

**LAS MASAS ACTIVA Y PASIVA EN LOS CONCURSOS SECUNDARIOS:
REFLEXIONES A LA LUZ DE LA STJUE DE 18 DE ABRIL DE 2024 EN EL
ASUNTO AIR BERLIN**

versión pre-print

La Ley Unión Europea, n° 127, julio, 2024



Ángel Espiniella Menéndez

*Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo*

Sumario: I. Introducción: *Air Berlin*, dos asuntos y cuatro cuestiones prejudiciales. II. Problemática de la masa pasiva del concurso secundario: 1. La ley del concurso frente a la ley del contrato de trabajo: un *obiter dictum* aclaratorio. 2. La ley del concurso principal frente a la ley del concurso secundario: un enfoque quizá superficial. 3. El olvido del efecto útil en la argumentación. III. Problemática de la masa activa del concurso secundario: 1. Composición de la masa activa secundaria: un punto de partida correcto. 2. Traslado de activos previo a un concurso secundario: una regla general clara, unas excepciones oscuras. 3. La impugnación del traslado de activos en el concurso secundario: una discutible calificación. IV. Valoración y conclusiones.

Resumen: *La Sentencia del TJUE de 18 de abril de 2024 en el asunto Air Berlin analiza los distintos problemas que originan los créditos posteriores a un concurso principal pero anteriores a un concurso secundario. Tras la introducción al caso, en el apartado II se analiza la problemática de estos créditos en la masa pasiva del concurso secundario y, en particular, un obiter dictum sobre las relaciones entre la ley del concurso y la ley del contrato de trabajo; un enfoque, en mi opinión superficial, sobre las relaciones entre la ley del concurso principal y la ley del concurso secundario; y la propuesta de una argumentación alternativa basada en el principio de efecto útil. En el apartado III se analiza la problemática que generó el pago de estos créditos (posteriores al concurso principal pero anteriores al concurso secundario) con cargo a la masa de activos de este último. En particular se aborda el punto de partida correcto de la Sentencia sobre la composición de la masa; la regla general y sus excepciones sobre traslados de activos por los administradores concursales; y la discutible calificación que hace el Tribunal sobre la impugnación de dichos traslados.*

Palabras clave: Concurso secundario, Concurso principal, Masa pasiva, Masa activa, Traslado de activos, Créditos posteriores a un concurso principal pero anteriores a un concurso secundario.

Abstract: the Judgment of the CJEU of April 18, 2024 in the Air Berlin case analyzes the different problems caused by credits subsequent to a main insolvency but prior to a secondary insolvency. After the introduction to the case, Section II analyzes the problems of these credits concerning the list of creditors of the secondary insolvency proceeding and, in particular, an obiter dictum on the relationships between the law of the insolvency proceeding and the law of the employment contract; an approach, in my opinion superficial, on the relationships between the law of the main insolvency proceeding and the law of the secondary insolvency proceeding; and the proposal of an alternative argument based on the effet utile principle. Section III analyzes the problems generated by the payment of these credits (subsequent to a main proceeding but prior to a secondary proceeding) with charge to the insolvency assets of the latter. In particular, the correct starting point of the Judgment on the composition of the insolvency estate is dealt with; the general rule and its exceptions on removal of assets by insolvency practitioners; and the questionable characterization made by the Court regarding the challenge of said removal.

Key words: Secondary insolvency proceeding, Main insolvency proceeding, List of creditors, Insolvency assets, Removal of assets, Credits subsequent to a main insolvency proceeding but prior to a secondary insolvency proceeding.

I. Introducción: *Air Berlin*, dos asuntos y cuatro cuestiones prejudiciales

1. La Sentencia *Air Berlin* da respuesta a dos asuntos remitidos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que suman cuatro cuestiones prejudiciales(1). De este dato se puede concluir, además de la complejidad de la temática, la relevancia e impacto que va a tener esta doctrina en el ámbito del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia. Hasta tal punto es así que ni siquiera resulta fácil sistematizar las cuestiones prejudiciales o los propios hechos, que se alargan por más de siete años y que se pueden resumir en cuatro hitos.

2. El primero se produce el 1 de noviembre de 2017, cuando el Tribunal de lo Civil y Penal de Charlottenburg inició un procedimiento de insolvencia contra la compañía aérea *Air Berlin*. Dicho concurso se consideró principal y compuesto por todos los bienes de la empresa y todos sus acreedores, por tener su centro de intereses principales en Alemania, como Estado desde el que la deudora administraba sus actividades económicas de forma habitual y reconocible por terceros. No había en ello ninguna discusión porque, además, coincidía con su domicilio social.

3. El segundo hito es en 2018, cuando varios trabajadores de la sucursal de la empresa en España impugnaron el despido derivado del cese de la actividad y una sentencia de la Audiencia Nacional declaró su nulidad. Esta falló la retroacción de efectos al 24 de noviembre de 2017 y una indemnización, junto con el pago de los salarios de tramitación. La readmisión como derecho de los trabajadores no resultaba posible debido al cese de actividad de la compañía. Por esta razón, presentan sus créditos en el concurso alemán y, de conformidad con la ley del foro, fueron calificados como preferentes contra la masa.

4. Al año siguiente, 2019, se produce el tercer hito destacable, cuando se acuerda la transferencia de 1.061.291,86 euros a la cuenta fiduciaria del administrador concursal, en concepto de pago a *Air Berlin* de un crédito con garantía real sobre unas fincas en Ciudad Real. La transferencia desconoce el embargo preventivo que existía sobre los bienes y derechos de *Air Berlin*, trabado precisamente para asegurar el pago de los créditos laborales antes citados. Por ello, los trabajadores plantean una acción rescisoria del acto de transferir el dinero a Alemania, cuando en España podría haberse abierto un concurso secundario.

5. El cuarto hito se produce en 2020, cuando el Juzgado Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca abre en España un concurso secundario, que solo afectaba a los bienes localizados en España y al que podían concurrir todos los acreedores. El criterio de competencia judicial era la presencia de un establecimiento en España, aspecto tampoco cuestionado, como organización estable de recursos humanos y económicos sin personalidad jurídica propia. Cuando los trabajadores presentan sus créditos en este concurso secundario, son calificados como créditos concursales con privilegio general y ordinario. A juicio del administrador concursal español, el entonces artículo 242, apartado 1, número 8º, del Texto Refundido de la Ley Concursal (actual número 11º tras la redacción dada por la Ley 16/2022), solo daba una mejor calificación -créditos contra la masa- a los créditos laborales declarados por resolución judicial posteriores a la apertura del concurso en España (2020), y no en Alemania (2017).

6. En este contexto complejo, no resulta fácil encontrar un hilo conductor en las cuestiones prejudiciales que resuelve el Tribunal de Justicia. Tal vez este hilo pueda estar en la problemática que plantean, respectivamente, la composición de las masas pasiva y activa del concurso secundario abierto en España.

II. Problemática de la masa pasiva del concurso secundario

1. La ley del concurso frente a la ley del contrato de trabajo: un *obiter dictum* aclaratorio

7. Antes de resolver las cuestiones prejudiciales, el Tribunal de Justicia aprovecha para hacer una serie de aclaraciones sobre la aplicación de la ley rectora del concurso y la ley rectora del contrato de trabajo. En efecto, tras la apertura del concurso principal en Alemania sometido al Derecho alemán, la ley aplicable a los contratos de trabajo rige los efectos de los procedimientos de insolvencia sobre dichas relaciones laborales y, en particular, si procede la suspensión, continuación o extinción del contrato. A este respecto, cabe afirmar, pese algún titubeo del TJUE(2), que el Reglamento europeo de insolvencia remite al Reglamento (CE) 593/2008, sobre ley aplicable a los contratos

(“Roma I”) y, en concreto, a su artículo 8 sobre contrato de trabajo. Y ello permite aplicar toda la jurisprudencia sobre trabajadores en el sector aéreo, cuando no existe un lugar de prestación habitual, pero sí una base desde la que se inicia habitualmente la prestación en cabina(3).

8. Deben hacerse, no obstante, varios matices. El primero tiene que ver con la competencia para pronunciarse sobre los efectos del concurso en los contratos laborales, que correspondía a los tribunales españoles, y no a los alemanes, respecto de aquellos vinculados al establecimiento radicado en España, según el apartado 2 del artículo 13 del Reglamento (UE) 2015/848. Por esta razón, la Audiencia Nacional declaró nulos los despidos, habida cuenta de que no se había abierto un concurso en España “*con la finalidad de obtener una autorización judicial del juez del concurso*”. Se trata de una afirmación un tanto inexacta, porque los tribunales españoles no necesitaban abrir un concurso. Su competencia para autorizar los despidos se justifica “*aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro*” y correspondería al juez del establecimiento sito en España, es decir, al juez del hipotético concurso.

9. Un segundo matiz a tener en cuenta es la aplicación de la ley española a la intervención de los representantes legales de los trabajadores del establecimiento radicado en España, por mucho que el Reglamento (UE) 2015/848 guarde silencio. Precisamente la falta de entrega a los representantes legales de la documentación exigida por la ley española motivó la segunda causa de nulidad del despido.

10. Más allá de estos argumentos a favor de la ley rectora del contrato de trabajo y de la ley del establecimiento contratante, el reconocimiento y la prelación de créditos se rigen por la ley del concurso, y así lo señala el Tribunal de Justicia con carácter general. Tanto el juez alemán en el concurso principal, como el español en el concurso secundario, aplicaron sus respectivas leyes al reconocimiento y prelación de créditos(4). Este planteamiento es correcto y refleja la función de la ley del foro para regir sendos concursos, el principal y el secundario, así como, en particular, la ordenación de los pagos y las distintas posiciones de la colectividad de acreedores en particular.

De esta forma, cabe descartar la aplicación de ley rectora de los distintos contratos de trabajo a esta prelación. Así lo corrobora el Tribunal de Justicia con una acertada cita al considerando 72 del Reglamento (UE) 2015/848, que deja pocas dudas(5). Además, el Tribunal de Justicia recuerda que, si hay un principio general, en el caso la aplicación de la ley del concurso, las excepciones particulares, en el caso la ley del contrato de trabajo, deben interpretarse estrictamente(6).

2. La ley del concurso principal frente a la ley del concurso secundario: un enfoque quizá superficial

11. Afirmada la aplicación de la ley del concurso a la calificación y prelación de créditos laborales, la primera cuestión prejudicial en sentido estricto se refiere a la calificación como créditos contra la masa en el concurso abierto en España. Esta calificación se otorga a los créditos posteriores a la declaración del concurso, pero la cuestión es si debían ser créditos posteriores al concurso español (2020) o al concurso principal alemán (2017).

12. El Tribunal de Justicia interpreta que debe estarse a los créditos posteriores a la declaración del concurso secundario, esto es, en 2020, al margen que exista un concurso

principal previo. Concluye, en este sentido, que la ley del concurso secundario se aplica “únicamente al tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura de ese procedimiento, y no al tratamiento de los créditos nacidos entre la apertura del procedimiento de insolvencia principal y la del procedimiento de insolvencia secundario”(7). A tal efecto, invoca distintos preceptos. Según el artículo 2, punto 8, el momento de apertura de un procedimiento es aquel a partir del cual surte efecto la resolución de apertura (8). De la misma forma, el artículo 7, apartado 2, letra g) establece que la ley del concurso, en este caso secundario, determinaría el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia(9). Se añade, además, una interpretación sistemática a partir de los artículos 3, apartado 2, y 34 del Reglamento 2015/848, basada en que los procedimientos secundarios se limitan a los bienes del deudor que se encuentren en el Estado de apertura en el momento de la declaración(10). Se argumenta, por último, que la ley del concurso secundario a la fecha de apertura es más fácilmente identificable (11).

13. A mi juicio, no se trata de una conclusión correcta; incluso alguna afirmación da a entender que la calificación de los créditos anteriores al concurso secundario no se rige por la ley de este, aunque sea con el fin de ser presentados en dicho procedimiento secundario. Y esto no es así: todo crédito, anterior o posterior al concurso secundario, será reconocido en este procedimiento conforme a la ley del foro. El Tribunal se queda en un análisis superficial y su argumentación se basa en la delimitación entre la ley del concurso principal y la ley del concurso secundario. A modo ilustrativo, véase cómo se incide en el apartado 54 en algo obvio, como que el Reglamento unifica las normas de Derecho internacional privado(12). También lo es el apartado 61, que alude a aspectos que poco tienen que ver con el problema, como que el Reglamento no armoniza las legislaciones concursales(13). Es habitual este tipo de apartados en las Sentencias del TJUE a modo de introducción de su argumentación. Lo que es menos habitual es que este tipo de declaraciones genéricas se conviertan casi en la *ratio decidendi*.

3. El olvido del efecto útil en la argumentación

14. Como se ha señalado, el razonamiento de la Sentencia no debería ser una delimitación de normas de conflicto (ley del concurso principal *versus* ley del concurso secundario), pues nadie dudaba de la aplicación de la ley española, como ley del concurso secundario. El planteamiento debía orientarse a la interpretación del Derecho material español a la luz del efecto útil la normativa europea. En efecto, lo que hace el administrador concursal español es una suerte de “efecto nacionalizador”. Como la norma de conflicto remitía a la ley española, se presume que toda alusión a una declaración concursal lo es a la de un juez español, como si fuera un supuesto puramente interno. Se obvia cualquier declaración concursal por un juez extranjero.

Frente a este “efecto nacionalizador”, el Juez de lo Mercantil proponía algo parecido a lo que se conoce como un “análisis en dos escalones”, a mi modo de ver mucho más acertado: tras aplicar la ley española pensada para una declaración concursal de juez español, se plantea la idoneidad de tomar en consideración la declaración concursal alemana, es decir, de reintroducir el elemento internacional en nuestro Derecho material. De esta forma, los créditos posteriores al concurso alemán de 2017 también serían créditos contra la masa post-concursales, aunque fueran anteriores al concurso español de 2020.

15. Para esta construcción, el Juez de lo Mercantil remitente de las cuestiones prejudiciales realiza una fundamentación impecable en la formulación de las cuestiones prejudiciales, con base en argumentos literales, sistemáticos y finalistas.

Literalmente el entonces artículo 242, apartado 1, número 8º, de la Ley concursal (actual apartado 11º en unos términos muy similares) señalaba: “son créditos contra la masa: [...] los créditos laborales (...) que se hubiesen producido con posterioridad a la *declaración de concurso* [...]” (la cursiva es mía). Repárese en que la dicción de la ley española no se refiere en ningún caso a la declaración de concurso “por juez español”. Considerar la declaración de concurso extranjera también sería “compatible” con el tenor literal y no sería *contra legem*.

Respecto de la sistemática, el Juez busca la coherencia entre los artículos 7, apartados 1 y 2, letras g) y h), y 35 del Reglamento 2015/848, en relación con el considerando 72 de dicho Reglamento. La empresa alemana ya está concursada desde el momento en el que se abre el concurso principal en Alemania y este concurso produce efectos en España. Es la esencia del principio de reconocimiento mutuo de decisiones, sin necesidad de homologación previa de la resolución extranjera y sin diferir la fecha de producción de efectos del concurso más allá que la del Estado de origen. No hay, pues, que esperar a que se abra un concurso en España; la situación jurídica del deudor no sufre ningún cambio(14).

En relación con los fines del Reglamento europeo de insolvencia, el Juez indica que estar a la fecha del concurso secundario español desprotegería a trabajadores locales, cuyos créditos fueron reconocidos antes del concurso secundario, pero después del concurso principal. Y precisamente el concurso secundario nace con una vocación de proteger los intereses locales y no perjudicarles, como recuerdan los considerandos 23 y 40 del Reglamento. Pero, además, esta interpretación favorable a la toma en consideración del concurso extranjero se justifica con base en los propios fines de la Ley Concursal. La razón de considerar créditos contra la masa a los post-concursales se justifica por el hecho de que ya se ha declarado el estado de insolvencia. Pues bien, esto ya ocurre con el concurso principal alemán, no con el concurso secundario posterior español. No conviene olvidar que en un concurso secundario no se examina el estado de insolvencia del deudor, al ser una cuestión ya resuelta, tal y como indica el artículo 34 del Reglamento (UE) 2015/848.

III. Problemática de la masa activa del concurso secundario

1. Composición de la masa activa secundaria: un punto de partida correcto

16. Junto con las cuestiones relacionadas con la masa pasiva, en la Sentencia también se tratan aspectos relacionados con el cobro de estos créditos posteriores al concurso principal pero anteriores al concurso secundario con cargo a la masa de activos de este último. En particular, se analiza cómo se conforma la masa activa de un procedimiento secundario y en qué momento se determina (15). A este respecto la respuesta es clara: debe estarse a los bienes y derechos sitos en el Estado de apertura en el momento de declararse esta.

El TJUE ratifica lo expuesto sobre la base de su doctrina previa, a todas luces de una forma correcta(16); también, con una interpretación sistemática de los distintos preceptos. Invoca, en primer lugar, el apartado 2 del artículo 21, que faculta al administrador concursal secundario a hacer valer por vía judicial o extrajudicial que un activo ha salido del Estado del concurso secundario “*tras la apertura del procedimiento*

de insolvencia” (17). No cabe duda de que los activos trasladados antes de la apertura del procedimiento no se verían afectados y no pertenecerían al concurso secundario. El Alto Tribunal cita, en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 3, que fija la norma de competencia judicial internacional para abrir el concurso territorial sobre la base de la presencia de un establecimiento en el foro y la limitación de la masa a los bienes que estén en ese territorio. Algo parecido ocurre, en tercer lugar, con el artículo 34, relativo a la apertura del procedimiento secundario, que insiste en la limitación de la masa a los bienes radicados en el Estado de apertura. Aunque en ninguno de estos dos preceptos se concrete el momento a tener en cuenta para la composición de la masa, estos solo se entienden si se refieren a los bienes situados en el Estado del foro a la fecha de apertura.

Como apunta el Tribunal, solo esta interpretación concilia los distintos objetivos del Reglamento europeo(18). Es verdad que uno de esos objetivos puede ser que el concurso secundario proteja los “intereses locales”(19) y que casos como el presente evidencian que interesaba estar a los bienes radicados en España antes incluso de la apertura del concurso secundario. Pero ese objetivo convive con otros, como el adecuado saneamiento o liquidación de una empresa de una forma ordenada y coordinada, en la que el concurso principal, en el caso el alemán, debe tener un papel predominante(20). Los distintos procedimientos no están en pie de igualdad sino jerarquizados y así debe entenderse la cooperación, coordinación y congruencia entre ellos (21), en los términos que ya había fijado el Tribunal en el asunto *Bank Handlowy y Adamiak*(22).

2. Traslado de activos previo a un concurso secundario: una regla general clara, unas excepciones oscuras

17. En el contexto expuesto, el administrador del concurso principal podía trasladar los bienes radicados en España, Estado donde existía un establecimiento, mientras no se hubiera abierto un concurso secundario. Así se deduce del artículo 21, apartado 1, del Reglamento 2015/848, que señala que el administrador podrá ejercer en otro Estado miembro todas las facultades conferidas por la ley del Estado de apertura, entre las que se encuentra el traslado de activos(23). El Tribunal corrobora lo expuesto con una alusión al artículo 36, apartado 6, relativo al compromiso unilateral que puede asumir un administrador principal referido a los bienes situados en un Estado, con el fin de cumplir la prelación de la ley de dicho Estado sin abrir un concurso secundario. En este caso se presupone que el administrador principal ha podido trasladar activos fuera del Estado donde potencialmente se abriría el concurso secundario. Podría concluirse, entonces, que quien puede lo más, puede lo menos: si pueden trasladarse activos incluso después de contraerse el compromiso unilateral, con más motivo cuando no existe ese compromiso (24).

18. Las críticas de los acreedores al traslado de activos antes de la apertura de un concurso secundario no son consistentes. Estiman que se perjudicó a los “acreedores locales”, puesto que el traslado les impide obtener el pago de sus créditos. Pero debe matizarse: los acreedores locales no van a cobrar con preferencia al resto de acreedores. La protección a la que se refiere el Reglamento es una protección meramente conflictual, es decir, se protege la expectativa de aplicación de la ley española, pero en igualdad de condiciones para todos los acreedores, locales o no, que presenten sus créditos en el concurso y tengan la misma condición y cualidad, si es que los hay. Tampoco en Alemania cabía discriminación alguna y, de ser cierto lo apuntado por los trabajadores locales de España, sería erróneo que no hubiesen cobrado en el concurso principal la

misma cuantía que el resto de acreedores de la misma condición y cualidad, si allí presentaron sus créditos.

19. La regla general favorable al traslado de activos antes de la apertura del concurso secundario admite, no obstante, excepciones. Unas tienen más importancia práctica en el caso; otras se apuntan como doctrina del Tribunal, aunque no sean relevantes en este supuesto. El matiz más importante para el caso es si ha podido haber un abuso de derecho en el traslado por parte del administrador concursal alemán(25). El Juez de lo Mercantil era perfectamente conocedor del derecho que asistía al administrador concursal alemán para trasladar los bienes del deudor fuera del territorio en el que se encuentran(26). Pero su duda era si podía ejercerlo cuando al administrador le constase que era “*probable la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario*”. Según el considerando 46 del Reglamento, el administrador principal no puede liquidar o trasladar los activos situados en el Estado del establecimiento “*de manera abusiva*” ni, en particular, con el objeto de frustrar los intereses locales “*si posteriormente se abre un procedimiento de insolvencia secundario*”.

Se trata de dos ideas difíciles de conciliar: a la literalidad del Reglamento, que da plenas facultades al administrador principal para trasladar activos antes de la apertura del concurso secundario, se une un considerando, que no deja de ser una parte de un preámbulo, que básicamente impide que el traslado se haga de una forma abusiva. El Tribunal no entra en detalle en este tema. A mi juicio no queda otra que estar a las circunstancias del caso y, en este caso, a una sobremanera: el traslado de bienes se hizo desatendiendo un embargo preventivo trabado por un tribunal español. Por una vía de derecho, el administrador concursal podría haber tratado de revocar dicho embargo, si no se ajustase a la ley concursal alemana, tal y como expresó el TJUE en el asunto *MG Probud*(27). Pero lo que no podía era desconocer el embargo por una vía puramente de hecho, algo a lo que parece invitar el Tribunal con sus conclusiones.

20. Otras excepciones al traslado de activos no concurren en el caso, pero deben ser mencionadas. De entrada, debe recordarse que estas excepciones deben interpretarse de forma estricta y proporcional, sin que pueda irse más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos de confianza legítima y seguridad de las operaciones comerciales(28).

Así las cosas, en primer lugar, podrían no admitirse traslados desde el momento en el que se ha presentado la solicitud de apertura del concurso, si se adoptan medidas cautelares para proteger los intereses de los acreedores locales que impidan al administrador principal trasladar o disponer de bienes, salvo actos u operaciones propios de su giro o tráfico (artículo 38, apartado 3). En el mismo sentido se pronuncia en el artículo 21, apartado 1, que, cuando recuerda las facultades del administrador del concurso principal conforme a la ley que rige este, exceptúa los casos en los que se haya adoptado “*medida cautelar contraria alguna como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en ese Estado*”.

En segundo lugar, las facultades del administrador principal se ven exceptuadas por los artículos 8 y 10, relativos a derechos reales y reservas de dominio, que recaigan sobre bienes en un Estado miembro distinto al del concurso principal en el momento de abrirse este. Más allá de este caso, el Tribunal no descarta su aplicación potencial a créditos laborales que generen un derecho real(29). Lo expuesto plantea un tema colateral pero ciertamente interesante: que el procedimiento de insolvencia no afecte a los “derechos reales de un acreedor o de un tercero” no es enteramente sinónimo de prohibir un traslado de los activos afectados.

En tercer lugar, debe estarse a los activos localizados en el Estado de apertura en el momento de perfeccionarse el denominado “compromiso” del administrador concursal al que ya se ha hecho alguna alusión. En efecto, el artículo 36 se refiere al compromiso unilateral que puede asumir un administrador principal referido a los bienes situados en un Estado, para garantizar la prelación de la ley de dicho Estado sin llegar a abrir un concurso secundario. Pues bien, si finalmente se iniciase un procedimiento secundario, el administrador principal debe transferir todos los bienes, o el importe líquido de los mismos si se hubiesen enajenado, que hubieran salido del territorio después de adoptar el compromiso.

3. La impugnación del traslado de activos en el concurso secundario: una discutible calificación

21. Afirmada la posibilidad “sólida” del traslado de activos y la excepción “más líquida” de evitar abusos, la última cuestión que afronta el Tribunal es precisamente cómo se impugnaría ese traslado. En particular, se trata de ver si la impugnación del traslado de bienes por el administrador alemán puede calificarse como una acción revocatoria de las reguladas en los artículos 6, apartado 1; 7, apartado 2, letra m); y 16. El Tribunal concluye que es posible el ejercicio de una acción revocatoria contra los actos del administrador principal, sobre la base de la literalidad del apartado 2 del artículo 21, cuando, en referencia a un concurso secundario, señala que “*el administrador podrá también ejercitar cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores*”. La referencia a “*cualquier acción*” parece despejar cualquier duda y lleva al Tribunal a concluir que el “*círculo de personas contra las que puede ejercitarse tal acción no está limitado en modo alguno*” (30). Por tanto, una acción revocatoria puede ejercitarse contra el administrador concursal principal si se considera que la acción redundaría en interés de los acreedores del procedimiento secundario y que ha podido existir un abuso(31).

22. Lamentablemente, el Tribunal no entra en las consecuencias de su conclusión favorable al ejercicio de acciones revocatorias. No se analiza qué tribunales serían competentes para conocer de esta acción. Tal vez la regla general sobre acciones revocatorias haría competentes a los tribunales del Estado del concurso secundario, por ser acciones que supondrían un incremento de su masa activa. Incluso cabría plantearse si el Tribunal extendería su doctrina previa en el asunto *Nortel*(32). En él se señaló que había una competencia alternativa de los jueces del Estado del concurso principal y de los jueces del Estado del concurso secundario para dirimir qué bienes pertenecían al concurso principal o al territorial(33).

El Tribunal tampoco entra en detalles sobre la ley aplicable, más allá de una cita genérica de preceptos. Cabría presuponer que el Tribunal sometería la acción revocatoria a la ley del concurso secundario, en aplicación del artículo 7, apartado 2, letra m)(34). También que el Tribunal permitiría aplicar el artículo 16, cuando se refiere a no aplicar la ley del concurso “*cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores*” pruebe que dicho acto está sujeto al Derecho de otro Estado miembro. En el caso concreto, dicha ley rectora del acto no debe permitir por ningún medio que se impugne dicho acto. No queda claro cuál podría ser esa ley rectora del acto respecto de un traslado de activos en la argumentación del Tribunal. Quizá podría considerarse la ley del concurso principal.

El Tribunal tampoco se detiene en exceso en la legitimación activa para ejercitar la acción, aspecto que preocupaba al órgano remitente de la cuestión prejudicial.

Acaso quepa entender que, además del administrador del concurso secundario, podrán ejercitar la acción quienes disponga la ley del concurso secundario, en el caso, los acreedores presuntamente perjudicados por el traslado(35).

23. Si hasta aquí se ha explicado y desarrollado la conclusión del Tribunal, cabe ahora plantear una argumentación alternativa que, de fondo, implicaría una enmienda a la totalidad. En efecto mi discrepancia está en la calificación del traslado, ya que este es un acto de administración procesal, no un acto en fraude de acreedores. Ciertamente se trata de un acto procesal relacionado con la “*apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia*” (art. 7, apartado 2, *ab initio*; también artículo 32, apartado 1) y relacionado con las facultades del administrador concursal [art. 7, apartado 2, letra c)].

Así pues, la impugnación del traslado de activos debe someterse al régimen de los actos de administración del concurso y no al régimen de impugnación de actos perjudiciales para la masa, concebido en el marco de las acciones paulianas y por fraude de acreedores. Y esto se justifica tanto en atención a quién realiza el acto (un administrador concursal), como a qué acto realiza (un traslado de activos). Ciertamente, un administrador concursal no puede ser tratado como un tercero, como un testaferrero, al que se le transfieren activos para despatrimonializar el concurso. De hecho, el esquema habitual de estas acciones revocatorias es un administrador concursal demandante y un tercero beneficiado por el acto perjudicial demandado; mientras que el esquema de la acción interpuesta en este caso responde a un administrador concursal demandado por acreedores. Por si esto fuera poco, no puede perderse de vista cierta contradicción en la Sentencia. Si en ella se ha señalado claramente que procede el traslado de activos en aplicación de las normas materiales del Reglamento europeo, una ley nacional no debería establecer los motivos de impugnación de dicho acto. Debería estarse a un concepto autónomo e interpretación uniforme de un eventual abuso en el ejercicio de una facultad atribuida por el ordenamiento de la UE.

24. Esta consideración se justifica también en relación con el concepto de traslado. Las acciones revocatorias reguladas por el Reglamento talmente parecen referidas a actos perjudiciales anteriores a la apertura del concurso(36). El artículo 16 solo se entiende en clave de protección de las expectativas de terceros en cuanto al Derecho rector de un acto; y no hay necesidad de proteger ninguna expectativa de terceros cuando ya se ha abierto el concurso principal antes de realizarse el acto perjudicial, de forma que el tercero puede conocer perfectamente la interferencia de la ley rectora del concurso. En consecuencia, las acciones de impugnación no se deben referir a actos anteriores a la apertura del concurso secundario (2020), sino a los anteriores a la apertura del concurso principal (2017), que es el que provoca un cambio en el tráfico jurídico de las operaciones en todos los Estados miembros desde el momento de su declaración(37).

25. Con este planteamiento alternativo que entiende el traslado como un acto de administración concursal, la solución cambiaría totalmente en cuanto a la competencia judicial internacional y la ley aplicable para su impugnación. Respecto de la impugnación de traslados por el administrador principal anteriores al concurso secundario, los tribunales competentes serían los del Estado del concurso principal en aplicación de la ley de dicho Estado, como ley rectora del concurso principal, en todo lo no dispuesto por las normas materiales del Reglamento 2015/848. Los tribunales del Estado del concurso secundario únicamente serían competentes en aplicación de su propia ley respecto de traslados posteriores a la apertura del concurso secundario.

IV. Valoración y conclusiones

1ª.-Pese a la complejidad de los hechos, la acumulación de asuntos y la yuxtaposición de cuestiones prejudiciales, en el asunto *Air Berlin* subyace una problemática sobre la composición de las masas pasiva y activa del concurso secundario.

2ª.-Respecto de la masa pasiva, es bienvenido un *obiter dictum* aclaratorio de que el juez del concurso en aplicación de su propia ley reconocerá y calificará los créditos, así como su prelación, sin perjuicio de que el juez del establecimiento al que se adscribían los trabajadores tenga competencia para establecer los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo, en aplicación de la ley que rige estos contratos. A ello se une que el papel de los representantes de los trabajadores en el marco del concurso se rige por la ley del establecimiento en el marco del cual dichos representantes ejercen sus funciones.

3ª.-Respecto de los créditos posteriores a un concurso principal pero anteriores a un concurso secundario, la Sentencia no debería plantear una delimitación de normas de conflicto, en particular, entre la ley del concurso principal y la ley del concurso secundario. De la literalidad y sistemática del Reglamento (UE) 2015/848 no hay duda de la aplicación de la ley del concurso secundario al reconocimiento y calificación de estos créditos en dicho procedimiento.

4ª.-El planteamiento debería haberse referido al efecto útil del reconocimiento mutuo europeo, que exige que la ley del concurso secundario considere que los créditos posteriores a un procedimiento principal pero anteriores al secundario son ya post-concursales a todos los efectos.

5ª.-Con relación a la masa activa contra la cual se querían satisfacer los créditos litigiosos, es pacífico el planteamiento del Tribunal sobre que al concurso secundario se adscriben los activos localizados en el Estado de apertura en el momento de producirse esta.

6ª.-También es pacífico el derecho del administrador del concurso principal a trasladar los activos presentes en el Estado del establecimiento del deudor antes de la apertura del concurso secundario. Más matices admiten las excepciones a este principio general, en lo que tiene que ver con la evitación de traslados abusivos, traslados que afecten a activos con cargas reales, traslados contrarios a medidas cautelares, o traslados vinculados a compromisos unilaterales del administrador principal.

7ª.-Igualmente es dudosa la interpretación del TJUE de que el traslado de activos por el administrador concursal principal puede someterse al régimen de impugnación de actos prejudiciales para la masa, en lugar de al régimen de impugnación de actos procesales relacionados con la administración del concurso.

V. Bibliografía

CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo sobre procedimientos de insolvencia”, en *Litigación internacional en la Unión Europea (IV): Derecho concursal internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2021, pp. 55-504

CARBALLO PIÑEIRO, L.: *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela (*De conflicto legum: Estudios de Derecho internacional privado*), 2005

FERNÁNDEZ AVELLO, N., “Personal de vuelo de las compañías aéreas, ¿trabajadores desplazados?”, *AEDIPr*, nº 19-20, 2019-2020, pp. 391-411

HENRY, L. C. y otros, “Article 21. Pouvoirs du praticien e l’insolvabilité”, en L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), *Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d’insolvabilité*, París, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 1166-176

VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003

(1) Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 18 de abril de 2024, *Luis Carlos y otros c. Air Berlin Luftverkehrs KG, Sucursal en España y Air Berlin PLC & Co. Luftverkehrs KG*, C-765/22 y C-772/22, EU:C:2024:331.

(2) Sentencia de 8 junio 2017, *Vinyls Italia*, C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433.

(3) *Vid.*, al respecto, N. FERNÁNDEZ AVELLO, “Personal de vuelo de las compañías aéreas, ¿trabajadores desplazados?”, *AEDIPr*, nº 19-20, 2019-2020, pp. 391-411.

(4) Artículo 7, apartados 1 y 2, letras g) y h), en relación con el artículo 35 del Reglamento 2015/848.

(5) Salvo la aplicación de la ley rectora del contrato de trabajo a los efectos en este del concurso, “*cualquier otra cuestión relativa a la ley de insolvencia, como la posible protección de los créditos de los trabajadores en virtud de derechos preferentes o el orden de prelación entre estos, debe determinarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia (principal o secundario)*”.

(6) Apartados 55 y 56 con cita de jurisprudencia en ámbitos distintos al Derecho concursal.

(7) *Vid.* el apartado 62 y el fallo de la Sentencia.

(8) Apartados 50 a 52.

(9) Apartado 53.

(10) Apartado 59 y la jurisprudencia que cita: Sentencia de 11 de junio de 2015, *Comité d’entreprise de Nortel Networks y otros*, C-649/13, EU:C:2015:384, y Sentencia de 14 de noviembre de 2018, *Wiemer & Trachte*, C-296/17, EU:C:2018:902.

(11) Apartado 60.

(12) “*Se desprende que el artículo 7, apartado 1, del Reglamento 2015/848 es una norma de conflicto de leyes, calificación por lo demás confirmada por el considerando 66 de este Reglamento, que indica que las normas de conflicto uniformes previstas por este sustituyen a las normas nacionales de Derecho internacional privado*”.

(13) “*Es conforme con el objetivo de dicho Reglamento, que no es establecer un procedimiento de insolvencia uniforme, sino, como se desprende de su considerando 3, garantizar que los procedimientos de insolvencia transfronterizos se desarrollen de forma eficaz. A ese efecto, como ya ha tenido ocasión de declarar el Tribunal de Justicia, establece normas de competencia y de reconocimiento y normas sobre el Derecho aplicable en ese ámbito*”.

(14) Cuestión distinta habría sido que el concurso abierto en Alemania fuera un procedimiento territorial independiente, o sea, sin apertura de un concurso principal, en cuyo caso tal concurso no produciría un estado de insolvencia en España.

(15) Apartado 38.

(16) Apartado 64 que remite a la jurisprudencia citada en el apartado 59. En la doctrina, A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento (UE) 2015/848 de 20 de mayo sobre procedimientos de insolvencia”, en *Litigación internacional en la Unión Europea (IV): Derecho concursal internacional*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2021, pp. 55-504, esp. pp. 240-241.

(17) *Cf.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003, p. 194; L.C. HENRY y otros, “Article 21. Pouvoirs du praticien e l’insolvabilité”, en L. SAUTONIE-LAGUIONIE (dir.), *Règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d’insolvabilité*, París, Société de Législation Comparée, 2015, pp. 1166-176, p. 170.

-
- (18) Apartados 69 a 71.
- (19) Considerando 40.
- (20) Considerando 48.
- (21) Considerando 23.
- (22) Sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Bank Handlowy y Adamiak*, C-116/11, EU:C:2012:739.
- (23) Apartado 73.
- (24) Apartados 79 y 80.
- (25) Apartados 39 y 40.
- (26) Artículo 21, apartado 1, del Reglamento 2015/848
- (27) Sentencia de 21 de enero de 2010, C-444/07, EU:C:2010:24, en ella se señaló que las autoridades de un Estado miembro donde no se ha iniciado ningún procedimiento secundario “*no están facultadas para ordenar, en aplicación de la legislación de ese otro Estado miembro, medidas de ejecución que afecten a los bienes del deudor declarado insolvente situados en el territorio del otro Estado miembro referido, cuando la legislación del Estado de apertura no lo permite*”. Precisamente “las medidas de ejecución” a las que se refirió el Tribunal eran embargos preventivos.
- (28) Apartado 74 y referencia a los considerandos 67 y 68 de dicho Reglamento. En la doctrina del TJUE, Sentencia de 16 de abril de 2015, *Lutz*, C-557/13, EU:C:2015:227, apartado 34; Sentencia de 22 de abril de 2021, *Oeltrans Befrachtungsgesellschaft*, C-73/20, EU:C:2021:315, apartado 24.
- (29) Apartado 75.
- (30) Apartado 83.
- (31) Apartados 78, 84 y 85, en referencia a los considerandos 40 y 46 y a la Sentencia de 4 de septiembre de 2014, *Burgo Group*, C-327/13, EU:C:2014:2158, apartado 36.
- (32) Antes citado.
- (33) En este sentido, los tribunales de los dos Estados presentaban una conexión razonable: los del concurso secundario porque se generaba un aumento de su masa activa; los del concurso principal, porque disminuía la suya.
- (34) *Vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, Universidad de Santiago de Compostela (*De conflicto legum: Estudios de Derecho internacional privado*), 2005, pp. 197-200.
- (35) En efecto, el órgano remitente considera que, si un administrador concursal secundario pudiera iniciar una acción revocatoria contra un acto del administrador principal, ello le permitiría determinar si los acreedores locales también pueden hacerlo, de conformidad con el régimen de legitimación activa subsidiaria previsto en el Texto Refundido de la Ley Concursal.
- (36) *Vid.* el Informe de M. Virgós Soriano y E. Schmit al Convenio sobre procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995, apartado 138 (versión disponible en https://aei.pitt.edu/952/1/insolvency_report_schmidt_1988.pdf).
- (37) Nótese, además, que los actos posteriores a la apertura del concurso no están regulados en el artículo 16, sino en el artículo 17, referido a un “*acto celebrado después de la apertura de un procedimiento de insolvencia*”, que tiene por objeto la disposición de bienes inmuebles, buques, aeronaves o valores negociables.