrollan también cada vez más procedimientos de insolvencia de carácter internacional.

La legislación concursal es muy diversa en todo el mundo, teniendo cada país sus propias normas para este procedimiento y no existiendo un Derecho concursal internacional uniforme al que acudir en estos casos en que se nos presentan elementos extranjeros.

De esta manera nos encontramos con tres problemas principales. Primero, la competencia judicial internacional o qué tribunal será competente para llevar a cabo este procedimiento de insolvencia. Segundo, la ley aplicable o determinar el Derecho concursal de qué Estado regirá el concurso. Tercero, el reconocimiento de decisiones, es decir, cómo tendrán eficacia en otros Estados las decisiones tomadas por el tribunal que resulte competente.

A estos tres interrogantes básicos trata de dar respuesta el Derecho internacional, al igual que en las demás materias en que aparece cualquier elemento extranjero, añadiendo en este caso los problemas específicos que presentan los procedimientos concursales, como son los presupuestos que deben darse para abrir el concurso, quien puede instar su apertura, la prelación de créditos de los acreedores o el problema de que existan bienes repartidos en diferentes Estados.

En el ámbito de la Unión Europea (UE), contamos desde su entrada en vigor en el año 2002 con el Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, el cual trata de dar respuesta a estos interrogantes. En la actualidad, y justo al cumplirse 13 años de su vigencia, ha tenido lugar una importante reforma del mismo elaborada por el Consejo y el Parlamento europeos. Por lo que actualmente contamos con el Reglamento 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, el cual sustituye al anterior aunque no será aplicable hasta el 26 de junio de 2017.

Este Reglamento se aplica a la insolvencia de cualquier deudor, salvo las entidades de crédito, compañías de seguros y empresas de servicios de inversión (las cuales cuentan con su propia regulación), para los concursos europeos, entendiéndose por tales los procedimientos de insolvencia que se abran sobre deudores cuyo centro de intereses principales se localice en un Estado miembro de la UE, incluyéndose los procedimientos pre-concursales, llamados a prevenir el concurso del deudor, como por ejemplo acuerdos de refinanciación o acuerdos extrajudiciales de pagos.

Tradicionalmente existen dos modelos de solución a los procedimientos de insolvencia internacional. Por un lado, el modelo de la universalidad, el cual se define por la existencia de un único procedimiento internacional de concurso con reconocimiento universal. Por otro, el modelo de la territorialidad, que se construye sobre la base contraria de que existen tantos tribunales estatales competentes para este proceso como Estados donde la entidad deudora posea bienes, pudiendo abrirse, por tanto, varios concursos paralelos, aplicando cada Estado su propia ley al efecto.

Conoceremos en la exposición de este trabajo la comparación de ambos modelos de solución a los concursos de acreedores transfronterizos y el desarrollo de los procedimientos territoriales, los cuales tienen en la práctica actual gran relevancia.

I. JUSTIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO TERRITORIAL

1. Universalismo vs territorialismo

Tal como se ha mencionado en la introducción, existen tradicionalmente estos dos modelos de solución a los conflictos internacionales de insolvencia de las empresas transfronterizas.

Por un lado se puede llevar a cabo la solución del concurso a través de un único procedimiento universal, donde todo el proceso estará en manos de un único tribunal competente y para la resolución de todo lo que acontece al concurso tan solo se estará a una ley aplicable.

El tribunal competente en este tipo de procedimiento será el del domicilio social de la empresa, o donde se considere que la misma tiene su centro de intereses principales, y la ley aplicable será la propia de ese Estado donde se encuentra tal tribunal competente.

Por lo tanto, con este modelo de resolución, tendremos un único procedimiento de insolvencia abierto en un único tribunal de un Estado pero que afectará a todos los bienes de los que la empresa deudora sea propietaria y que tendrá por ello efecto en todos los Estados donde se hallen bienes del deudor.

Por otro lado, podemos poner solución a un concurso de acreedores transfronterizo a través de varios procedimientos territoriales de insolvencia. En este caso existirán tantos tribunales competentes como Estados donde la mercantil deudora lleve a cabo su actividad, a través de uno o varios establecimientos y, asimismo, tantas leyes aplicables como procedimientos, utilizando cada Estado competente su propia ley. De este modo cada acreedor afectado tendrá que reclamar la deuda en su propio país y las decisiones de cada tribunal afectarán únicamente a ese Estado y a los bienes que en el mismo se encuentren.

Ambos modos de solucionar la quiebra de una empresa internacional presentan ventajas e inconvenientes y, por ello, el Consejo de la UE decidió recoger en el Reglamento europeo de insolvencia (1346/2000) [hoy nuevo Reglamento 2015/848] una combinación de los dos modelos, dado que, si se decantaban por uno de los dos de forma absoluta, fuera cual fuese, ello presentaría varios inconvenientes. También sería más difícil que los Estados miembros de la UE estuvieran de acuerdo en el sistema elegido, ya que cada país, dependiendo de su política, idea y regulación, es más

partidario de uno u otro modelo. Así la mejor opción sería lo que algunos autores como M. VIRGÓS SORIANO o D. BUREAU han llamado un “*universalismo mitigado*”¹.

De esta manera el modelo de la territorialidad tiene la función de poder atenuar la rigidez y desventajas que presentaría en muchos casos la solución de un concurso transfronterizo a través de un único procedimiento universal. Veamos cuales son las principales ventajas y desventajas que presenta cada modelo.

En primer lugar, el universalismo presenta la ventaja de aportar la seguridad jurídica de saber con anterioridad cuál sería el tribunal competente si se produjera una situación de insolvencia en el futuro y la ley que en ese caso resultaría aplicable para todo el procedimiento. Sería el tribunal y la ley del Estado donde se encontrara el centro de intereses principales del deudor. Además, un procedimiento universal afectará a todos los bienes que tenga el deudor repartidos por diferentes Estados, por lo que se podrá evitar el fraude de que la empresa deudora traslade sus bienes a otro Estado para evitar que pasaran a formar parte de la masa activa.

Por otro lado, se reducirán los costes procesales al tratarse de un único procedimiento y no de varios, y también de este modo se garantiza la igualdad jurídica de los acreedores, al regirse todos por la misma ley y pertenecer al mismo proceso.

Asimismo, todos los bienes que conforman la masa activa del deudor se someterán a la misma norma, sin importar el lugar donde se encuentren y serán configurados como una unidad económica.

Pero el modelo de la universalidad también presenta varios inconvenientes.

En primer lugar, a pesar de que todos los acreedores son tratados por igual al someterse a la misma ley, se ven sin embargo beneficiados los acreedores del país competente para llevar a cabo el procedimiento, puesto que litigarán en su propio Estado, frente a los otros acreedores que tendrán que verse obligados a litigar en el extranjero si quieren tener la oportunidad de cobrar sus créditos, siendo para ellos mucho más caro el proceso.

Otro de los inconvenientes es que se requiere una gran colaboración entre los diferentes Estados afectados. Todos los países donde se encuentren bienes de la empresa deudora deberán paralizar tales bienes y ejecutar las decisiones del Estado competente

¹ Vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Concursal Internacional*, Madrid, Colex, 2004, p. 76.

Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Madrid, Thomson -Civitas, 2003, p. 25.

en perjuicio de sus propios acreedores locales. Este es el mayor inconveniente del modelo universal, ya que, la cooperación entre Estados resulta muy costosa y difícil al ir en contra de la soberanía propia de un Estado sobre su territorio.

Por último, también puede darse la situación de que la empresa que previene que será inminente la situación de concurso, traslade estratégicamente su domicilio social o centro de intereses principales para cambiar el Estado que resultará competente para llevar a cabo el procedimiento y, a su vez, la ley aplicable al mismo.

Contrariamente al modelo universal, el territorialismo presenta la ventaja de beneficiar a los acreedores locales, es decir, los acreedores que han realizado operaciones comerciales en el establecimiento con el que cuenta la entidad deudora en otro Estado miembro², mediante el cual ha realizado allí su actividad, contratando especialmente con el pequeño comercio.

Además, el modelo territorial será más eficiente cuando la insolvencia de la empresa internacional deudora no sea total, sino que únicamente afecte a uno o unos pocos de sus establecimientos. Así, se podrá a través de un procedimiento territorial sanear la empresa global con un bajo coste, o liquidar únicamente ese establecimiento, evitando una insolvencia general innecesaria y muy costosa.

Por último, se presenta la importante ventaja de que el propio Estado donde se lleva a cabo el procedimiento concursal es el que decide sobre los bienes situados en él y sobre cada circunstancia del concurso, usando su propia ley. Para la mayoría de países resulta intolerable que tribunales extranjeros puedan decidir sobre el destino de los bienes que se encuentran en su territorio, por ello este modelo concuerda con la soberanía de un Estado sobre su propio territorio.

Sin embargo con el territorialismo se presentan también varios inconvenientes.

En primer lugar, los acreedores de una misma empresa se verán tratados de forma desigual, dependiendo de la ley concreta del país que regule su procedimiento. De esta manera quizá los acreedores de uno de los establecimientos en un Estado puedan cobrar su crédito pero los acreedores de otro no, dependiendo también de los bienes que tenga la empresa deudora en cada lugar. Además, existe el importante problema de que el deudor puede desplazar sus establecimientos o sus bienes estratégicamente a Estados donde sea más difícil declarar a una empresa en concurso, lo que perjudicará a los

² Más adelante se explica de manera más específica el concepto de acreedor local dado por el Reglamento.

acreedores, los cuales ante este miedo pueden verse tentados a ejercitar sus créditos de modo individual en otro país, acelerando la insolvencia de la empresa.

Por otro lado, si hubiera varios procedimientos territoriales, tendrán lugar unos costes procesales mayores, ya que puede haber tantos procedimientos como Estados donde la deudora posea establecimientos.

Y por último, si se dan a la vez varios procesos territoriales, la empresa se descompone al actuar independientemente sobre cada parte, por lo que será difícil el saneamiento global y más factible la liquidación.

Estas son las principales ventajas e inconvenientes que presenta cada modelo de solución. A continuación, se adjunta un cuadro comparativo de las mismas, para poder visualizarlo de manera más simplificada.

UNIVERSALISMO	TERRITORIALISMO
V E N T A J A S	
Aportación de una mayor seguridad jurídica. Conocimiento con anterioridad del tribunal competente y la ley aplicable.	Beneficia a los acreedores locales.
Afecta a todos los bienes del deudor. Evitación del fraude. Masa activa intacta.	Será más eficiente si la insolvencia no es total.
Menores costes procesales.	El propio Estado donde se lleva a cabo el procedimiento será el que decide sobre cada circunstancia. Concuerda con la soberanía de un Estado sobre su propio territorio.
Igualdad jurídica de los acreedores.	
Bienes sometidos a las mismas normas. Se configuran como una unidad económica.	
I N C O N V E N I E N T E S	
Se beneficia inevitablemente a los acreedores del Estado competente para llevar a cabo el procedimiento.	Los acreedores de una misma empresa se verán tratados de forma desigual.
Se requiere una gran colaboración entre los diferentes Estados afectados, lo que resulta costoso y difícil.	La sociedad deudora puede desplazar sus establecimientos o sus bienes estratégicamente a otros Estados “ <i>forum shopping</i> ”
Traslado estratégico del centro de intereses principales para cambiar el Estado que resultará competente.	Mayores costes procesales si existen varios procedimientos.
	Mayor descomposición de la empresa. Dificultad del saneamiento global y más factible la liquidación.

Cuadro 1: Comparativa de ventajas e inconvenientes del universalismo y el territorialismo.

Tal como se ha mencionado, nuestro Reglamento europeo recoge ambos modelos de solución pero, con una preferencia del procedimiento universal, con la intención de obtener sus mejores ventajas y mitigar los inconvenientes. De esta forma, y según las circunstancias del caso concreto y los requisitos que se establecen para ello, dentro de la UE se puede resolver un concurso transfronterizo mediante:

- 1.- Un procedimiento de insolvencia único y universal, llamado principal.
- 2.- Un procedimiento principal combinado con procedimientos territoriales, llamados procedimientos secundarios.
- 3.- Múltiples procedimientos territoriales independientes.

Podríamos decir que el orden de las tres opciones es, a su vez, el orden de preferencia del Reglamento, mostrándose reacio a la solución a través de procedimientos territoriales sin el control o subordinación por parte de un procedimiento principal.

Si miramos el cuadro comparativo, a simple vista se puede observar que el modelo territorial presenta menos ventajas y mayores inconvenientes, por lo que este podría ser el motivo de esta preferencia del modelo universal. No obstante, si lo analizamos con detenimiento, podemos preguntarnos si verdaderamente los inconvenientes de la territorialidad son tales, y si la única manera de atenuarlos es a través del control por parte de un procedimiento principal al cual se deba obedecer.

En primer lugar se dice que los acreedores, siendo todos acreedores de la misma entidad deudora internacional, se verán tratados desigualmente, ya que cada cual seguirá el proceso en su país, regulándose cada procedimiento con una ley distinta, por lo que quizá unos logren cobrar sus créditos y otros no.

Pues bien, en mi opinión esta situación no se trata de ningún inconveniente ni tampoco de una desigualdad entre acreedores. Se trata de una lógica consecuencia de la expansión del mercado, ya que, si una empresa se propaga con diferentes establecimientos por diferentes Estados, resultará lógico que cada Estado resuelva en cuanto a la insolvencia de tal establecimiento con los bienes que allí se encuentran, utilizando su norma. También resultará adecuado que, los acreedores que han contratado con un establecimiento de esa empresa en su país, puedan allí hacer ejercicio de sus derechos, bajo su legislación concursal que será la conocida por ellos. Se da

igualdad entre los acreedores locales de un mismo país, los que contrataron con ese concreto establecimiento que ha funcionado como una empresa independiente en cuanto a las operaciones comerciales. Los acreedores que se encuentren en otros Estados puede que lo sean de la misma empresa deudora pero también son acreedores de otro establecimiento diferente y en un país diferente, el suyo propio.

En definitiva, no se puede hablar de trato desigual, puesto que no se encuentran todos los acreedores en la misma situación, a pesar de que todos lo sean de la misma entidad deudora. El principio de igualdad consiste en tratar igual ante situaciones iguales y favorecer un trato distinto ante situaciones diferentes, y en este caso no cabe duda de que se dan situaciones diferenciadas y la igualdad quedará a salvo tratando a los acreedores locales (de un mismo establecimiento y en un mismo país) de manera igual. Por el contrario, sí que existe una desigualdad entre acreedores en el modelo universal, donde los acreedores del país donde tenga lugar el procedimiento, por ser donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor, se ven favorecidos frente a todos los demás acreedores, que quedarían obligados a ejercer sus derechos ante otro país que desconocen.

El segundo inconveniente que se nos plantea es el hecho de que la entidad deudora pueda desplazar sus establecimientos y sus bienes estratégicamente a otros Estados, donde sea más difícil la declaración de un concurso, lo que se denomina el “*forum shopping*”. Esta circunstancia podría ocurrir y se trata del peor de los inconvenientes, pero debemos tener en cuenta que se trata de una situación de fraude de acreedores. Ello supone un delito que debería ser tratado como tal en todos los Estados miembro, intentando perseguir tales situaciones y ejerciendo un control sobre las empresas, pudiendo, llegado el caso, imputar a la entidad y sus representantes y declarar nulos tales movimientos si se hicieran con poca anterioridad a una situación de insolvencia. Además, con el nuevo Reglamento, se intenta solventar este inconveniente con la nueva definición de establecimiento, la cual explicaremos más adelante.

En tercer lugar, se apunta el inconveniente de mayores costes procesales, al existir varios procedimientos en vez de uno solo. Ello es cierto pero, este mayor coste se produce únicamente para la entidad deudora, que podrá tener un pleito en cada Estado donde posea un establecimiento. Para los acreedores resultará más barato y beneficioso llevar a cabo el procedimiento en su país sin trasladarse y bajo su Derecho propio. De esta manera, entiendo que la empresa internacional es la que tiene la capacidad de conocer los riesgos que entraña expandirse territorialmente y debe asumirlos si, a su

vez, quiere aprovecharse de los beneficios. Un pequeño comerciante no tiene la capacidad de entender ni asumir los riesgos que corre al contratar con un establecimiento de una empresa que tiene su sede principal en otro Estado, y es muy probable que tampoco tenga la capacidad, llegado el caso, de ejercer sus acciones legales en otro país que no conoce para intentar cobrar su crédito. Sin embargo, una mercantil internacional, si debe asumir el riesgo de propagar su actividad comercial en diferentes territorios y, llegado el caso de insolvencia, declararse en concurso con antelación suficiente para asumir los gastos del mismo.

Por último, se señala que si se dan varios procedimientos territoriales para solventar la situación de insolvencia, la empresa deudora se descompone en mayor medida al actuar individualmente sobre cada parte, siendo muy difícil lograr un saneamiento y más factible llegar a la liquidación total.

Este puede ser un inconveniente pero, por otro lado, si tienen lugar varios procedimientos territoriales será porque la situación de insolvencia ya tenga unas dimensiones considerables como para afectar ya a varios de los establecimientos de la entidad, por lo que quizá sea necesaria la liquidación y ya no sea posible un saneamiento. Además, con el modelo universal se puede quizá lograr el saneamiento a costa de que muchos acreedores se queden sin intentar cobrar sus créditos porque les sea inviable y costoso acudir a otro país para hacerlo, por lo que este modo de saneamiento resultaría injusto.

Con el modelo de la territorialidad puede ser mucho más eficiente lograr un saneamiento justo, liquidando tan solo un establecimiento al cual sea al que afecte la insolvencia, o incluso intentando buscar el saneamiento de tal establecimiento si se declara a tiempo el concurso.

2. Finalidad de los procedimientos territoriales

Tal como ya se ha mencionado, los procedimientos territoriales cumplen la función, en nuestro Reglamento europeo, de atenuar los inconvenientes de un procedimiento único y universal, ya que, se ampara mucho mejor a los acreedores locales y también tendrá lugar una mejor administración de los bienes que en ese Estado se encuentren.

Al margen de este papel que cumplen los procedimientos territoriales, cualquiera de ellos debe abrirse o bien con la finalidad de salvar la empresa o ese establecimiento en cuestión, intentando su saneamiento porque aún se considere viable, o bien con la finalidad de la liquidación.

El Reglamento hasta ahora exigía que los procedimientos territoriales secundarios, es decir, subordinados a un procedimiento principal de carácter universal, solo podían abrirse con la finalidad de liquidar los bienes y el establecimiento que en tal Estado se encontraran, controlando el tribunal del país donde se estuviera desarrollando el procedimiento principal tal liquidación.

Únicamente se permitía que, si finalmente se veía posible terminar tal procedimiento sin liquidación, si así lo facultaba la ley aplicable al procedimiento, el síndico³ del procedimiento principal podía proponer un plan de recuperación, un convenio o una medida similar.

Ello era así porque se entendía que unas medidas de saneamiento debían establecerse desde la sede principal de la empresa para que tuvieran un alcance generalizado a toda la entidad, y que, de ninguna manera, tendría efecto realizar un proyecto de saneamiento con valor únicamente en un establecimiento de la misma. Dado que tal establecimiento seguirá subordinado a las órdenes del tribunal principal y a la situación económica general de insolvencia en que la empresa se encuentre, siendo los bienes situados en tal Estado parte de la masa pasiva general.

Sin embargo, el nuevo Reglamento decide modificar esta situación, permitiendo que, desde el comienzo, se abra un procedimiento secundario con el objetivo del saneamiento, siempre que ello sea conforme con el Derecho nacional y que sea lo más adecuado respecto a los intereses de los acreedores.

Además, se sigue manteniendo la posibilidad de que el administrador concursal de un procedimiento secundario, pueda proponer que tal procedimiento se concluya sin liquidación mediante un plan de reestructuración, un convenio u otra medida similar, siempre y cuando el Derecho del Estado miembro donde se esté llevando a cabo este proceso lo permita.

Y es que uno de los objetivos principales de la reforma ha sido promover la recuperación económica, dadas las situaciones actuales de crisis, e intentar, a través de

³ Término utilizado por el Reglamento del año 2000 para designar a la persona u órgano encargado de administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor. En el Reglamento actual de 2015 se suprime este término y se sustituye por el de “administrador concursal”.

mayores medidas de reestructuración, proteger y hacer más resistentes a las empresas, intentando su supervivencia a fin de mantener el empleo y el crecimiento.

Por ello, el Consejo y el Parlamento de la UE decidieron en esta reforma, dejar que sea el propio tribunal competente para desarrollar un procedimiento secundario quien elija si llevar a cabo un proceso de liquidación o de saneamiento o reestructuración (a propuesta del administrador concursal), siempre respetando al tribunal que esté llevando a cabo el procedimiento principal. No olvidemos que un procedimiento secundario de insolvencia siempre estará controlado y condicionado a las medidas que se tomen desde el tribunal de la sede principal de la empresa insolvente. De otro modo, si se mantuviera la norma anterior y los procedimientos territoriales secundarios únicamente continuaran siendo de liquidación se vería truncado el objetivo fundamental de la reforma, obstaculizándose la reestructuración.

En mi opinión este cambio puede resultar beneficioso, y muestra que la regulación anterior no manifestó ser la más acertada, dado que, si se persigue salvar la situación de insolvencia de la empresa con un saneamiento, con un procedimiento territorial desde el tribunal de ese Estado se puede administrar de un modo mucho más eficiente los bienes que allí se encuentran, y salvar la empresa en su totalidad. Si se pretende que la empresa no muera y establecer unas medidas para su salvación, no resulta lógico dificultar la opción de sanear o reestructurar uno de sus establecimientos, el cual quizá sea suficientemente viable salvar con una buena administración local.

En todo caso, es preferible adaptarse al caso concreto que se presente y que, el tribunal competente, tome la decisión que considere más conveniente en función del grado de insolvencia de la empresa. Aunque bien es cierto que, tal como se ha expuesto, el Reglamento anterior si permitía que el procedimiento secundario terminara sin la efectiva liquidación a través de un convenio o pacto entre la deudora y los acreedores, siempre que la ley aplicable a ese procedimiento territorial lo permitiera, concediendo la facultad de paralizar la liquidación a la espera de acuerdo, la cual se reanudaría si tal acuerdo no se hubiera obtenido.

II. CONFIGURACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES

1. Competencia Judicial Internacional

Como ya se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del apartado anterior, la competencia para la apertura y desarrollo de un procedimiento de insolvencia territorial corresponde a los tribunales de aquel Estado donde el deudor, cuyo centro de intereses principales se encuentra en otro Estado, tenga un establecimiento (artículo 3.2 del Reglamento).

El tribunal concreto al que corresponda la competencia se determinará a través de la ley propia de ese Estado, el cual resulta competente por la existencia de uno o varios establecimientos en su territorio; salvo que no exista una norma interna del mismo que pueda determinarlo, en cuyo caso será competente el tribunal del lugar concreto donde esté ubicado dicho establecimiento, y si existieran varios, podrá ser competente el tribunal del lugar donde se encuentre cualquiera de ellos, a elección de quien inicie el procedimiento.

Ello es así debido a que, pudiera darse el caso, de que el Derecho del país donde se encontrara el establecimiento del deudor no contemplara reglas para determinar la competencia territorial. Si esto ocurriera no es posible alegar esta laguna para denegar la apertura de un procedimiento territorial, puesto que, se verían frustradas las normas propias del Reglamento. Por ello, lo más lógico y apropiado será atribuir a la regla de competencia judicial internacional recogida por el Reglamento esta doble utilidad, determinando la situación propia del establecimiento, la competencia judicial internacional y también la interna, pero únicamente en ausencia de una norma propia de ese Estado que determinase la competencia territorial⁴.

Y, si el deudor tuviera más de un establecimiento dentro del mismo Estado, lo más apropiado será considerar que cualquiera de ellos puede ser competente territorialmente a elección de quien inicie el procedimiento, tal como recoge el Derecho concursal español en el artículo 10.3 de la ley concursal.

La dificultad fundamental de esta regla de competencia radica en delimitar qué se entiende exactamente por “establecimiento”. El legislador, concededor de este problema

⁴ Vid. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo...* op. cit., p.158 – 159.

y con la intención de que el término *establecimiento* fuera interpretado de un modo amplio, decidió incorporar a esta norma su propia definición de *–establecimiento–*, recogiendo en el artículo 2 junto con otras varias definiciones de conceptos utilizados por el Reglamento. De este modo, se deja a un lado cualquier definición de establecimiento empresarial recogida en cualquier otra norma europea o estatal, para utilizar la específica aquí estipulada para los procedimientos de insolvencia internacionales.

El Reglamento del año 2000 establecía como definición de establecimiento:

“todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes.”

Ahora el Reglamento actual ha modificado esta definición con la intención de minorar el problema del *“forum shopping”*, el mayor inconveniente de los procedimientos territoriales.

En nuevo Reglamento define el establecimiento como:

“todo lugar de operaciones en el que un deudor ejerza o haya ejercido, en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento principal de insolvencia, de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y materiales”

Como consecuencia de esta nueva definición, el establecimiento ya no tendrá que estar activo en el momento de solicitarse el procedimiento de insolvencia, sino que también se considerará que existe establecimiento (y por lo tanto se podrá en ese Estado llevar a cabo un procedimiento territorial), si había en tal territorio un lugar de operaciones continuado en el tiempo, llevando a cabo una actividad económica mediante recursos humanos y materiales, hasta en los tres meses anteriores a tal solicitud.

De esta manera resultará inútil, para cambiar la competencia de un procedimiento territorial de insolvencia o para intentar que no se declare el mismo, que el deudor haya cambiado de lugar su establecimiento o que lo paralice hasta tres meses antes a la solicitud de apertura del concurso. De otro modo y, en lo que acontece a la estricta definición de establecimiento, el nuevo Reglamento tan solo ha cambiado la palabra bienes por la palabra materiales.

Desarrollando esta definición vemos que, para que exista verdaderamente un establecimiento de una entidad o comerciante en un país diferente al de donde se encuentra su centro de intereses principales, han de darse dos requisitos fundamentales:

- **Requisito temporal:** la nueva definición sigue sin exigir ningún tiempo mínimo concreto de actividad pero si un cierto grado de estabilidad en la participación desde ese Estado en el tráfico jurídico y que no se trate de algo esporádico.
- **Requisito organizativo:** tiene que existir una presencia en ese Estado de medios humanos y materiales con los que se participa activamente en el tráfico jurídico, desempeñando actividades comerciales, industriales o profesionales. La palabra *materiales* puede resultar más precisa que la palabra *bienes*, ya que puede inducir menos a error y englobar mayores aspectos. En los medios materiales se pueden incluir todos aquellos bienes tangibles con los que puede contar una empresa, tales como: instalaciones (edificios, maquinaria, equipos, oficinas, terrenos, instrumentos, herramientas, entre otros) y también la materia prima, entendida como aquellos materiales auxiliares que forman parte del producto, los productos en proceso y los productos terminados, entre otros.

Ahora bien, a pesar de concretar estos dos aspectos que deben darse para considerar la existencia de un establecimiento del deudor en ese Estado, vemos que se sigue tratando de una definición abierta que puede dar lugar en la práctica a la necesidad de su precisión por parte de los órganos judiciales.

Así por el ejemplo, aunque en referencia a la definición del Reglamento anterior, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) responde en Sentencia de 20 de octubre de 2011 en el asunto C-396/09 entre Interdil Srl y Fallimento Interdil Srl a varias cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunale Di Bari italiano, acerca de la interpretación de *centro de intereses principales del deudor* (referencia para determinar la competencia de un procedimiento de insolvencia principal) y también de la interpretación de *establecimiento*.

En este caso el tribunal italiano plantea la duda de si podría considerarse la existencia en su Estado de bienes de la entidad deudora, a consecuencia de un contrato de arrendamiento relativo a dos complejos hoteleros entre la sociedad deudora y otra

sociedad y de un contrato celebrado por la misma con una entidad bancaria. Se aborda la pregunta de si estos dos factores serían suficientes como para considerar que existe en Italia un *establecimiento*, ya que tales circunstancias podrían interpretarse como presencia de la sociedad deudora en el tráfico jurídico italiano.

A ello responde el TJUE en base a la estricta definición de *establecimiento* que el Reglamento anterior establecía en su artículo 2. h), contestado al tribunal italiano que con la sola presencia de bienes aislados en su territorio o de cuentas bancarias no se cumplen los requisitos que exige esta definición para la calificación como *establecimiento*. Añade la Sentencia que se necesita de la presencia de una estructura que incluya una organización (medios humanos y bienes) y una estabilidad temporal.

Entiende el TJUE que, dada la importancia que tiene el considerar o no la existencia de un establecimiento, ya que se dará competencia a los tribunales de ese Estado para poder iniciar un procedimiento de insolvencia territorial, es fundamental garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en este aspecto y, por ello, para que pueda apreciarse la existencia de un establecimiento, hay que basarse en datos totalmente objetivos y que puedan ser comprobados por terceros.

Queda claro por tanto que, para que exista un establecimiento del deudor en un Estado miembro, es necesaria la presencia en el mismo de una instalación dependiente de la sede principal (la cual se encontrará en otro Estado), pero que actúa de manera independiente o distintiva en ese territorio, llevando a cabo operaciones económicas y participando activamente en el tráfico jurídico y en el mercado a través de actividades comerciales, industriales o profesionales. Además, todo ello ha de darse necesariamente con una estabilidad y permanencia en el tiempo, de tal modo que, cualquier persona ajena, pueda tener conocimiento y comprobar la existencia de tales actividades.

Con el actual Reglamento, no se consideró necesario modificar los principales aspectos y requisitos que incluye esta definición de establecimiento, sin embargo, el Consejo y Parlamento europeos, tomaron la Sentencia del TJUE que se ha mencionado como referencia para modificar y aclarar el concepto de *centro de intereses principales del deudor*.

En la definición de establecimiento únicamente han tenido lugar las modificaciones ya mencionadas, sustituyendo la palabra “bienes” por “materiales”. Además de la importante nueva circunstancia que supone seguir considerando la existencia del establecimiento aunque la solicitud de apertura del concurso se produzca hasta tres meses después de que el mismo no se encuentre activo en ese lugar.

Si en un Estado se considerara que se da la existencia de un establecimiento del deudor y tuviera lugar la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia (tanto secundario como independiente), recordemos que la competencia del tribunal y el procedimiento en cuestión, únicamente alcanzarán a los bienes que se encuentren en tal Estado y será irrelevante que los mismos estén o no vinculados con las actividades y operaciones que allí esté realizando el establecimiento.

Se tendrán en cuenta todos los bienes del deudor que se encuentren en ese concreto país, donde se da la existencia de un establecimiento en el momento de la apertura del procedimiento territorial de insolvencia.

2. Ley aplicable

Como ya se ha ido reflejando en los apartados anteriores, la ley que se aplicará para el desarrollo de cualquier procedimiento de insolvencia que tenga lugar en el ámbito del Reglamento europeo, será la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra tal procedimiento (ley del Estado de apertura), la cual recibe el nombre de *lex fori concursus* (*La ley del foro donde se declara el concurso*)

Esta es la regla general que recoge expresamente el Reglamento en su artículo 7. En el caso de los procedimientos territoriales, será por tanto la propia legislación de materia concursal del Estado donde se encuentra un establecimiento del deudor, la que determinará las condiciones de apertura del concurso, su desarrollo y la terminación del mismo. Además, este artículo 7 también detalla una lista, a modo ejemplificativo, de las principales cuestiones del procedimiento concursal que quedarán determinadas por la ley estatal, tales como: los deudores que puedan ser sometidos a un procedimiento de insolvencia en calidad de tales; los bienes que deben formar parte de la masa activa; las facultades respectivas del deudor y del administrador concursal; los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; las condiciones y los efectos de la conclusión del procedimiento; los derechos de los acreedores; la imposición de las costas y gastos; etc.

La aplicación de la ley propia del país donde el tribunal competente va a llevar a cabo el procedimiento es una solución lógica que aportará la ventaja de no tener que conocer y aplicar un Derecho extranjero, reduciendo los costes y garantizando una

igualdad a todos los acreedores. También proporciona otras ventajas, como la seguridad jurídica de saber que el tribunal que abra el procedimiento aplicará siempre la propia ley del foro, o la igualdad de mercado entre los comerciantes, dado que todos los procedimientos de insolvencia que se declaren en ese concreto país estarán sometidos a las mismas normas y por tanto existe una igualdad de competencia y de condiciones.

No obstante, se hace necesario que existan ciertas excepciones a la aplicación de la *lex fori concursus*. El Reglamento las recoge en los artículos 8 a 18. La presencia de estas excepciones tiene su sentido en la necesidad de proteger derechos adquiridos antes de la situación concursal, en un Estado extranjero y con arreglo al Derecho de ese otro Estado, el cual tendrá una regulación distinta a la ley del foro que se aplicará a la situación concursal.

Resulta obligatorio saber si un acreedor ha adquirido válida y eficazmente un derecho de crédito o un derecho real con el cual cuenta, aspecto que determinará la norma aplicable a ese derecho en cuestión, que será la norma del lugar donde tal derecho ha sido adquirido con anterioridad a la situación concursal.

Una vez afirmada la existencia y el contenido de tal derecho conforme a su ley correspondiente, entonces ya se podrán determinar los efectos concursales, es decir, las consecuencias que la apertura del concurso provocará sobre ese derecho que se ha constituido pre-concursalmente. Esto supone que los efectos concursales sobre ese concreto derecho no quedarán sujetos a la *lex fori concursus*, sino a la misma ley que rigió la constitución de tal derecho o relación jurídica en cuestión.

Tales excepciones serán aplicables para:

- a) Derechos reales:** según esta excepción la declaración de apertura de concurso no afectará al derecho real del que goce un acreedor o un tercero sobre un bien localizado en otro Estado miembro perteneciente al deudor.

Con la expresión no afectará se inmuniza al titular de ese derecho frente a la declaración de apertura del concurso y por tanto no les serán oponibles ninguno de los límites concursales que establezca la *lex fori concursus*, ni tampoco los que establezca la ley concursal del lugar donde se encuentra el bien. Tal bien, ya sea mueble o inmueble, material o inmaterial queda completamente exento de los efectos de la existencia de una situación concursal.

- b) **Compensación:** el concurso no podrá afectar al derecho de compensación que tuviera un acreedor cuando así lo estipule la ley aplicable al crédito del deudor insolvente.
- c) **Bienes sometidos a registro:** los derechos del deudor sobre un bien inmueble, buque o aeronave sometidos a registro, se registrarán por la ley concursal del Estado bajo cuya autoridad se lleve el registro.
- d) **Contratos sobre inmuebles o contratos de trabajo:** los efectos del concurso en los contratos que otorguen derechos de adquisición o uso de bienes inmuebles quedarán sujetos a la ley concursal del Estado donde se hallen, y los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo o relaciones laborales quedarán sujetos a la ley aplicable a dicho contrato.
- e) **Mercados financieros, sistemas de pagos y sistemas de compensación y liquidación de valores:** los derechos y obligaciones de los participantes en estos mercados o sistemas quedarán sujetos a las normas concursales del Estado cuya ley sea aplicable a dicho mercado o sistema.
- f) **Acciones de reintegración:** si el beneficiado por un contrato o acto de disposición puede probar que según la ley aplicable al mismo este acto resulta inatacable, dicho contrato o acto no podrá resolverse a pesar de ser perjudicial para la masa.
- g) **Procedimientos pendientes:** si existiera un procedimiento pendiente en otro Estado relativo a un bien o derecho de la masa del concurso, éste se registrará por la ley de ese Estado en el que el procedimiento está en curso.

Todas estas excepciones las recoge y detalla el Reglamento Europeo para su aplicación en el procedimiento concursal principal (universal) y también resultan aplicables en los procedimientos territoriales. Sin embargo, la aplicación práctica de las mismas se verá muy reducida en estos procedimientos, ya que, un concurso territorial solo puede alcanzar a los bienes situados en el Estado donde se abre el procedimiento.

Por ello, las excepciones que son aplicables para el caso de que el bien se encuentre fuera del Estado de apertura, como por ejemplo la de los derechos reales, no serán aplicables nunca en la práctica de un procedimiento territorial, donde el bien en

cuestión tiene que encontrarse necesariamente en el territorio del Estado donde se lleva a cabo el concurso.

3. Composición de la masa activa y pasiva

Con la apertura de concurso, los bienes del deudor pasan a formar parte de un conjunto unitario llamado “masa activa”, que será destinado a satisfacer el pago a los acreedores (masa pasiva).

La composición de la masa activa será determinada por la ley del Estado donde tenga lugar la apertura del procedimiento, tal como indica específicamente el artículo 7 del Reglamento en el punto 2 b).

De este modo, si se abriera un procedimiento de insolvencia de carácter universal en España (por encontrarse aquí el centro de intereses principales de una empresa transfronteriza), la masa activa estaría compuesta, según el artículo 76 de la ley concursal española, de todos los bienes y derechos del patrimonio del deudor en el momento de la declaración del procedimiento de insolvencia. También pertenecerán a ella todos los bienes que se reintegren a dicho patrimonio, como consecuencia del ejercicio de acciones rescisorias o de impugnación. Además también se integrarán en la masa activa los bienes que adquiera el deudor hasta concluirse el concurso⁵.

Esto ocurrirá en los procedimientos universales de insolvencia, sin embargo no será así en los procedimientos territoriales, donde hemos visto que la masa activa se compondrá únicamente de los bienes que el deudor tenga en el Estado donde se va a llevar a cabo el concurso.

De esta manera, el problema para determinar la masa activa en los procedimientos territoriales radica en la localización de ciertos bienes inmateriales.

Los bienes materiales se localizan en el lugar de su situación física, por lo que estos bienes que se encuentren físicamente en el Estado donde se comenzará el procedimiento territorial, quedarán sin duda integrados en la masa activa. Sin embargo, lo normal es que las empresas o comerciantes cuenten con una importante cantidad de patrimonio inmaterial, como pueden ser créditos, acciones, anotaciones en cuenta, derechos de autor, etc.

⁵ Esta regulación de la ley concursal española se basa en el principio de responsabilidad patrimonial universal establecido en el artículo 1911 del Código Civil: “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

Para la localización de estos bienes inmateriales se utilizan varias ficciones legales, las cuales varían de un Estado a otro. De este modo si se hubieran mantenido las soluciones nacionales de localización, habría existido un riesgo de conflictos de competencias, pudiendo considerarse a un mismo bien localizado en dos Estados al mismo tiempo, o al contrario, que a un bien no se le considerara localizado en ninguno. Esto daría lugar a grandes dificultades a la hora de delimitar el patrimonio que configurará la masa activa en un procedimiento territorial. Por ello, el Reglamento ha establecido en su artículo 2, apartado 9, unas soluciones uniformes comunes para todos los Estados miembros.

Tales soluciones de localización son las siguientes:

-Las acciones nominativas se entienden localizadas en el Estado miembro donde la sociedad emisora tenga su domicilio social.

-Las acciones y otros instrumentos financieros representados por anotaciones en cuenta, en el Estado miembro donde se localice el registro o cuenta en la que se efectúan las anotaciones.

-Las cuentas bancarias, en el Estado miembro indicado en el IBAN.

-Los bienes o derechos cuya titularidad esté inscrita en un registro público, en el Estado miembro bajo cuya autoridad se lleve dicho registro.

-Las patentes europeas, en el Estado miembro para cuyo territorio se haya concedido la patente.

-Los derechos de autor y afines, en el Estado miembro donde tenga su residencia habitual o su domicilio social el titular de dichos derechos.

-Los bienes tangibles, en el Estado miembro donde estén físicamente situados.

-Los créditos, en el Estado miembro donde tenga su centro de intereses principales el deudor del crédito.

La masa pasiva de los procedimientos territoriales de insolvencia es, en cambio, universal, pudiendo concurrir a este procedimiento todos los acreedores del deudor, con independencia de que su crédito derive o no de las actividades de explotación del establecimiento del Estado en el que tiene lugar el concurso territorial.

III. PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES INDEPENDIENTES

1. Carácter excepcional

Se indicaba en el primer punto de este trabajo que nuestro Reglamento europeo de insolvencia se inclina por el modelo de la universalidad. Sin embargo, y con el fin de mitigar sus inconvenientes, también regula la posibilidad de llevar a cabo procedimientos territoriales. Ahora bien, la preferencia del Reglamento consiste en que, si resulta necesario abrir un procedimiento territorial, éste se encuentre subordinado y controlado por un procedimiento universal (principal), llamando a los procedimientos territoriales que pudieran abrirse posteriormente “procedimientos secundarios”, los cuales tendrán como objetivo la mejor administración en aquel establecimiento concreto del deudor y un mejor amparo a los acreedores locales, pero siempre obedeciendo las órdenes de la administración concursal del lugar donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor.

A pesar de que estas son las dos opciones que el Reglamento desea seguir para solucionar una situación de insolvencia (o bien un único procedimiento universal, o bien un procedimiento universal –principal- combinado con procedimientos territoriales –secundarios-), se hizo necesario regular la posibilidad de resolver una situación de insolvencia a través de uno o varios procedimientos territoriales independientes, es decir, sin la previa existencia de ningún otro procedimiento universal o principal. Eso sí, ello únicamente será posible si se dan dos supuestos excepcionales.

Tales supuestos los recoge el artículo 3.4 del Reglamento. El primero consiste en que no pueda obtenerse la apertura de un procedimiento único y universal de insolvencia según la ley del Estado donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor, porque ésta no lo permita. El segundo de los supuestos se basa en que la apertura de un procedimiento territorial sea solicitada por “acreedores locales”. Es decir, por uno o varios acreedores cuyo crédito tenga su origen en la explotación de un establecimiento que el deudor tiene en ese Estado miembro donde se pretende abrir el concurso, o que el crédito esté relacionado con dicha explotación⁶. Además el nuevo Reglamento incorpora la posibilidad de que también pueda solicitar la apertura una

⁶ El Reglamento recoge esta definición de “acreedor local” en su artículo 2 apartado 11: “*todo acreedor cuyos créditos frente al deudor surjan de la explotación de un establecimiento situado en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que el deudor tenga su centro de intereses principales, o que estén relacionados con dicha explotación*”.

autoridad pública que esté facultada para ello de conformidad con la ley del Estado miembro donde se encuentre el establecimiento.

Como vemos, únicamente tendrá lugar la apertura de un procedimiento territorial independiente cuando resulte indispensable. En la primera circunstancia con el objetivo principal de que no se produzca una situación injusta al no poder ejercitar una acción contra un deudor insolvente que, sin embargo, si cuenta con bienes en otro u otros Estados miembro, donde sí se puede llevar a cabo la apertura de un proceso concursal.

Se trata de procedimientos territoriales que solo pueden abrirse en defecto de un procedimiento universal (principal), operando como un foro de necesidad positivo y de protección. Teniendo el fin de evitar que se pueda producir una injusticia frente a los acreedores que se verían imposibilitados de intentar cobrar sus créditos en el Estado donde se encontrara el centro de intereses principales del deudor, donde la ley de dicho Estado (*lex fori concursus*) no permitiera la apertura de concurso por cualquier circunstancia.

Las causas que podrían impedir la apertura de un procedimiento de insolvencia principal podrían derivarse de características relativas a la condición del deudor que excluyeran que éste pueda ser objeto de un procedimiento de insolvencia, tales como que carezca de la condición de comerciante o que el deudor fuera una empresa pública.⁷

De esta manera, los acreedores podrán ejercitar su derecho de cobro en otro u otros Estados miembro, donde su deudor posee uno o varios establecimientos y cuenta con algún tipo de patrimonio.

La segunda circunstancia excepcional que permite la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia sin que previamente exista un procedimiento universal (principal), se hace con el objetivo de protección a los acreedores locales, mitigando así el principal inconveniente de los procedimientos universales.

Por ello se permite que estos acreedores, los cuales han generado su crédito a partir de la actividad de un establecimiento del deudor y no de la actividad del centro de intereses principales, puedan instar directamente un procedimiento territorial no estando obligados a solicitar un procedimiento de insolvencia universal previamente en el extranjero, y reduciendo así un coste que resultaría mucho mayor. Por lo tanto, esta

⁷ STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-112/2010, *Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen c. Zaza Retail BV*. Fundamento 23.

excepción opera en gran medida por razones de economía procesal y de acceso a la justicia.

2. Legitimación y condiciones de apertura

En el primero de los supuestos excepcionales, es decir, cuando se dé la imposibilidad de abrir un procedimiento de insolvencia principal, estará legitimado para pedir la apertura de un procedimiento territorial independiente cualquier acreedor del deudor en su conjunto, sea o no un acreedor local. Por otro lado, también estará legitimado el propio deudor que puede estar interesado en solucionar la situación de insolvencia de manera colectiva aunque ello tenga lugar en otro Estado.

Para llevarse a cabo la apertura será necesario demostrar, en primer lugar, la situación de insolvencia en la que el deudor se encuentra y, a continuación, que, según la ley del Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales, no resulta posible abrir un procedimiento de insolvencia en aquel lugar, y por ello se solicita la apertura de un procedimiento territorial en el Estado donde se encuentra uno o varios de sus establecimientos en virtud del artículo 3.4 del Reglamento.

De este modo, el tribunal competente de este Estado donde el deudor cuenta con uno o varios establecimientos, examinará la situación y, si verdaderamente se cumplen estos dos requisitos, se pasará a la apertura del procedimiento concursal territorial independiente, que, como sabemos, se regirá por ley de ese Estado y solo afectará a los bienes o patrimonio del deudor que en él se encuentre.

En el segundo de los supuestos excepcionales la legitimación viene dada por el mismo precepto, el cual nos indica expresamente que la apertura de un procedimiento territorial independiente podrá tener lugar si lo solicitan los acreedores locales.

Tal y como se ha expuesto, el Reglamento da la condición de acreedor local de manera amplia a todo aquel acreedor cuyo crédito tenga su origen en la explotación del establecimiento situado en el Estado donde se pretende abrir el procedimiento territorial.

De esta manera, si se pretendiera abrir un procedimiento territorial independiente en España, por ejemplo, podría solicitar su apertura un acreedor residente en Francia pero que ha realizado operaciones comerciales con el deudor a través del establecimiento español.

El anterior Reglamento del año 2000 ya recogía esta concepción amplia de acreedor local, sin embargo, establecía que podían solicitar la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia independiente:

- un acreedor cuyo domicilio, residencia habitual o sede se encontrara en el Estado miembro en cuyo territorio se encontrara el establecimiento en cuestión, o
- un acreedor cuyo crédito tuviera su origen en la explotación de dicho establecimiento.

Ahora, con el nuevo Reglamento, se ha suprimido la referencia al domicilio o residencia habitual del acreedor, y se recoge únicamente la solicitud por parte del acreedor cuyo crédito tenga su origen en la explotación del establecimiento de ese Estado.

Resulta más acertada la redacción del nuevo Reglamento, puesto que lo que se pretende es incluir como acreedor local a todo aquel que contratara o realizara operaciones a través del establecimiento en cuestión, sin importar su lugar de residencia, por lo tanto, se hace absurda la referencia al domicilio o residencia habitual que existía anteriormente. Además, la anterior redacción podría dar lugar a problemas, en el sentido de que pudiera darse el caso, aunque improbable, de que un acreedor con residencia en el Estado donde se pretende abrir el concurso solicitara la apertura y, sin embargo, no hubiera contratado con el establecimiento de dicho Estado, si no que hubiera realizado operaciones en un Estado diferente, en otro establecimiento o en el Estado del lugar del centro de intereses principales del deudor. Por ello, no sería verdaderamente un acreedor local, al no haber contratado o generado su crédito en el establecimiento del lugar donde se quiere abrir el procedimiento, no siendo éstos objeto de la protección que el Reglamento quiere ofrecer. Ésta se quiere dar a quienes generaran su crédito por la actividad o explotación del establecimiento de ese lugar, el cual será la parte de la empresa que ha entrado en la situación de quiebra.

En la mayoría de los casos, lo más común será que dichos acreedores tengan también su residencia o domicilio en el Estado donde se encuentre el establecimiento, y por ello generaran allí su crédito, pero puede darse algún caso que no sea así, y por ello resulta más acertado dejar la concepción de acreedor local abierta a todo el que origine su crédito como consecuencia de la actividad de ese establecimiento sin ninguna otra mención.

Pero el nuevo Reglamento de 2015, además de esa pequeña reforma en cuanto a suprimir la mención al domicilio o residencia habitual de los acreedores, incorpora la

posibilidad de que otras personas puedan estar legitimadas para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia territorial e independiente con el mismo objetivo de protección a los acreedores locales.

De esta manera el Reglamento actual estipula que también podrá solicitar la apertura una autoridad pública del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el establecimiento, siempre y cuando ésta se encuentra facultada para hacerlo conforme a la ley propia de dicho Estado.

Esta novedad supone un cambio importante que permite que las autoridades públicas de un Estado, como por ejemplo un juez o magistrado o un fiscal, puedan actuar solicitando la apertura de un concurso territorial, en caso de que lo vean necesario, para proteger a los acreedores en base a su función de intervención para el interés general.

Para llevar a cabo esta reforma el Parlamento y Consejo europeos se han separado de la jurisprudencia del TJUE, en cuanto a la interpretación del artículo 3.4 del Reglamento del año 2000.

Así debemos mencionar la Sentencia de 17 de noviembre de 2011, en la cual el TJUE responde a varias cuestiones prejudiciales en el procedimiento C-112/2010 entre “Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen” (Fiscal general de Bélgica) y la Sociedad Zaza Retail BV.⁸

El TJUE señala que en este caso no se acredita ninguna característica que impida la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en el lugar donde se encuentra

⁸ Dicha interpretación tiene lugar como consecuencia de la resolución de las cuestiones prejudiciales que el Juez de Bélgica presenta ante el TJUE para la resolución del litigio principal que se plantea a continuación:

La Sociedad Zaza Retail BV tiene su domicilio social (centro de intereses principales) en Ámsterdam y cuenta además con un establecimiento en Bélgica. El Fiscal General belga presenta una declaración de solicitud de quiebra del establecimiento que esta sociedad posee en Bélgica, siendo todavía solvente la sociedad en cuestión. Se trata por tanto de un concurso territorial independiente, que según el artículo 3.4 del Reglamento del año 2000 únicamente podía abrirse, tal y como hemos explicado:

- Ante la imposibilidad de la apertura de un procedimiento principal de insolvencia en el Estado miembro en cuyo lugar se encuentra el centro de intereses principales de la sociedad, es decir, en Holanda en este caso, conforme a la ley holandesa.

- Si la apertura fuera solicitada por los acreedores locales, es decir, los acreedores cuyo domicilio o sede se encontrara en el mismo lugar del establecimiento para el que se quiere solicitar el concurso territorial, en este caso Bélgica, o cuyo crédito tuviera su origen como consecuencia de la explotación de dicho establecimiento.

En el Reglamento del año 2000 estas eran las únicas causas por las que podía abrirse un procedimiento de insolvencia territorial independiente, respondiendo el TJUE de forma clara en esta sentencia que estas dos condiciones excepcionales tenían que interpretarse además de manera restrictiva, cumpliéndose de manera estricta.

el centro de intereses principales del deudor, (Ámsterdam), y en segundo lugar, que el Fiscal General belga no está dentro del concepto de acreedor, ya que no interviene ni como acreedor ni como representante del conjunto de acreedores.

Por lo tanto, el TJUE concluye que en este caso no se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 3.4 del Reglamento, ya que, en el término acreedor, no está incluida ninguna autoridad pública de un Estado miembro, aunque en la regulación de su Derecho nacional tuviera como objeto actuar en interés general. Por lo que no se encuentra legitimado para solicitar la apertura de un procedimiento territorial independiente de insolvencia, al no tratarse de un acreedor local ni tampoco representar a los acreedores locales.

Con la reforma del Reglamento se ha optado, tal y como se ha expuesto, por dar también la legitimación a estas autoridades públicas, incluyéndolas en el artículo 3.4 que se seguirá aplicando de manera totalmente restrictiva. Por lo que, en la actualidad, el fiscal general de un Estado miembro (u otra autoridad pública) sí podrá pedir la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia siempre y cuando su Derecho nacional se lo permita y actúe por el interés general para la protección de los acreedores locales.

Considero esta reforma como positiva, puesto que un acreedor local que vea la situación de insolvencia en que se encuentra el establecimiento de la empresa o entidad, en el cual ha realizado ciertas operaciones comerciales y por lo que cuenta con un crédito a su favor, ya no estará obligado a actuar por sí mismo para solicitar la apertura de un concurso territorial en dicho lugar. Tampoco tendrá que esperar a que otro u otros acreedores lo hagan, sino que también contará con la segunda opción de acudir a una autoridad pública de su Estado con el fin de que ésta sea quien solicite la apertura de un procedimiento de insolvencia, lo que quizá le resulte más sencillo. En definitiva, el acreedor de dicho establecimiento es la persona perjudicada por la situación de quiebra y la que las normas intentan proteger. Si las autoridades públicas de un Estado están facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado, no tiene por qué existir ningún inconveniente para que también lo estén en el caso de que tal procedimiento de insolvencia sea internacional, ya que al fin y al cabo será un proceso territorial llevado a cabo en ese Estado y bajo sus normas.

Asimismo, y al contrario de la situación anterior, si una autoridad pública de un Estado miembro constata, por cualquier circunstancia, que un establecimiento de una

empresa cuyo centro de intereses principales se sitúa en otro Estado miembro, se encuentra en una situación de insolvencia, podrá instar rápidamente la apertura del concurso territorial en aras al interés general y la protección de los acreedores locales que quizá no conozcan aún tal situación.

Para que finalmente pudiera tener lugar la apertura con la solicitud por parte de uno o varios de los acreedores locales, habría que examinar su condición como tal y si verdaderamente el establecimiento se encuentra en una situación de insolvencia. Si la solicitud de apertura tuviera lugar por parte de una autoridad pública de ese Estado donde se encuentra el establecimiento, habría también que examinar, además de si verdaderamente se da la situación de insolvencia, si la ley de ese Estado lo faculta para solicitar la apertura de procedimientos de insolvencia.

IV. PROCEDIMIENTOS TERRITORIALES SECUNDARIOS

1. Diferencias entre los procedimientos secundarios y los independientes

Tanto los procedimientos secundarios como los independientes son procedimientos de insolvencia territoriales que, tal como hemos visto, se desarrollarán en un Estado miembro donde el deudor posea un establecimiento, y únicamente alcanzarán a los bienes o patrimonio del deudor que en tal Estado se localicen. Pero entre tales procedimientos existen grandes diferencias, las cuales vienen dadas por la existencia simultánea de un procedimiento universal de insolvencia.

Los procedimientos territoriales secundarios se abren cuando previamente ya existe un procedimiento principal de insolvencia en el Estado donde se encuentra el centro de intereses principales del deudor. De esta manera el procedimiento secundario cumple una función auxiliar de tal procedimiento principal y estará subordinado a éste, seguirá sus instrucciones y mantendrá una relación de dependencia.

Además deberá existir obligatoriamente una efectiva cooperación y comunicación entre los administradores de ambos procedimientos y también entre sus órganos jurisdiccionales.

Si se dan al mismo tiempo un procedimiento de insolvencia universal y otro territorial, siempre el segundo obedecerá al primero. Por ello el procedimiento universal

recibe el nombre de principal y los territoriales de secundarios. De este modo, si existiendo un procedimiento territorial independiente se abriera con posterioridad un procedimiento principal, el independiente pasaría automáticamente a ser un procedimiento secundario.

Con esta relación de dependencia, el administrador del concurso principal se aprovechará de las ventajas que tiene la existencia del procedimiento territorial para una mejor administración general del concurso. Por ejemplo, servirá de ayuda si los ordenamientos jurídicos entre los dos Estados son bastante diferenciados, o también si el patrimonio del deudor es muy amplio para ser administrado de forma unitaria.

En definitiva, el concurso secundario siempre obedecerá las normas de la administración del concurso principal cumpliendo con una función auxiliar del mismo, mientras que nada de eso ocurre en el procedimiento territorial independiente, por ello, éste se abrirá únicamente cuando ocurra alguna de las excepciones que se ha expuesto en el epígrafe anterior.

Otra de las diferencias es que, al existir ya un procedimiento principal anterior, el Reglamento se muestra más permisivo con los concursos secundarios. De este modo amplía las personas legitimadas para solicitar su apertura o exime de probar la insolvencia del deudor, tal como se pasa a explicar en el siguiente punto.

2. Condiciones de apertura

Las personas legitimadas para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia territorial secundario, serán aquellas personas o autoridades que estén facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado donde se pretende abrir tal procedimiento, conforme al Derecho nacional del mismo.

Ya hemos visto que la ley aplicable a los procedimientos territoriales es la *lex fori concursus* (ley del foro), que también regirá esta cuestión de la legitimación. No obstante, el Reglamento dedica su artículo 37 a este aspecto para dejar patente que, además de las personas legitimadas según el Derecho nacional del Estado donde vaya a tener lugar el procedimiento secundario, también estará legitimado para solicitar la apertura el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal que se encuentre en curso. Ello es consecuencia de esa relación de dependencia que existe entre uno y otro procedimiento. Así, el administrador concursal del proceso principal podrá si lo desea solicitar la apertura de un concurso territorial secundario si lo estimara

conveniente, tal vez para una buena administración de la masa activa o la mejor protección de los acreedores.

Supongamos, por ejemplo, que se encuentra en marcha un procedimiento de insolvencia principal en Francia, pero que dicha empresa deudora cuenta con un establecimiento en España. Para abrir un procedimiento territorial secundario en España, podrá solicitarlo el administrador del concurso principal que se está llevando a cabo desde Francia y también podrán solicitarlo las personas que legitime la ley concursal española para abrir cualquier procedimiento de insolvencia. En el caso de España la legitimación viene recogida en el artículo 3 de esta ley que, entre otras consideraciones, estipula que estarán legitimados el deudor y cualquiera de sus acreedores.

Existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a este ámbito de las personas legitimadas para solicitar la apertura de los procedimientos secundarios. Dicha jurisprudencia interpreta el artículo 29 del anterior Reglamento del año 2000, donde aparecía estipulada esta cuestión. En el nuevo Reglamento de 2015 se recoge, tal como hemos mencionado, en el artículo 37, pero se mantiene su contenido en este aspecto, por lo que la jurisprudencia anterior seguirá siendo válida para su interpretación.

Así, podemos mencionar la Sentencia de la Sala Primera del TJUE de fecha 4 de septiembre de 2014 en el caso C-327/13 entre Burgo Group SpA e Illochroma SA.

Burgo Group tiene su domicilio social en Italia y siendo acreedora de Illochroma solicita la apertura de un procedimiento secundario en contra de ésta ante un tribunal belga, puesto que Illochroma cuenta con dos centros de actividad en Bélgica.

Según la normativa belga, todo acreedor, aunque se encuentre establecido fuera de Bélgica, puede solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia contra su deudor. Sin embargo, Illochroma afirma que ese derecho corresponde únicamente a los acreedores que se encuentren establecidos en el Estado del tribunal ante el cual se pretenda la apertura del procedimiento secundario, puesto que su finalidad es la protección de los acreedores locales.

Ante esta y otras circunstancias la Cour d'appel de Bruxelles decide suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE diferentes cuestiones prejudiciales. Siendo una de estas cuestiones la de determinar si el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario deben tenerlo todos los nacionales de la Unión (siempre que demuestren un vínculo jurídico con el establecimiento de que se trate), o por el

contrario, está reservado a quienes tengan su residencia o domicilio social en el Estado en el cual se solicita la apertura del procedimiento.

El TJUE responde que el Reglamento distingue claramente entre los procedimientos territoriales iniciados antes de la apertura de un procedimiento principal, es decir, los procedimientos independientes, y los iniciados posteriormente (secundarios). Por ello, hay que tener claro que únicamente en los procedimientos independientes se restringe a los acreedores locales la concesión del derecho a solicitar la apertura del procedimiento.

Ello se justifica en la voluntad del Reglamento de limitar a lo estrictamente indispensable la apertura de procedimientos territoriales independientes.

Esto de ningún modo ocurrirá en los procedimientos secundarios que tienen la finalidad de proteger la diversidad de intereses.

Por ello, la cuestión de qué personas o autoridades están facultadas para solicitar la apertura de un procedimiento secundario se apreciará conforme al Derecho nacional del Estado miembro en cuyo territorio se solicite la apertura de tal procedimiento. No obstante, la Sentencia nos aclara que, si algún Derecho nacional limitase la legitimación para solicitar la apertura de un procedimiento secundario a los acreedores locales, ello iría en contra del efecto útil del Reglamento y sería incompatible con el mismo. Por consiguiente, la remisión al Derecho nacional debe entenderse condicionada a su compatibilidad con el sentido y finalidad del Reglamento.

Además de las cuestiones de legitimación, las condiciones para llevar a cabo la apertura de un procedimiento territorial secundario de insolvencia serán, en primer lugar, la existencia de un establecimiento del deudor en el Estado miembro en el que pretende abrirse el procedimiento. En segundo lugar, la apertura tendrá que ser solicitada por una de las personas legitimadas en virtud de las normas y criterios que acabamos de exponer.

El órgano jurisdiccional en el cual sea presentada la solicitud de apertura del concurso secundario tendrá que examinar si verdaderamente se cumplen estos dos requisitos. También se comprobará la existencia del procedimiento principal en curso. En particular se deberá revisar si el procedimiento principal ha exigido para su apertura que el deudor sea insolvente, ya que en ese caso el artículo 34 del Reglamento señala expresamente que la insolvencia del deudor no se examinará de nuevo en el Estado miembro en el que se pueda abrir un procedimiento secundario.

Por último, el Reglamento incluye también una regla específica en su artículo 40. Esta norma permite que el tribunal del Estado donde se solicita la apertura del procedimiento secundario exija al solicitante un anticipo para el pago de los gastos o una fianza adecuada. Esta facultad se concede cuando el Derecho nacional del Estado donde se pretende abrir el procedimiento secundario exija que el activo del deudor sea suficiente para cubrir, total o parcialmente, los gastos y costas del procedimiento. De esta manera el Reglamento se muestra respetuoso con este aspecto que exigen varias legislaciones nacionales.

3. El compromiso del administrador concursal

El nuevo Reglamento del año 2015 incorpora una modificación muy importante respecto a los procedimientos secundarios para evitar la apertura de los mismos ahorrando así sus costes. Para ello, el Reglamento regula de forma minuciosa y detallada en su artículo 36 y también en los considerandos 41 a 44, la posibilidad de que el administrador concursal del procedimiento principal pueda contraer un compromiso unilateral con respecto a los bienes situados en el Estado miembro en el que podría abrirse un procedimiento secundario.

Este compromiso se realizará con los acreedores locales consistiendo en garantizarles el mismo trato como si se hubiese abierto el concurso secundario, pero sin necesidad de abrirlo. De este modo, los bienes y derechos que se encuentren localizados en el Estado miembro donde esté situado el establecimiento del deudor, deberán formar una subcategoría dentro de la masa activa del procedimiento principal. Así, al distribuir dichos bienes o los importes percibidos por su realización, el administrador concursal del procedimiento principal deberá respetar los derechos de prelación que tendrían los acreedores locales en caso de que se hubiera abierto un procedimiento secundario en dicho Estado.

La primera doctrina sobre el nuevo Reglamento de 2015 le ha dado a esta figura del compromiso el nombre de “procedimientos secundarios sintéticos” o “virtuales”⁹.

⁹Cf. F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (y V): procedimientos territoriales y concurso de sociedades de un grupo”, www.almacenederecho.org, 18 de junio de 2015.

Cf. GARRIGUES, Newsletter, “Reestructuraciones e insolvencias”, junio 2015. www.garrigues.com
Cf. GÓMEZ-ACEBO & POMBO, E. TORRALBA MENDIOLA, “Los procedimientos de insolvencia «sintéticos»”, *Análisis GA & P*, noviembre 2015. (www.gomezacebo-pombo.com)

En definitiva, se trata de fingir la existencia de un procedimiento secundario en cuanto al trato a los acreedores locales, pero sin llegar efectivamente a abrirlo.

Se busca con ello evitar la verdadera apertura de un concurso secundario en los casos en que tales procedimientos pudieran entorpecer una eficaz administración de la masa y no contribuyeran a una mejor solución del concurso global. Además se ahorrarán los costes procesales que supondría todo su desarrollo.

Pero este compromiso deberá reunir una serie de requisitos, siendo el más importante el de ser aprobado por una mayoría cualificada de los acreedores locales conocidos. También se deberá expresar por escrito especificando las razones o circunstancias en las que se base y, en particular, tendrá que quedar plasmado el valor de los bienes situados en el Estado afectado y las opciones existentes para su realización.

Si el compromiso se realizara de manera válida, el órgano jurisdiccional al que se presentase una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia secundario, podrá aplazar o incluso denegar tal apertura. Esto ocurrirá a instancia del administrador concursal del procedimiento principal si éste considera que el compromiso protege adecuadamente los intereses de los acreedores locales.

La ley que se aplicará para llevar a cabo los aspectos del compromiso, tales como, la distribución de los importes percibidos por la realización de los bienes, el orden de prelación de créditos, o los derechos de los acreedores en relación a los bienes, será el Derecho nacional del Estado en el que hubiera podido abrirse el procedimiento secundario (tal y como si efectivamente se hubiera abierto). Esta misma ley será la aplicable para el cálculo de las mayorías necesarias para adoptar el compromiso.

Únicamente con el paso del tiempo podremos comprobar si esta figura resulta eficaz en la práctica. Por el momento, se plantean ciertas dudas acerca de su funcionamiento.

El compromiso se realiza solamente con los acreedores locales, sin embargo los procedimientos secundarios protegen a todo el conjunto de acreedores. Sabemos que la masa pasiva de un procedimiento territorial secundario es universal, pudiendo acudir a él todos los acreedores del deudor. A pesar de ello, se deja fuera del compromiso a los acreedores no locales, a los cuales también afectará este acuerdo en cuanto que repercute directamente en la administración de la masa activa del concurso. Además, tampoco existe la obligación de informarles, ya que el punto 7 del artículo 36 señala

que, una vez adquirido el compromiso, el administrador concursal informará a los acreedores locales sobre el reparto previsto, por lo que no hay ninguna obligación de informar al resto. Asimismo el artículo 38 del Reglamento estipula que el órgano jurisdiccional al que se presente la solicitud de apertura de un procedimiento secundario podrá rechazarla si existe un compromiso con el que se considera que se protege adecuadamente los intereses generales de los acreedores locales. Por lo que tampoco se tiene en cuenta en este aspecto los intereses del resto de acreedores.

De este modo parece que se desampara a los acreedores no locales que sí se verían protegidos en caso de abrirse el procedimiento secundario, por lo que habrá que ver si este hecho origina o no algún tipo de problema en la práctica.

Bien es cierto que el concurso secundario se dará por la existencia de un establecimiento del deudor en otro Estado miembro que no es el de su centro de intereses principales. Por ello, en mi opinión resulta lógico que se deba proteger y beneficiar a los acreedores que han realizado operaciones con tal establecimiento, ya que serían los que se verían desfavorecidos en caso de estar obligados a acudir a un país extranjero para hacer valer sus derechos. Los demás acreedores habrán originado sus créditos como consecuencia de la actividad del centro de intereses principales del deudor (o de otro establecimiento en otro Estado) por lo que, puede resultar justificado que también deban acudir al concurso principal para hacer valer su derecho. Si se abre el procedimiento secundario se les permite elegir entre acudir a éste o al procedimiento principal (o a ambos), pero, si lo que tiene lugar es un compromiso y no se abre efectivamente el concurso secundario, resulta razonable que éste se haga únicamente con los acreedores locales que son a los que perjudica en una mayor medida la inexistencia del procedimiento secundario.

Por otro lado también hay que tener en cuenta que quien puede proponer el compromiso es el administrador del concurso principal, el cual está encargado de llevar a cabo una buena administración de la masa y proteger adecuadamente los intereses de todos los acreedores. Por lo que, si se diera el caso de que un compromiso pudiera perjudicar a ciertos acreedores, debería decantarse por abrir el procedimiento secundario.

En otro orden de cosas, se indica que uno de los fines más importantes del compromiso es evitar los costes que supone el desarrollo de un proceso judicial de insolvencia. Verdaderamente se suprimirían estos costes pero hay que tener en cuenta que la figura del compromiso también supondrá ciertos gastos importantes. Primero, la

redacción del propio documento válido que plasme el acuerdo que, según el punto 3 del artículo 36, se redactará en la lengua oficial del Estado en el que hubiera podido abrirse el procedimiento secundario. Se entiende, por tanto, que será traducido a la lengua del Estado del procedimiento principal. Por otra parte, existirá la necesidad de que el órgano jurisdiccional y el administrador del concurso principal utilicen el Derecho nacional del Estado en el que hubiera podido abrirse el procedimiento secundario, ya que en el proceso principal tendrán que aplicarse ahora dos ordenamientos jurídicos diferentes. De este modo, tanto el juez como el administrador, tendrán que aplicar un Derecho (el de su foro de competencia) para una parte de la masa, y otro Derecho (el del otro Estado) para esa subcategoría que se separa como consecuencia del compromiso, por lo que tendrán que conocer el Derecho extranjero. Esto necesariamente dará lugar a unos gastos de información y traducción, lo que aumentará los costes del procedimiento principal.

4. Coordinación del procedimiento principal y los concursos secundarios

A causa de la existencia de estos dos modelos de solución de insolvencias internacionales (universal y territorial) y, dado que el Reglamento permite abrir varios procedimientos concursales al mismo tiempo contra el mismo deudor, resulta imprescindible la existencia de unas medidas de coordinación y cooperación entre los diferentes procedimientos. Ello será necesario para asegurar la eficaz administración de la masa y evitar que las decisiones tomadas en uno y otro procedimiento acaben por perjudicar el interés del conjunto de los acreedores.

En el anterior Reglamento del año 2000 estas reglas de cooperación y comunicación recíproca recaían únicamente sobre los administradores concursales de ambos procedimientos. El nuevo Reglamento mejora esta regulación y extiende estas obligaciones a los órganos jurisdiccionales.

De este modo, el Reglamento actual dedica tres artículos (41 a 43) a este aspecto, separando las diferentes obligaciones. Primero, la cooperación entre administradores concursales de los diferentes procedimientos (principal y secundarios), después entre los órganos jurisdiccionales de tales procesos y, finalmente, la cooperación también entre los administradores y los órganos jurisdiccionales.

Así, en la actualidad contamos con una mejor regulación en este ámbito de la coordinación y cooperación entre los diferentes procedimientos sobre un mismo deudor, apareciendo en el Reglamento de una forma mucho más detallada. En el texto anterior no se indicaban las formas en las que esta cooperación podía llevarse a cabo en la práctica, ello se hacía depender de las legislaciones nacionales. Ahora sí se señalan en cada tipo de cooperación los modos en los que ésta debe ponerse en práctica.

Los administradores concursales entre sí deberán comunicarse, lo más pronto posible, toda la información que pueda resultar útil para el otro procedimiento. Tendrá especial relevancia la información sobre el estado de presentación o comprobación de los créditos, las medidas que pueda haber respecto a un rescate o reestructuración o la información sobre la conclusión de los procedimientos. También deberán estudiar las posibilidades que tiene el deudor de adoptar un plan de reestructuración y, de existir tales, tendrán que coordinar su elaboración y aplicación.

Por último, tendrán que coordinar la administración de los bienes y negocios del deudor. En este aspecto, el administrador del concurso secundario deberá ofrecer al administrador del concurso principal, con la debida antelación, la posibilidad de presentar propuestas sobre la realización o sobre otra utilidad de los bienes o activos existentes en el procedimiento secundario.

Asimismo, los órganos jurisdiccionales que hayan abierto o sobre los que se haya solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia, deberán cooperar entre sí. En particular, podrán solicitarse mutuamente información o asistencia por cualquier medio que el órgano considere oportuno. También podrán llevar a cabo la coordinación del nombramiento de los administradores concursales, la de la celebración de las vistas y la de aprobación de protocolos, si fuera necesario. Igualmente coordinarán la administración y supervisión de los bienes y negocios del deudor.

Además de todo ello, los administradores concursales y los órganos jurisdiccionales participantes en unos y otros procedimientos relativos al mismo deudor, también deberán cooperar y comunicarse entre sí.

Resulta muy importante una estrecha colaboración entre administradores y órganos para lograr un adecuado intercambio de información y también para asegurar el papel de supremacía de los procedimientos principales. A consecuencia de este modelo del Reglamento en el que cualquier procedimiento secundario debe obedecer al procedimiento principal, es necesario que el administrador del concurso principal pueda

intervenir en los procedimientos secundarios. Por ello se le permite presentar planes o convenios de reestructuración si lo estima conveniente o aplazar la liquidación de la masa en el proceso secundario.

El deber de cooperación debe llevarse a cabo sin entrar en conflicto con las normas del Derecho nacional aplicable a cada procedimiento. Aunque no hay que olvidar que las diferentes legislaciones nacionales no deben ir en contra del efecto útil del Reglamento.

Además de todos los medios mencionados para poner en práctica la comunicación y cooperación, el Reglamento deja patente en su considerando 48 que, tanto órganos jurisdiccionales como administradores, deberán tener en cuenta las mejores prácticas de cooperación establecidas en las directrices de las organizaciones europeas e internacionales que ejerzan en el ámbito del Derecho de insolvencia internacional. En particular, las preparadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁰.

También debemos mencionar que el nuevo Reglamento incorpora otra novedad importante respecto a los procedimientos secundarios. La recoge en el punto 3 del artículo 38 y consiste en la posibilidad de suspender temporalmente la apertura de procedimientos secundarios cuando se estén llevando a cabo negociaciones entre el deudor y sus acreedores.

Es decir, si se ha abierto un proceso pre-concursal principal y se están llevando a cabo unas negociaciones de refinanciación, entonces el órgano jurisdiccional ante el que se solicite la apertura de un procedimiento secundario puede suspender tal apertura. Se hará a instancia del administrador del concurso principal o del propio deudor no desapoderado¹¹, por un tiempo no superior a tres meses. Esta suspensión podrá realizarse únicamente si se toman todas las medidas adecuadas para la protección de los acreedores locales, por ello podrá ir acompañada de medidas cautelares que impidan el

¹⁰ La CNUDMI es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Su función principal consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional, encontrándose entre sus principales actividades la elaboración de convenios, leyes modelo y normas aceptables a escala mundial; la preparación de guías jurídicas y legislativas y la formulación de recomendaciones de gran valor práctico. En el ámbito de la cooperación internacional al que nos referimos habrá que tener en cuenta la “Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009)”. www.uncitral.org.

¹¹ El Reglamento incorpora la definición de deudor no desapoderado en el apartado 3 de su artículo 2, entendiéndose por tal: “ *cualquier deudor respecto del que se haya abierto un procedimiento de insolvencia que no implique necesariamente el nombramiento de un administrador concursal o la transferencia total de los derechos y funciones de la administración de su patrimonio a un administrador concursal y que, por tanto, permita al deudor seguir controlando total o parcialmente sus bienes y negocios.*”

traslado o disposición de los bienes ubicados en el Estado donde podrá tener lugar la apertura del procedimiento secundario.

Por último se debe apuntar que también existen ciertas reglas de coordinación entre procedimientos relativas a los acreedores, las cuales se refieren a la distribución de los activos del deudor.

Hay que recordar que la masa pasiva de cualquiera de los procedimientos de insolvencia es universal y, por ello, todos los acreedores tienen derecho a presentar sus créditos en el procedimiento principal y en cualquier procedimiento secundario. En consecuencia, el Reglamento establece una norma de restitución e imputación en su artículo 23 según la cual, el acreedor que obtenga parte de su crédito sobre los bienes del deudor que estén situados en otro Estado, tendrá que restituir lo que haya obtenido al administrador concursal (salvo en el caso de las excepciones relativas a los derechos reales de terceros y reserva de dominio). Asimismo y con el fin de garantizar la igualdad de trato entre los acreedores, el que haya adquirido en un procedimiento parte de su crédito, no podrá participar en el reparto que se vaya a efectuar en otro procedimiento hasta que los acreedores del mismo rango o categoría obtengan en ese otro procedimiento una cantidad porcentual equivalente.

Para terminar, el Reglamento también incluye una regla sobre la remisión del excedente en su artículo 49. De este modo cuando, tras la conclusión de un procedimiento secundario se hayan satisfecho todos sus créditos admitidos, el administrador concursal tendrá que transferir de inmediato el activo remanente que existiera al administrador del concurso principal. Se entiende por tanto que, lo que deberá hacer el administrador del procedimiento secundario, será efectuar todos los actos necesarios para poner los bienes que compongan ese excedente bajo la administración del concurso principal.

Esta norma resulta importante puesto que pone de manifiesto la primacía del procedimiento principal dentro del modelo de universalismo mitigado del Reglamento. Además también refleja que en primer lugar se llevará a cabo la distribución de activos en los procedimientos secundarios y después se hará en el principal. Sin embargo, la aplicación práctica de esta norma será muy reducida, ya que, únicamente surgirá efecto si algunos créditos presentados en el procedimiento principal no fueron presentados en el secundario o no fueron admitidos en éste y tendrá que darse la difícil circunstancia de que, al finalizar el procedimiento secundario, exista un excedente de la masa activa.

CONCLUSIONES

1ª. El Reglamento 2015/848 de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia, será aplicable a partir del 26 de junio de 2017.

En esta refundición del Reglamento europeo se da una importancia mayor a la reestructuración de las empresas y se incluyen en el ámbito de aplicación los procedimientos de pre-insolvencia, llamados a prevenir el concurso del deudor.

2ª. El Reglamento europeo da un papel primordial a los procedimientos universales. No obstante, el territorialismo resulta fundamental para mitigar los inconvenientes que tendría, en algunas ocasiones, la solución de un concurso de acreedores de carácter internacional a través de un único procedimiento universal de insolvencia.

3ª. Los procedimientos territoriales proporcionan protección a los acreedores locales, los cuales han contratado con el establecimiento que el deudor posee en un Estado miembro diferente al del lugar de su centro de intereses principales. Si se abre un concurso territorial estos acreedores podrán hacer valer sus créditos en ese Estado donde se encuentra el establecimiento del deudor, en el cual han realizado sus operaciones comerciales. Se evita con ello que tengan que acudir a otro Estado para litigar, donde se aplicará un derecho extranjero y diferente al que ha regido sus contrataciones con el establecimiento del deudor y les supondría un coste mucho mayor.

4ª. También resultarán más beneficiosos los procedimientos territoriales cuando la insolvencia del deudor no sea total, sino que únicamente afecte a uno de sus establecimientos. De este modo será más fácil liquidar o también sanear tal establecimiento a través de un concurso territorial, dando lugar al saneamiento global de la entidad.

5ª. El Reglamento europeo se muestra reacio a la apertura de procedimientos territoriales de insolvencia sin la supervisión y control por parte de un procedimiento universal principal. Por ello, la apertura de un procedimiento territorial independiente únicamente será posible si no puede abrirse un procedimiento principal o si lo solicitaran uno o varios acreedores locales. El nuevo Reglamento de 2015 incorpora además la posibilidad de que también las autoridades públicas facultadas para ello puedan solicitar la apertura de un procedimiento territorial independiente. Esta reforma resulta positiva en la medida en que puede ser un medio más para proteger los intereses de los acreedores locales.

6ª. En los procedimientos secundarios, posteriores a la apertura de un concurso principal, la reforma más importante tiene lugar con la introducción de la nueva figura del compromiso del administrador concursal. Con ella se busca evitar la apertura de procedimientos secundarios cuando éstos pudieran entorpecer una eficaz administración de la masa y no ayudaran a una mejor solución del concurso global. De este modo, se pretende eliminar los costes de un concurso secundario pero al mismo tiempo proteger igualmente a los acreedores locales, garantizándoles el mismo trato que si efectivamente tal procedimiento se hubiera abierto.

Sin duda habrá que observar en el futuro la aplicación práctica del compromiso y la jurisprudencia que pueda surgir al respecto. Únicamente así podremos comprobar si efectivamente puede evitar la apertura de procedimientos secundarios, ahorrar costes y proteger de manera eficiente a los acreedores.

7ª. En el momento en que se permite la posibilidad de abrir diferentes procedimientos de insolvencia sobre un mismo deudor, se hace necesario establecer unas medidas de coordinación y cooperación entre los diferentes procedimientos simultáneos (principal y secundario). La nueva regulación extiende estas obligaciones a los órganos jurisdiccionales de ambos procedimientos, por lo que ya no recaerán únicamente sobre los administradores concursales. Además se introducen en el Reglamento las formas en las que esta cooperación debe ponerse en práctica. Por lo tanto, se ha producido una mejora importante de la regulación en este ámbito.

8ª. El nuevo Reglamento europeo de insolvencia ofrece nuevas posibilidades y, en general, ha dado lugar a una reforma positiva que pretende mitigar los problemas surgidos en la práctica con la regulación anterior. Se preocupa por el rescate de las empresas incluyendo los procesos de pre-insolvencia, lucha contra el inconveniente del *forum shopping* modificando las definiciones de “centro de intereses principales” y de “establecimiento”, incorpora la nueva figura del compromiso del administrador concursal en los concursos secundarios y mejora la coordinación y cooperación entre procedimientos. Además también añade la obligación de dar publicidad a los procedimientos creando registros de insolvencia y da una regulación específica a los grupos de sociedades, dado que cada vez son más abundantes y se pretende evitar su disgregación.

Veremos en el futuro la aplicación práctica de todas estas novedades del Reglamento y podremos comprobar si efectivamente se consigue el rescate de empresas y una disminución de los problemas en la resolución de insolvencias internacionales.

BIBLIOGRAFÍA Y MATERIALES DE REFERENCIA

➤ **MANUALES**

- A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Concursal Internacional*, Colex (Constitución y Leyes), Madrid, 2004.
- A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Procedimientos de Insolvencia y Grupos Multinacionales de Sociedades*, Thomson-Civitas, 2005.
- J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la Legislación Concursal Tomo I*, Lex Nova, 2004.
- M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- MEMENTO PRÁCTICO CONCURSAL 2015, Francis Lefebvre, 2014.

➤ **LEGISLACIÓN**

- Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia.
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. Comisión Europea. Estrasburgo, 12.12.2012. {SWD(2012) 416} {SWD (2012) 417}.
- Exposición de motivos del Consejo: Posición (UE) nº 7/2015 en primera lectura con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre procedimientos de insolvencia (refundición) (2015/C 141/02)
- Reglamento (UE) nº 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

➤ **JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

- STJUE de 2 de mayo de 2006, asunto C- 341/04, Eurofood IFSC Ltd.
- STJUE de 12 de febrero de 2009, asunto C- 339/07, Christopher Seagon c. Deko Marty Belgium NV.

- STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C- 292/08, German Graphics Graphische Maschinen GmbH c. Alice van der Schee.
- STJUE de 21 de enero de 2010, asunto C- 444/07, MG Probud Gdynia sp. z o.o.
- STJUE de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, Interedil Srl c. Fallimento Interedil Srl.
- STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-112/2010, Procureur-generaal bij het hof van beroep te Antwerpen c. Zaza Retail BV.
- STJUE de 15 de diciembre de 2011, asunto C- 191/10, Rastelli Davide e C. Snc c. Jean-Charles Hidoux.
- STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C- 213/10, F-TEX SIA c. Lietuvos-Anglijos UAB «Jadecloud-Vilma».
- STJUE de 5 de julio de 2012, asunto C- 527/10, ERSTE Bank Hungary Nyrt c. Magyar Állam y otros.
- STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C- 116/2011, Bank Handlowy w Warszawie SA y PPHU «ADAX»/Ryszard Adamiak c. Christianapol sp. zo.o.
- STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C- 251/12, Christian Van Buggenhout e Ilse Van de Mierop c. Banque Internationale à Luxembourg SA.
- STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C- 328/12, Ralph Schmid c. Lilly Hertel,
- STJUE de 4 de septiembre de 2014, asunto C-327/13, Burgo Group SpA c. Illochroma SA.
- STJUE de 4 de diciembre de 2014, asunto C- 295/13, H c. H.K..
- STJUE de 16 de abril de 2015, asunto C- 557/13, Hermann Lutz c. Elke Bäuerle.
- STJUE de 11 de junio de 2015, asunto C- 649/13, Comité d'entreprise de Nortel Networks SA y otros c. Cosme Rogeau y Cosme Rogeau c. Alan Robert Bloom y otros.
- STJUE de 15 de octubre de 2015, asunto C- 310/14, Nike European Operations Netherlands BV c. Sportland Oy.
- STJUE de 10 de diciembre de 2015, asunto C- 594/14, Simona Kornhaas c. Thomas Dithmar.

➤ **JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA**

- Juzgados de lo Mercantil
 - JM Alicante núm 1, auto de 16 de junio de 2008 (AC 2008\1615)
 - JM Cádiz núm 1, auto núm. 395/2008 de 10 octubre (AC 2009\375)
 - JM Bilbao núm 1, auto núm. 292/2009 de 4 mayo (AC 2009\1159)
- Tribunales Superiores de Justicia
 - TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), auto núm. 6/2006 de 24 de julio (RJ 2007\4855).
 - TSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª), auto núm. 5/2012 de 25 de enero (AC 2012\842).
- Audiencias Provinciales
 - AP Las Palmas (Sección 4ª), auto núm. 281/2005 de 1 de diciembre (AC 2006\108).
 - AP Las Palmas (Sección4ª), auto núm. 111/2006 de 4 mayo (AC 2006\1284).
- Tribunal Supremo
 - TS (Sala de lo Civil, Sección1ª), auto de 1 de marzo de 2007 (JUR 2007\80171).
 - TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), auto de 20 febrero 2009 (RJ 2009\1476).
 - TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), auto de 25 de mayo de 2010 (RJ 2010/3720).

➤ **OTROS RECURSOS**

- A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento europeo de insolvencia”, Anuario de derecho concursal, ISSN 1698-997X, N°. 29, 2013, pp. 423-440
- A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, Revista española de derecho internacional, ISSN 0034-9380, Vol. 65, N° 2, 2013, pp. 387-391

- A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La apertura de procedimientos secundarios de insolvencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 4 de septiembre de 2014, As. C-327/13, Burgo Group c. Illochroma y Theetten”, *La Ley Unión Europea*, ISSN-e 2255-551X, mes 20, 2014, pp. 23-31
- C. ESPLUGUES MOTA, “Procedimientos de insolvencia transfronterizos”, *Revista Seqüência*, nº 52, pp. 9-34, julio 2006. (<https://dialnet.unirioja.es/>)
- F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (y V): procedimientos territoriales y concurso de sociedades de un grupo”, (www.almacenederecho.org), 18 de junio de 2015.
- GARRIGUES, Newsletter, “Reestructuraciones e insolvencias”, junio 2015. (www.garrigues.com)
- GÓMEZ-ACEBO & POMBO, E. TORRALBA MENDIOLA, “Los procedimientos de insolvencia «sintéticos»”, *Análisis GA & P*, noviembre 2015. (www.gomezacebo-pombo.com)
- EUR-Lex, El acceso al Derecho de la Unión Europea. (www.eur-lex.europa.eu/homepage.html)
- “Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (2009)”. (www.uncitral.org)
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas
- Diario Oficial de la Unión Europea
- Boletín Oficial del Estado (www.boe.es)
- Buscador de jurisprudencia Thomson Reuters ARANZADI (www.aranzadidigital.es)
- Buscador de jurisprudencia CENDOJ (www.poderjudicial.es)