

**LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN EN EL
REGLAMENTO EUROPEO DE INSOLVENCIA:
PRECISIONES SOBRE LEY APLICABLE**

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO *

Publicado en:

La Ley Unión Europea,

Número 50, 31 de julio de 2017, pp. 1-8

ISSN 2255-551X

* Catedrático de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
E- 28040 MADRID
pdmigue@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional EPrints Complutense
<http://eprints.ucm.es>

Las acciones de reintegración en el Reglamento europeo de insolvencia: precisiones sobre ley aplicable *

Pedro Alberto De Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: Como excepción al criterio general basado en la aplicación de la *lex fori concursus* a los procedimientos concursales transfronterizos, el Reglamento europeo de insolvencia deja al margen del alcance de la ley del Estado de apertura del procedimiento la posibilidad de impugnar un acto perjudicial para los acreedores cuando quien se ha beneficiado del acto prueba que se trata de un acto regido por la Ley de un Estado miembro distinto al de apertura y que además en ese caso concreto la Ley que rige ese acto no permite en ningún caso su impugnación. El presente artículo se centra en la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, con especial referencia a la delimitación entre la *lex fori concursus* y la ley aplicable al acto perjudicial, así como las peculiares cuestiones que surgen cuando el acto perjudicial es un contrato interno sometido a un ordenamiento extranjero.

PALABRAS CLAVE: insolvencia, ley aplicable, acciones de reintegración, contrato interno, impugnación.

ABSTRACT: The special provision on detrimental acts remains one of the most controversial provisions of the European Insolvency Regulation. It establishes an exception to the general application of the *lex fori concursus* to the insolvency proceedings and its effects, since the general rule does not apply where the person who benefited from an act detrimental to all the creditors provides proof that the act is subject to the law of a Member State other than that of the State of the opening of proceedings and that the law of that Member State does not allow any means of challenging that act in the relevant case. This contribution discusses the most recent case-law of the CJEU in this field. The contribution focuses on the scope of the *lex fori concursus vis a vis* the law governing the detrimental act. Moreover, the peculiar issues posed by those situations where the detrimental act to be challenged is a domestic contract subject by the parties to the law of other Member State are also discussed.

KEYWORDS: insolvency proceedings, applicable law, detrimental acts, domestic contract, challenge

I. Marco normativo y estado de la jurisprudencia

En el sistema del Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido)¹ el criterio general en materia de ley aplicable es que el procedimiento de insolvencia en su conjunto y sus efectos quedan regidos por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se abra el procedimiento, lo que conduce típicamente a la aplicación de la ley del foro (*lex fori concursus*) tanto a los aspectos procesales como a las cuestiones materiales. En coherencia con el criterio general, la ley aplicable

* Esta contribución se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER 2015-64063-P (MINECO-FEDER).

¹ DO L 141 de 5.6.2015, p. 19.

en relación con las normas sobre la “nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores” es la del Estado de apertura del concurso o *lex fori concursus*, como resulta expresamente de lo dispuesto en el art. 7.2.m) del Reglamento 1215/848-. Este criterio general se proyecta incluso sobre la excepción prevista en el artículo 8 acerca de los derechos reales de los acreedores o de terceros sobre bienes del deudor que se encuentren en otro Estado miembro, pues dicha excepción no impide el ejercicio de las acciones contempladas en el art. 7.2.m), como expresamente aclara el apartado 4 del artículo 8.

Ahora bien, como excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*, el artículo 16 del Reglamento (UE) 2015/848 deja al margen del alcance de la ley del Estado de apertura, la eventual impugnación de un acto perjudicial para los acreedores cuando quien se ha beneficiado del acto prueba que se trata de un acto regido por la Ley de un Estado miembro distinto al de apertura y que además en ese caso concreto la Ley que rige ese acto no permite en ningún caso su impugnación. De este modo, el artículo 16 establece una excepción en relación con la ley aplicable a la reintegración de los actos perjudiciales, al prever que en determinadas situaciones prevalezca la ley que rige el acto -contrato- sobre la ley del Estado miembro de apertura del concurso. Se trata de normas cuyo contenido no se ha visto modificado por el Reglamento (UE) 2015/848, que sustituye a partir del 26 de junio de 2017 al Reglamento (CE) 1346/2000, de modo que la jurisprudencia relativa a la interpretación de esas normas en este Reglamento resulta clave también en la interpretación del nuevo Reglamento.

En la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia, la sentencia *Lutz*² había precisado ya como debe llevarse a cabo la delimitación entre la ley que rige el acto supuestamente perjudicial y la aplicable al concurso a los efectos del anterior artículo 13, en términos que resultan también aplicables con respecto al artículo 16 del Reglamento 2015/848. En síntesis, el Tribunal concluyó que es la ley que rige el acto perjudicial en cuestión (y no la ley del Estado de apertura del concurso) la que resulta aplicable para determinar a esos efectos tanto los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad a los que está sujeto el acto impugnado, como los requisitos de forma para el ejercicio de una acción revocatoria frente a tal acto. Se trata de un criterio que favorece la interpretación uniforme y autónoma de la norma, que no varía en función de la calificación como procesal o material de esos plazos en las respectivas legislaciones nacionales. Aunque el Tribunal puso de relieve que el Reglamento Roma I no es aplicable a las acciones revocatorias comprendidas ahora en los artículos 7 y 16 del Reglamento 2015/848, la solución alcanzada por el Tribunal en relación con los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad es coherente con la que deriva en el régimen de los contratos del artículo 12.1.d) Reglamento Roma I, según el cual el ámbito de la ley aplicable al contrato incluye la prescripción y la caducidad basadas en la expiración

² STJUE de 16 de abril de 2015, C-557/13, *Lutz*, ECLI:EU:C:2015:227.

de un plazo (criterio coincidente con el que adopta el apartado h del artículo 15 del Reglamento Roma II en materia de obligaciones extracontractuales).

También en la interpretación del artículo 13 del Reglamento 1346/2000, precedente del actual artículo 16, se había ya consolidado el criterio de que la norma incluye los mecanismos de impugnación no derivados del Derecho concursal. La sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2015 en el asunto *Nike European Operations Netherlands*³ confirmó que es preciso que el acto no sea impugnabile no sólo según las disposiciones de la *lex causae* aplicables en materia de insolvencia sino teniendo en cuenta además todas las disposiciones y principios generales de ese ordenamiento. Además, esta sentencia puso de relieve que para oponerse con éxito a la impugnación del acto perjudicial en virtud de lo que en el Reglamento 2015/848 es el artículo 16, el demandado en la acción de anulación que invoque la *lex causae* debe alegar que no concurren las circunstancias que permiten la anulación según esa ley y aportar prueba de ello.

II. Cuestiones abordadas en la STJUE *Vinyls*, de 8 de junio de 2017

En su sentencia de 8 de junio de 2017 en el asunto C-54/16, *Vinyls*,⁴ el Tribunal de Justicia se pronuncia nuevamente acerca el artículo 13 del Reglamento 1346/2000 (art. 16 del Reglamento 2015/848). La nueva sentencia resulta de interés, por una parte, en la medida en que incluye precisiones adicionales con respecto a la jurisprudencia previa del Tribunal en lo que respecta a la delimitación entre aspectos procesales (regidos por la ley del concurso) y aspectos sustantivos (regidos por la ley del contrato) en el marco del artículo 16 del Reglamento 2015/848, al tiempo que aborda cuál debe ser el objeto de la prueba por quien invoca ese artículo para no quedar sometido a las normas de la ley del concurso sobre nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales.

Por otra parte, la sentencia se pronuncia acerca de la posibilidad de invocar el citado artículo 16 para sostener con base en la ley elegida por las partes para regir su contrato (Derecho inglés) la imposibilidad de revocar en un procedimiento de insolvencia ciertos pagos susceptibles de revocación según la ley del concurso (italiana). Cabe reseñar que el litigio principal tenía por objeto una acción revocatoria en el marco de un procedimiento de insolvencia ante los tribunales italianos en relación con ciertos pagos realizados en virtud de un contrato de fletamento celebrado entre la concursada y la beneficiaria de los pagos, que se consideran perjudiciales para los intereses del conjunto de los acreedores. La parte que se ha beneficiado de los pagos invoca el

³ STJUE de 15 de octubre de 2015, C-310/14 - *Nike European Operations Netherlands*, ECLI:EU:C:2015:690.

⁴ ECLI:EU:C:2017:433.

artículo 13 del Reglamento 1346/2000 (art. 16 del nuevo texto), con base en que los actos perjudiciales no son susceptibles de impugnación conforme al Derecho inglés, elegido por las partes como aplicable al contrato de fletamento controvertido. De este modo, pretende que a partir de lo previsto en el artículo 16 prevalezca lo dispuesto en la ley inglesa, como ley rectora del contrato al que va referida la impugnación, sobre la aplicación de la ley italiana como ley rectora del concurso y determinante en principio del tratamiento de los actos perjudiciales en virtud de lo dispuesto en el mencionado artículo 7.2.m) del Reglamento 2015/848.

Pese a que las partes en el litigio principal habían elegido una ley extranjera para regir el contrato del que derivan los pagos perjudiciales, dicho contrato, según parece, era un contrato interno, en el sentido de que las partes (el deudor concursado y el acreedor que se había beneficiado de los pagos) eran italianas y además todos los elementos de la situación estaban situados en Italia (se trataba de un contrato de fletamento entre partes italianas para el transporte por buques que enarbolaban pabellón italiano –según parece para transporte entre puertos italianos- pero redactado en inglés y sometido a ley inglesa, junto con una cláusula de arbitraje; además, no se aprecia que dicho contrato presentara conexiones con otro u otros contratos que tuvieran vínculos internacionales. En tales circunstancias, la sentencia aborda la eventual interacción entre el artículo 3.3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (art. 3.3 del Reglamento Roma I), relativo a la elección de ley extranjera en contrato internos, y el mencionado artículo 13 del Reglamento de insolvencia.

III. Delimitación entre la *lex concursus* y la ley aplicable al acto perjudicial

Con respecto a la delimitación en el marco de esa norma entre aspectos procesales –a los que sí sería aplicable la ley del concurso como *lex fori*- y aspectos sustantivos –respecto de los que la excepción del actual artículo 16 lleva a aplicar la ley a la que está sujeto el acto (típicamente la ley del contrato al que va referida la acción de reintegración)-, la principal aportación de la sentencia *Vinyls* es precisar que la ley aplicable a la forma y el plazo para proponer una excepción basada en el artículo 13 –e incluso a la posibilidad de que ese artículo se aplique de oficio- es la ley del concurso (en consecuencia, en el litigio principal la ley italiana y no la ley inglesa). Se trata de un planteamiento coherente con el carácter de cuestiones procesales de la forma y el plazo para proponer una excepción en el marco de un proceso. Como destaca el propio tribunal esa posición sobre el alcance de la ley del foro en tanto que ley aplicable al proceso no afecta a que la carga de la prueba y el plazo de prescripción sí quedan en principio sometidos a la ley del contrato al ser cuestiones sustantivas, como ya había puesto de relieve el Tribunal de Justicia en el asunto *Lutz*. Además, el Tribunal aclara que la aplicación de la ley del concurso debe respetar los principios de equivalencia que

excluye un trato menos favorable que en las situaciones internas y de efectividad, de modo que no puede dificultar en exceso la aplicación del artículo 16.

Por otra parte, el Tribunal confirma que la aplicación del artículo 16 del Reglamento de insolvencia no exige que la parte que lo invoca pruebe que la ley aplicable al acto objeto de impugnación (contrato) no prevé con carácter general y abstracto ningún medio de recurso contra un acto considerado perjudicial. Para su aplicación basta que esa parte pruebe que en el caso concreto no se dan las circunstancias para que el tipo de acto de que se trate sea impugnabile de acuerdo con el Derecho del Estado miembro al que está sujeto ese acto.

IV. Particularidades cuando el acto perjudicial es un contrato interno sometido a un ordenamiento extranjero

La particularidad más significativa del asunto *Vinyls* deriva de que en el contrato de fletamento del que resultan los pagos perjudiciales, y por lo tanto objeto de la acción de reintegración, las partes eligieron como aplicable el derecho inglés, pese a que todos los demás elementos de la situación –en los términos del art. 3.3 del Convenio de Roma y del Reglamento Roma I- estaban vinculados solo con Italia. El órgano remitente no plantea ninguna duda acerca del carácter “interno” del contrato, de modo que no era objeto de las cuestiones prejudiciales cómo delimitar si una situación es meramente interna a los efectos del artículo 3.3 RRI. Como es sabido, cuando resulta de aplicación el artículo 3.3 del Convenio de Roma o del Reglamento Roma I, la elección por las partes de una ley distinta “no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país (el único con el que el contrato presenta conexiones) que no puedan excluirse mediante acuerdo”. Como puso de relieve el Abogado General en sus Conclusiones en el asunto *Vinyls*⁵, cabe entender que en esas situaciones la elección de la ley aplicable opera tan sólo como una remisión a sus normas materiales (apdo. 155 de las conclusiones) dentro del marco imperativo de la ley del país en el que el contrato se integra plenamente (por ejemplo, exigiendo el respeto a los límites que derivan del art. 1.255 de nuestro Código civil cuando el país en cuestión es España).

En todo caso, habida cuenta de los términos de las cuestiones planteadas, la sentencia no aborda lo relativo a la determinación de qué situaciones en las que las partes en el contrato se hallan domiciliadas en el mismo Estado y designan como aplicable la ley de otro cabe entender, a los efectos, del artículo 3.3 del Reglamento Roma I que “todos los demás elementos pertinentes de la situación est(á)n localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige”. Parece que

⁵ ECLI:EU:C:2017:164.

en el asunto *Vinyls* el órgano remitente consideró que se daba esa circunstancia por lo que no planteó ninguna cuestión al respecto. En todo caso, a modo de ejemplo, cabe reseñar que el artículo 3.3 no parece resultar de aplicación –por no ser contratos meramente internos- en situaciones en las que obligaciones derivadas del contrato entre partes establecidas en un mismo Estado han de ser cumplidas en otro Estado (así cabe derivarlo, por ejemplo, del artículo 12.2 del Reglamento Roma I) o supuestos en los que el contrato entre partes domiciliadas en un mismo país presente una conexión estrecha con otro u otros contratos que lleve a apreciar, por ejemplo, que un contrato en principio interno resulta accesorio o conexo respecto de una situación internacional (como cabe derivar de los considerandos 20 y 21 del propio Reglamento). En la práctica de los Estados miembros, resulta muy significativa la más reciente de los tribunales ingleses, en particular, en el asunto *Banco Santander Totta SA - and - Companhia Carris de Ferro de Lisboa SA & Ors.*⁶

Con respecto a la interpretación del artículo 3.3 del Reglamento Roma I, el limitado interés de la sentencia *Vinyls* está además condicionado porque el Tribunal concluye que con respecto al contrato controvertido, por motivos temporales, resultaba de aplicación el Convenio de Roma (y no el Reglamento Roma I) pero el órgano remitente no era competente para plantear una cuestión prejudicial sobre su interpretación, de modo que propiamente el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre el Convenio de Roma ni sobre el Reglamento Roma I salvo en la medida en que este Reglamento resulte relevante para “precisar el ámbito de aplicación del artículo 13 del Reglamento 1346/2000” (apdo. 43 de la sentencia). De hecho, el principal interés a este respecto de la sentencia es que aborda en detalle en qué medida dicho artículo 13 –es decir, el art. 16 del Reglamento 2015/848- puede ser válidamente invocado en situaciones como las que son objeto del artículo 3.3 del Reglamento Roma I (“cuando las partes de un contrato, que tienen sus domicilios en un único Estado miembro, en cuyo territorio se localizan también todos los demás elementos pertinentes de la situación de que se trata, han designado como ley aplicable a ese contrato la ley de otro Estado miembro”, apdo. 44).

El Tribunal constata lo habitual que resulta en el comercio internacional la elección de la ley aplicable y la trascendencia de esta práctica para favorecer la previsibilidad y la seguridad jurídica, incluso cuando se trata de partes establecidas en un Estado miembro y eligen la de otro (apdos. 44 y 45). El Tribunal avala esa práctica como mecanismo habitual para garantizar la confianza legítima de las partes en la aplicabilidad de una legislación determinada. Lo que parece controvertido de la posición adoptada por el Tribunal de Justicia es su criterio de que el carácter de *lex specialis* de

⁶ [2016] EWCA Civ 1267, disponible en www.bailii.org.

los artículos 4 y 13 del Reglamento de insolvencia (arts. 7 y 16 del texto refundido de 2015) con respecto al Reglamento Roma I, determina que “el artículo 3, apartado 3, del Reglamento Roma I no regula la cuestión de si, cuando todos los demás elementos de una situación, a excepción de la elección por las partes de la ley aplicable, se localizan en un Estado miembro distinto de aquel cuya ley se ha elegido, la elección de las partes debe tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del artículo 13 del Reglamento n.º 1346/2000. Así pues, esa cuestión debe examinarse únicamente respecto de las disposiciones del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia y habida cuenta, en particular, de los objetivos perseguidos por este Reglamento” (apdo. 49 de la sentencia).

Cabe cuestionar que el carácter de *lex specialis* de las normas sobre ley aplicable del Reglamento de insolvencia afecte a cómo debe determinarse cuál es el Derecho a que está sujeto el acto impugnado (en los términos del art. 16 del Reglamento de insolvencia) pues la determinación de la ley aplicable al acto en cuestión no es objeto de regulación por el Reglamento de insolvencia, sin perjuicio de que éste sí regule cuál es la ley aplicable a la posibilidad de revocación del acto perjudicial para los acreedores del concursado. No queda claro cuál es el fundamento de la aplicación de la ley elegida por las partes, pues cabe entender que sería el artículo 3.1 del Reglamento Roma I (así parece resultar del apdo. 45 de la sentencia), pero resulta cuestionable que a los efectos del artículo 16 del Reglamento de insolvencia se aplique el artículo 3.1 del Reglamento Roma I pero no su artículo 3.3, cuando tratándose de situaciones meramente internas en realidad cabe entender que este último sería el aplicable pues tales situaciones son objeto específicamente de ese apartado.

El criterio adoptado por el Tribunal parece favorecer la efectividad en el ámbito del concurso de la elección en contratos internos sólo vinculados con un Estado miembro de la Ley de otro Estado miembro, pues facilita la aplicación de ésta incluso en contratos a los que sería aplicable el artículo 3.3 del Reglamento Roma. En todo caso, la consecuencia de ese criterio es que el límite en estas situaciones a los efectos del artículo 16 del Reglamento de insolvencia no sería el que deriva del artículo 3.3 del Reglamento Roma I sino que, al ser una cuestión concursal, la aplicación del artículo 16 del Reglamento de Insolvencia –y de la ley elegida por las partes para regir el acto perjudicial- sólo será excluida si la elección de esa ley hubiera tenido lugar de modo fraudulento o abusivo. En relación con esta cuestión son relevantes los apartados 52 a 54 de la sentencia que detallan como para apreciar el carácter fraudulento de la elección es necesario que concurren un elemento objetivo (circunstancias objetivas de las que resulte la vulneración del fin perseguido por la normativa de la Unión) y otro subjetivo (la intención de obtener una ventaja indebida). En relación con el artículo 16 del Reglamento de insolvencia que tal sería el caso cuando la elección de otro Estado

miembro como aplicable al acto perjudicial haya tenido lugar no con el fin de someter el contrato a esa legislación “sino de prevalerse del Derecho de ese Estado miembro para sustraer el contrato, o los actos producidos en ejecución del mismo, a la aplicación de la *lex fori concursus*”, (apdo. 54).

Además cabe destacar que en el apartado 55 el Tribunal de Justicia afirma: “... procede recordar que... el mero hecho de que las partes usen la posibilidad de elegir, en una situación como la controvertida en el litigio principal, la ley de un Estado miembro distinto de aquel en el que están establecidas no crea presunción alguna acerca de la voluntad de eludir de modo fraudulento o abusivo las disposiciones previstas en materia de insolvencia.”

De cara al futuro será preciso tener en cuenta que en la medida en que al consumarse el Brexit el Reino Unido deje de ser un Estado miembro de la Unión, en situaciones como las del litigio principal en el asunto *Vinyls* la elección de la ley inglesa no permitirá invocar el artículo 16 del Reglamento de insolvencia en ese escenario. En principio es previsible que habrá que estar entonces a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley concursal, que tiene una norma semejante a la del citado artículo 16. En principio, la norma de la Ley concursal será de aplicación en situaciones en las que la ley a la que esté sujeto el acto frente al que va dirigido la acción de reintegración ejercitada ante los tribunales españoles sea la de un Estado no miembro de la Unión Europea.