

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO EUROPEO

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: 12/E4

Settore Scientifico disciplinare: IUS/14

INSOLVENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN LOS
PROCEDIMIENTOS CONCURSALES TRANSFRONTERIZOS

Presentata da: JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA

Coordinatore Dottorato

Prof.ssa Lucia Serena Rossi

Relatore

Prof.ssa Alessandra Zanobetti

Correlatore

Prof. Guillermo José Velasco Fabra

Esame finale anno 2016

INSOLVENZA NELL'UNIONE EUROPEA

**IL PRINCIPIO DI UNIVERSALITÀ NELLE
PROCEDURE CONCORSUALI TRANSFRONTALIERE**

Presentata da: JOSÉ DAVID ORTEGA RUEDA

Relatore: Prof.ssa Alessandra Zanobetti

Correlatore: Prof. Guillermo José Velasco Fabra

Con cariño para mis padres

«Mi querido Bassanio: mis barcos se han perdido todos; mis acreedores se muestran crueles; mi fortuna está en lo más bajo; mi pagaré suscrito con Shylock no ha sido satisfecho en su plazo y, como no pagándolo es imposible que yo viva, todas vuestras deudas conmigo quedarán saldadas con sólo que os vea antes de morir. Sin embargo, obrad como os sea más agradable y que mi carta no os obligue a venir, si vuestra amistad no llega a induciros a ello».

**William Shakespeare, *El mercader de Venecia*
Acto III, Escena 2**

AGRADECIMIENTOS

El momento más grato de cuando se concluye una labor importante es, sin lugar a dudas, poder ofrecer el reconocimiento que se merecen a todos aquellos que, de un modo u otro, han participado en ella y la han hecho posible.

Mi primer pensamiento se dirige hacia mis padres, Concepción Rueda Fernández y Eduardo Ortega Prieto, quienes con su cariño incondicional y esfuerzo constante me han regalado un futuro de esperanza. Soy consciente que sin los valores espirituales, humanos e intelectuales que día tras día han sabido inculcarme jamás hubiese podido llegar a ser quien soy ni, por supuesto, habría sido capaz de afrontar el siempre difícil reto de elaborar una tesis doctoral. Por todo ello sé que una buena parte de esta obra también les pertenece. Asimismo recuerdo al resto de mi familia, aunque muy especialmente debo referirme a los que han estado más cerca en el transcurso de esta investigación. Éstos son mis abuelos, José Rueda González e Hipólita Fernández Ampuero, mi tía y madrina, María Dolores Rueda Fernández, y mi primo, Roberto Ortega Zloczewer. Todos ellos, de distinta forma, me han estado apoyando en este camino y me han dado la fuerza necesaria para seguir adelante.

En este punto, a medio camino entre la amistad y el afecto que se siente hacia un hermano, no puedo dejar de tener presente a mi maestro, el profesor Guillermo José Velasco Fabra. Él ha sido quien ha dirigido mi formación académica y profesional durante la etapa que ha abarcado la realización del doctorado, una función que en todo momento ha desempeñado con una dedicación absoluta y un trato más que exquisito. Sus sabios consejos siempre me han conducido a buen puerto y, lo más importante como docente, ha logrado transmitirme su pasión por el Derecho mercantil y concursal. Gracias a sus orientaciones he descubierto la línea de investigación por la que he acabado decantándome para la realización de la presente tesis doctoral, lo que ha sido un auténtico acierto en todos los sentidos.

Igualmente debo agradecer la amable atención dispensada por el profesorado del departamento de Derecho de la Unión Europea de la Universidad de Bolonia hacia mi persona. De todos ellos se merecen una mención especial mi *relatrice*, la profesora Alessandra Zanobetti, quien paciente e inteligentemente ha tutelado la elaboración de

esta investigación desde la perspectiva del Derecho internacional privado durante mis dos años de estancia en Italia, y la profesora Lucia Serena Rossi, directora del *Centro Internazionale Ricerche sul Diritto Europeo* y del programa de doctorado en esta disciplina, quien en el transcurso de los seminarios formativos nos ha ido contagiando su entusiasmo por el proyecto europeo.

Mi gratitud también se extiende a Su Eminencia Reverendísima don Marcelo González Martín, que en paz descanse, quien fue Cardenal Arzobispo de Toledo cuando yo era niño. En aquellos lejanos años de mi infancia, él fue quien me habló por vez primera del Real Colegio de España en Bolonia y, visto en perspectiva, debo afirmar que sus elogiosas palabras hacia esta gloriosa institución han orientado mi vida estudiantil. Ahora me viene a la mente lo que tantas veces me dijo: «Sólo si te esfuerzas y sacas muy buenas notas, cuando acabes la universidad podrás ir a estudiar a Bolonia». Tras su muerte, fue su fiel secretario, el Ilustrísimo Señor don Santiago Calvo Valencia, quien mantuvo vivo este sueño que finalmente culmina. A los dos debo darles las gracias de todo corazón por indicarme cuál era el mejor camino a seguir.

También quiero expresar mi más profundo agradecimiento al Excelentísimo Señor Duque del Infantado y a los miembros de la Junta de Patronato del Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia que, por medio de la beca que me otorgaron, me hayan concedido la oportunidad de pertenecer a la *proles aegidiana*. Formar parte de la secular historia de esta insigne institución es el mayor timbre de honor que jamás he recibido.

En el tiempo que he pasado en esta Casa he sido plenamente feliz. Este sentimiento se lo debo, en primer lugar y antes de nada, al Excelentísimo Señor don José Guillermo García-Valdecasas y Andrada-Vanderwilde, Magnífico Rector del Real Colegio de España y uno de los hombres más extraordinarios que se me ha dado a conocer. Su extraordinaria erudición, inquebrantable entusiasmo y desinteresada entrega ha sido una fuente de motivación constante, aunque todo ello empequeñece cuando se compara con el legado más importante que ha sabido transmitir a sus colegas: el amor hacia nuestro señor Don Gil y su inmortal obra, cuyo ejemplo permanecerá por siempre en nuestras almas.

Asimismo, no puedo olvidar al personal del Colegio. Día tras día y noche tras noche, sus esfuerzos y desvelos han hecho de esta estancia una auténtica delicia, evidenciándose en todo momento su inmenso cariño hacia los *dottori*.

Los doctores, mis compañeros y amigos colegiales o, mejor dicho, mis hermanos. Ellos también han sido mi familia en Bolonia y, aunque la distancia física pueda separarnos, nunca dejarán de estar presentes en mi oración y memoria.

Por último he de rendir homenaje a quien con su extrema generosidad ha hecho posible la realización de este doctorado: Don Gil Álvarez de Albornoz y Luna, Arzobispo de Toledo, Cardenal de la Iglesia Católica y uno de los grandes prohombres de España y de Occidente. Descanse en la gloria del Padre y que interceda por nosotros, sus hijos, para que en nosotros su obra fructifique y florezcan las artes de la paz.

Madrid-Bolonia, años 2014 a 2016

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	IX
ÍNDICE.....	XIII
INTRODUZIONE.....	1
CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL	
Introducción.....	8
1.- El instituto de la responsabilidad patrimonial universal y la seguridad jurídica en el tráfico económico.....	9
1.1.- <i>La obligación jurídica: sucinta referencia a un antecedente necesario</i>	9
1.2.- <i>Concepto y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial universal</i> ...	12
1.3.- <i>Diferenciación de figuras afines</i>	18
1.4.- <i>Función y régimen jurídico</i>	20
2.- El patrimonio: la piedra angular de la responsabilidad.....	25
2.1.- <i>Concepto y fundamento ontológico</i>	25
2.2.- <i>Naturaleza jurídica y finalidad teleológica</i>	30
2.3.- <i>Tipologías de patrimonios</i>	36
2.4.- <i>Características</i>	39
2.5.- <i>Composición del patrimonio</i>	43
3.- El proceso como método para la protección del crédito.....	51
3.1.- <i>La necesidad del Derecho adjetivo y estructura del proceso en general</i>	51
3.2.- <i>Responsabilidad patrimonial y proceso</i>	57
3.3.- <i>Las medidas conservativas sobre el patrimonio: elementos comunes de las acciones subrogatoria y pauliana</i>	61
3.4.- <i>Especificidades de la acción subrogatoria</i>	65
3.5.- <i>Especificidades de la acción pauliana</i>	68
Conclusioni del capitolo I.....	72

CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INSOLVENCIA

Introducción.....	76
1.- Economía e insolvencia: una interrelación entre realidad y Derecho.....	77
1.1.- <i>Concepto de insolvencia</i>	77
1.2.- <i>El procedimiento de insolvencia como exigencia del sistema jurídico-económico. Breve referencia a sus orígenes históricos y a su evolución en líneas generales</i>	87
1.3.- <i>Sistemas de Derecho de insolvencia</i>	95
2.- El procedimiento de insolvencia.....	108
2.1.- <i>Jurisdicción e insolvencia: contextualizando los procedimientos concursales</i>	108
2.2.- <i>Principios del procedimiento de insolvencia</i>	113
2.3.- <i>Funciones del procedimiento de insolvencia</i>	121
2.4.- <i>Las consecuencias de la insolvencia en el deudor: breve comentario de su evolución histórica y expresión de su connatural relación con el orden público</i>	123
2.5.- <i>Estructura procesal</i>	129
3.- El principio de universalidad concursal.....	140
3.1.- <i>Concepto</i>	140
3.2.- <i>La universalidad en la responsabilidad patrimonial</i>	141
3.3.- <i>La universalidad en el Derecho de la insolvencia</i>	143
3.4.- <i>La vis attractiva concursus</i>	145
Conclusioni del capitolo II.....	147

CAPITULO III: LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Introducción.....	152
1.- La insolvencia transfronteriza: cuestiones preliminares de su problemática.....	153
1.1.- <i>El problema de la regulación de la insolvencia transfronteriza: una difícil conjugación entre la vis attractiva concursus y la vis expansiva del comercio</i>	153
1.2.- <i>Concepto de insolvencia transfronteriza y principios doctrinales planteados por el Derecho internacional privado</i>	157
1.3.- <i>Valoración de los modelos</i>	162

2.- Modelos de regulación armónica de la insolvencia transfronteriza.....	165
2.1.- <i>Un primer antecedente: tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, de ámbito geográfico</i>	165
2.2.- <i>Ley modelo de UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza</i>	170
3.- Unión Europea, mercado único e insolvencia.....	178
3.1.- <i>Antecedentes y contexto normativo</i>	178
3.2.- <i>Marco jurídico-económico: el equilibrio entre libertad y seguridad</i>	188
3.3.- <i>El problema de la insolvencia en la Unión Europea</i>	198
4.- Antecedentes regulatorios.....	202
4.1.- <i>Primeros intentos: los convenios multilaterales europeos de insolvencia</i>	202
4.2.- <i>La insolvencia transfronteriza europea en el siglo XXI: un cambio de paradigma en la autoridad competente y en el instrumento normativo</i>	209
4.3.- <i>Actual panorama regulatorio: la reforma del Reglamento 1346/2000 y el sistema europeo de insolvencia</i>	214
Conclusioni del capitolo III.....	221

CAPÍTULO IV: EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Introducción.....	226
1.- Marco normativo: la universalidad mitigada.....	227
2.- Ámbito de aplicación.....	232
2.1.- <i>Ámbito de aplicación espacial</i>	232
2.2.- <i>Ámbito de aplicación temporal</i>	233
2.3.- <i>Ámbito de aplicación material</i>	235
2.4.- <i>Relación del Reglamento 2015/848 con otros instrumentos internacionales reguladores de la insolvencia</i>	240
3.- Competencia judicial internacional.....	241
3.1.- <i>Régimen de competencia del procedimiento principal</i>	241
3.2.- <i>Régimen de competencia de los procedimientos territoriales</i>	247
3.3.- <i>Cuestiones comunes</i>	252
4.- Ley aplicable.....	258
4.1.- <i>Regla general: lex fori concursus</i>	258

4.2.- <i>Excepciones a la lex fori concursus</i>	261
5.- Régimen concursal internacional.....	268
5.1.- <i>Reconocimiento y ejecutividad</i>	268
5.2.- <i>Información a los acreedores y sistema de publicidad concursal europeo</i>	275
5.3.- <i>Presentación de créditos</i>	279
5.4.- <i>Consideraciones generales sobre la universalidad en el régimen concursal transfronterizo</i>	282
6.- Interrelación entre procedimientos de insolvencia.....	285
6.1.- <i>Procedimientos secundarios de insolvencia</i>	285
6.2.- <i>Procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades</i>	290
Conclusioni del capitolo IV.....	298
CONCLUSIONI	303
BIBLIOGRAFÍA	309

INTRODUZIONE

Carissimo Bassanio, le mie navi son tutte andate a male, i creditori si fan più crudeli di giorno in giorno; m'è rimasto poco di tutti i miei averi, ed è scaduta la mia obbligazione con Shylock; e poiché, se gli pago la penale, è da escluder ch'io possa sopravvivere, ogni tuo debito verso di me è cancellato. Ho solo un desiderio: di rivederti prima di morire. Comunque fa' come ti detta dentro: se il tuo affetto ti dovesse dire di non venire, non sia questa lettera ad esortarti a farlo.

William Shakespeare, *Il mercante di Venezia*

Atto III, scena 2

Quando ci lasciamo sedurre dalla letteratura, ci sono alcuni autori ed alcune opere che, inevitabilmente, esercitano su di noi una particolare attrazione. La ragione di ciò, probabilmente, risiede in quello che è il tratto caratteristico di questa forma d'arte: essa, in quanto opera umana, attinge in sostanza alle stesse sorgenti che nutrono il nostro spirito, e la sua influenza si proietta sulle nostre azioni. D'altra parte, fra lettore e trama ha luogo una sorta di riconoscimento, e da tale riconoscimento nasce una risonanza, frutto della sovrapposizione del corso di un argomento fantastico con quello della nostra storia personale. A maggior ragione, dunque, poiché siamo stati irrimediabilmente sedotti dai sentieri del diritto commerciale - nello specifico, nella sezione relativa al diritto d' insolvenza - e dal diritto internazionale privato, c'è un'opera il cui eco risuona tra di noi in modo molto speciale, e dalla quale abbiamo tratto una citazione significativa per condurre il presente studio: *Il Mercante di Venezia*, di William Shakespeare.

Il contenuto dell'opera è ampiamente conosciuto. Antonio, ricco commerciante della città dei canali e uno dei suoi più nobili cittadini, chiede un prestito all'usuraio Shylock per aiutare il suo amico Bassanio ad ottenere l'amore di una bellissima giovane, offrendo come cauzione niente di meno che un chilo della sua stessa carne, che potrà essere tagliata da una parte del corpo a scelta del famigerato creditore. La pericolosa garanzia non preoccupa il buon Antonio, in quanto lui, nonostante tutto il suo patrimonio stia solcando i mari a bordo delle sue numerose navi, spera di percepire delle entrate molto superiori al debito contratto con largo anticipo rispetto alla data di

scadenza. A questo punto entra in gioco quella componente di casualità, o fato, che tante volte ha determinato il destino degli uomini e che conferisce un senso tragico alla singolare cauzione: dal momento che tutte le sue navi sono affondate e lui è vincolato al contenuto del malizioso contratto, Antonio deve soddisfare la follia di Shylock con un chilo della sua carne, che sarà il suo stesso cuore. La lettera citata in precedenza, infatti, è proprio quella che Antonio manda all'amico Bassanio, per dargli il suo addio e chiedergli di vederlo prima che si proceda all'esecuzione della fatale clausola penale.

Il motivo per cui abbiamo scelto questo passo come figura emblematica della nostra indagine è che in esso sono contenuti due elementi fondamentali su cui è sviluppato questo studio; si tratta, inoltre, di un'ambientazione affatto banale, in un panorama tanto iconico e suggestivo come la città-Stato di Venezia nei suoi giorni di massima gloria come impero commerciale.

Innanzitutto, è superfluo sottolineare che nel testo viene apertamente menzionato il problema dell'insolvenza come rischio in cui si incorre sempre quando si intraprende qualsiasi tipo di progetto commerciale o vitale. Ovviamente, si tratta di una circostanza onnipresente nella storia umana, tanto che troviamo, nel diritto mercantile italiano un esempio emblematico di come fornire una risposta giuridica a tale eventualità economica: l'istituzione del fallimento o bancarotta. Già in quella regolamentazione arcaica, troviamo una prima formulazione della *vis attractiva concursus*, in virtù della quale si voleva considerare e trattare tutte le possibili condizioni economiche del debitore per raggiungere l'accordo più corretto nei confronti dei suoi creditori. Tale *modus operandi* consisteva essenzialmente, nella presa di possesso del patrimonio del debitore, e nella nomina di rappresentanti che lo amministrassero e lo alienassero affinché, finalmente, l'attivo rimanente fosse diviso proporzionalmente fra i creditori. Inoltre, esisteva anche una presunzione di malafede da parte del commerciante, che comportava l'arresto o l'obbligo di sottoporsi a pene personali rigorose e infamanti. Non sarebbe poi così irragionevole azzardare che questa realtà giuridica sottostante, che probabilmente Shakespeare conosceva bene, essendo a contatto con marinai e commercianti della Londra cosmopolita del XVI secolo, sia la base di fondo sulla quale il geniale scrittore ha ideato la sua opera. In effetti, è proprio questa l'origine dei miti e delle grandi storie: una circostanza reale che, deformata attraverso una dislocazione geografica o temporale, viene arricchita nelle sue lacune dal genio dell'immaginazione, dalla magia del sogno e dalla forza del simbolo.

Il secondo elemento che riscontriamo nel racconto menzionato in precedenza si presenta in un modo non meno esplicito, sotto forma di quelle stesse navi che, nonostante le loro numerose limitazioni tecnologiche, hanno sfidato le insidie dell'oceano per trasportare la loro preziosa mercanzia da un luogo all'altro. Questo dimostra il carattere transnazionale che spesso assume l'attività commerciale. Tanto che, potremmo affermare che una delle sue caratteristiche per eccellenza consiste nella *vis expansiva commertius*, che si può definire come una sorta di aspirazione infinita a ricoprire un mercato sempre più ampio, che arrivi ad internazionalizzare le proprie operazioni commerciali. L'antica Repubblica di Venezia incarna perfettamente questa dinamica, orientando tutte le sue forze politiche, sociali e militari esattamente verso l'obiettivo rappresentato dalla conservazione e l'espansione del commercio internazionale. Nel suo porto si concentrava gran parte del traffico marittimo del Mediterraneo, poiché era un punto di connessione fra l'Europa occidentale, l'Impero Bizantino, il nord Africa e l'Oriente. Si tratta, senza dubbio, di ciò che diventerà l'aspirazione dell'Occidente durante i secoli successivi, in cui le grandi potenze si sono confrontate nelle loro abilità di saper erigere e mantenere una rete di scambi commerciali; questo ha costituito la base della nascita di imperi coloniali in scala sempre più globalizzata.

Nell'arco di tempo che ci separa da questo ritratto mitizzato di Venezia, la summenzionata *vis expansiva* commerciale non è cambiata. Di fatto, essa non cessa di essere un desiderio proprio della natura umana e, di conseguenza, sopravvive al passaggio delle generazioni e tende a proiettarsi attraverso i continenti. Per cui ora, non possiamo non considerare che in questi secoli si sono sviluppate due tendenze in un certo senso contraddittorie: ad una intensificazione del traffico commerciale transfrontaliero - i cui scambi, ovviamente, sono stati arricchiti da una maggiore multilateralità nel momento in cui è stato superato il modello coloniale che assoggettava numerosi territori al controllo di una metropoli - si è accompagnato un crescente rafforzamento della figura dello Stato nazionale. Senza entrare in un'analisi dettagliata dell'evoluzione di tale istituzione politica, possiamo dire che, sin dai primi albori dell'Età moderna, come antepresa del modello di organizzazione feudale, le sue strutture hanno impregnato tutti gli aspetti dell'ordine sociale, e hanno tentato di modellarne la forma. Contemporaneamente, la sovranità tende a chiudersi in sé stessa nello spazio fisico in cui ha un riscontro immediato, opponendosi in numerose occasioni alla linea di azione di ogni Stato che esercita un controllo analogo nel suo ambito. Per

tali ragioni, su scala planetaria, che è la dimensione che interessa il commercio internazionale per il raggiungimento dei suoi obiettivi, si andava creando un crogiolo di poteri opposti più simili a quelli dell'epoca medievale, e questo può creare difficoltà nello svolgimento delle attività commerciali.

Concentrandoci nell'ambito del diritto dell'insolvenza, osserviamo come si plasmano queste due tendenze inverse, e questo costituisce al tempo stesso una grande sfida a livello giuridico. È inconfutabile che il procedimento di insolvenza contemporaneo sia impregnato anche di una importantissima componente di carattere pubblico, la quale è rappresentata dall'intervento del potere giudiziario come incarnazione dell'onnipotenza dello Stato nel quadro territoriale in cui esercita la sua autorità. Naturalmente, se facessimo affidamento alle imponenti strutture giurisdizionali statali, aumenterebbero le possibilità di gestire con successo le controversie che sorgono nella sfera privata. Questo concetto si proietta in modo ancora più deciso nell'ambito dell'insolvenza, e quindi nell'attuazione vera e propria in materia della *vis attractiva concursus*: non a caso, è molto più ragionevole concentrare in un unico procedimento tutti i diritti e le responsabilità di una persona quando questi ultimi sono sotto una stessa sfera di potere. Nonostante ciò, le difficoltà insorgono quando l'insolvenza trascende dal controllo esclusivo ed escludente di una singola giurisdizione come succede con il commercio internazionale, e la situazione deve adattarsi a una realtà transnazionale in cui devono coordinarsi le autorità di diverse nazioni. Portare all'estremo il principio di sovranità nazionale, in quest'ottica, è assurdo, tenuto conto che i poteri statali non possono denigrare la realtà plurinazionale nella quale si sviluppano le attività economiche, se pretendono di proteggere i propri interessi.

Al contrario, è assolutamente necessario riconoscere questa situazione reale e sviluppare una cooperazione effettiva tra gli Stati, e tutto ciò si potrebbe infine tradurre nella limitazione di quei poteri sovranazionali o nella cessione di alcuni poteri di competenza statale a un organismo sovranazionale che possa agire in modo più conveniente per la difesa dei diritti soggettivi.

Inoltre, la logica ci porta a pensare che, quanto maggiore sia il grado di permeabilità economica transfrontaliera, tanto più intenso e profondo debba essere quel livello di cooperazione giuridica internazionale. Questo è il caso dell'Unione Europea, caratterizzata dal suo *mercato interno*: uno spazio geografico plurinazionale nel quale si

garantisce la libera circolazione di persone, di beni, di servizi e di capitali. Da ciò, si deduce che il commercio tra gli Stati membri dell'Unione non si limiterà a scambi concreti e tempestivi, ma l'attività commerciale di qualsiasi operatore economico potrà essere *ipso facto* rivestita di una efficacia transfrontaliera. Inoltre, questa prospettiva economica è accompagnata da un aspetto giuridico altrettanto importante: il diritto europeo, che nasce dall'attribuzione delle competenze degli Stati membri agli organi dell'Unione perché essi adottino le misure opportune per uno spazio territoriale caratterizzato dalla libertà, dalla sicurezza e dalla giustizia. Ovviamente, la realtà dell'insolvenza non è estranea all'ordinamento europeo, e dunque, nel momento in cui la procedura concorsuale è rilevante in più di uno Stato membro, sarà altrettanto importante per il sistema di mercato nel suo insieme prevedere un sistema di regolamentazione armonizzata.

Nella presente analisi studieremo come si coniugano la *vis attractiva concursus* e la *vis expansiva commertius* nello spazio economico-giuridico dell'Unione Europea, il quale si caratterizza per la grande intensità con cui sono effettuati gli interscambi economici transnazionali che si realizzano sul suo territorio. A tale proposito, struttureremo la nostra analisi in due grandi sezioni che cercheranno di riflettere l'intera casistica di questo problema.

In un primo momento, concentrandoci sull'aspetto della *vis attractiva concursus*, indagheremo quali sono le origini dell'assioma del diritto dell'insolvenza sulle quali si fonda questo interesse processuale: il principio universale nell'ambito delle procedure concorsuali. Per questa ragione, nel primo capitolo tratteremo i fondamenti del diritto civile, dove faremo riferimento all'istituto della responsabilità patrimoniale universale, per poi, successivamente, descrivere nel secondo capitolo le linee guida su cui si fonda il diritto concorsuale. In questo modo preciseremo il ruolo che occupa l'idea dell'universalità in entrambi i rami dell'ordinamento giuridico; un compito che si rivela semplice quando scopriamo che, in ultima analisi, essi condividono un obiettivo comune: stabilire un canale giudiziario adeguato per ottenere la protezione del credito in due contesti economici differenti, ovvero nello scenario di equilibrio finanziario-patrimoniale e in caso di insolvenza.

Successivamente esamineremo le difficoltà che, a causa dell'internazionalità delle attività economiche, si presentano nel diritto concorsuale. Dedicheremo il terzo capitolo

all'introduzione di questa problematica e ad analizzare le caratteristiche generali dei diversi strumenti con i quali si è cercato di raggiungere un'armonizzazione della regolamentazione, esaminando, in un primo momento, quanto statuito a livello globale e astratto, per poi, in secondo luogo, focalizzarsi sulla disciplina dell'Unione Europea e sulle sue specifiche sfide. Tutto questo ci condurrà finalmente, nel quarto capitolo, all'analisi della regolamentazione concorsuale europea che è attualmente in vigore nell'Unione e la cui base è contenuta nel *Regolamento (UE) 2015/848, del Parlamento europeo e del Consiglio europeo del 20 maggio del 2015 relativo alle procedure di insolvenza*. Studieremo in modo approfondito questo testo normativo dell'Unione Europea, verificando se il principio di universalità concorsuale rientra tra i suoi precetti.

CAPÍTULO I:
FUNDAMENTOS DE DERECHO CIVIL

Introducción

Es siempre difícil comenzar la redacción del desarrollo expositivo de toda investigación académica. Tras largos meses de búsqueda, análisis y revisión de toda clase de información en el amplísimo universo que engloba a la insolvencia transfronteriza, son muchas las ideas que en este momento se agolpan en nuestra memoria e inician su particular pugna para ocupar este lugar privilegiado en el texto. Sin duda, la elección del argumento que principia la tesis no carece de trascendencia, pues optar por una u otra forma de aproximación a la realidad acaba condicionando la perspectiva desde la que acabaremos observándola, el modo en que realizaremos el ulterior despliegue de nuestro hilo discursivo y, en última instancia, el conocimiento mismo que podremos extraer a propósito del objeto de estudio escogido.

Cuando nuestra materia a tratar contempla en qué manera se plasma el principio de universalidad en los procedimientos de insolvencia transfronterizos en el seno de la Unión Europea, parece lógico que debamos empezar por definir este fundamento axiológico tan básico como transversal, el cual inspira y modula el ser ontológico y procedimental del concurso en su más amplio conjunto. Ahora bien, nuestra honestidad investigadora nos urge a retrotraernos al menos un paso más y adentrarnos en los umbrales del Derecho civil, pues somos conscientes de la existencia de un antecedente que, aunque matizado para adaptarse a sus necesidades específicas, le sirve al Derecho concursal como piedra angular para cimentar su estructura teórica más esencial: la responsabilidad patrimonial universal.

Tal y como justificaremos a lo largo del presente ensayo, resulta imperiosamente necesario comprender de un modo adecuado y completo este principio básico de naturaleza civil. Por ello, junto a la definición sustancial de dicha institución, también deberemos elaborar una descripción pertinente del concepto de patrimonio que se ajuste a la problemática a la que pretendemos ofrecer una solución y, además, no podremos omitir una pequeña referencia a la forma en que se despliega su protección por medio del Derecho procesal. Sólo en la medida que sigamos estos pasos podremos exorcizar el miedo al error y avanzar con paso firme en nuestra exposición subsiguiente.

1.- El instituto de la responsabilidad patrimonial universal y la seguridad jurídica en el tráfico económico

1.1.- La obligación jurídica: sucinta referencia a un antecedente necesario

Partamos de la premisa de que toda construcción jurídica nace con la pretensión de ofrecer respuestas a dificultades de carácter fáctico. En el terreno del Derecho privado, estas contrariedades se manifiestan en un ámbito de naturaleza intersubjetiva, donde entran en pugna los intereses enfrentados de los sujetos que operan en el tráfico económico. Allí se plasma la connatural tensión que existe en la naturaleza humana entre el ser individual y su necesario correlato social; un conflicto en que el Derecho cumple una función aglutinadora o de argamasa, al pretender lograr una correcta ordenación de la conducta conforme a una serie de objetivos teleológicos que son tenidos por positivos para lograr la subsistencia del mercado¹. Una de sus finalidades principales consiste en asegurar el necesario sentimiento de confianza que deben albergar los participantes de los intercambios civiles y mercantiles para permitir que los mismos lleguen a concretarse: esto es lo que denominamos seguridad jurídica. De lo contrario, la incertidumbre de las partes contratantes conllevaría su inacción y desembocaría en la desarticulación del tejido económico, con lo que desaparecería un poderoso instrumento económico con el que se ofrece un inestimable servicio a la prosperidad general e individual y, en definitiva, al bien común.

Desde un punto de vista material, podemos afirmar que el fundamento último de la formidable maraña de intercambios económicos que erigen el instituto del comercio humano consiste, ni más ni menos, en un complejo engranaje de obligaciones que en su mecanismo es capaz de abarcar a la sociedad entera². De este modo se pueden articular

¹ Ideas que son compartidas por el profesor HERNÁNDEZ GIL, quien considera que, mientras que en un sentido amplio «el Derecho versa sobre la conducta; [...] en el Derecho civil cuenta precisamente el aspecto intersubjetivo: de unos respecto de otros» [HERNÁNDEZ GIL, A. (1960). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Rivadeneyra, p. 7].

² En la misma etimología del término obligación se nos remite precisamente a esa idea de interrelación económica del sujeto con su entorno social, que evocaría a la imagen de una rueda dentada que encaja con otros componentes de una maquinaria para permitir su correcto funcionamiento. No en balde, el vocablo latino *obligatio* consiste en la substantivación del verbo *obligare*, el cual a su vez se forma de la partícula *ob* (alrededor) y *ligare* (ligar o atar) [LACRUZ, BERDEJO, J.L. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1. Madrid: Dykinson, p. 10]. En otras palabras, desde la perspectiva de la persona singular y

y ordenar sus energías para lograr fines superiores a los que permiten las fuerzas del mero individuo aislado y, en definitiva, permitir el progreso colectivo³. Si tuviésemos que ofrecer una definición atemporal del concepto de obligación, bien podríamos acudir a la caracterización que nos ofrecen las *Institutiones* de Justiniano: «la obligación es un vínculo jurídico, en virtud de la cual se puede constreñir a alguien al cumplimiento de una prestación, según dispone nuestro Derecho civil»⁴. A pesar de los siglos transcurridos, no cabe duda de que la famosa locución latina todavía conserva toda su vigencia y en el conjunto de sus proposiciones se contiene la estructura completa de esta construcción jurídica fundamental. Así, cuando el clásico latino hace referencia al *vínculo jurídico*, implícitamente alude a la naturaleza interrelacional del Derecho privado que antes mencionábamos y que constituye el elemento subjetivo de la obligación. Sin al menos dos personas, que ocupan las posiciones jurídicas de acreedor y deudor, no tendría sentido hablar de vínculo y, de ninguna manera, podría llegar existir la relación obligatoria. Por otra parte, la prestación a cuyo cumplimiento se requiere integrará el componente objetivo de la obligación, cuya relevancia para el Derecho reside en su valor económico⁵. Dicha prestación debe ser entendida entonces

concreta, la *obligatio* sería el ligamen que le permite interactuar económicamente con su «alrededor» más o menos inmediato, lo cual no alude a otra cosa que a la sociedad en la que se integra.

³ Esta idea sería complementada por FERRINI en la siguiente reflexión: «el hombre (y eso en mayor medida en tanto que la vida se complica) no puede actuar sin la cooperación de sus iguales: ese es el interés que tenemos a la hora de asegurar la protección jurídica de los actos de terceros, teniendo en ese caso a alguien obligado a actuar en favor de otro» [FERRINI, C. (1908). *Manuale di Pandette* (3ª ed.). Milán: Società editrice libraria, p. 119]. Para ello existe la *relación jurídica* que, en consideración de DíEZ-PICAZO y en la misma línea del anterior autor, posee una indudable naturaleza orgánica, pudiéndose identificar «como un pedazo o un corte de vida social, que aparece perfectamente organizado dentro del ordenamiento jurídico por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social, que está llamado a realizar» [DÍEZ-PICAZO, L. (1964). «El contenido de la relación obligatoria». *Anuario de Derecho Civil*, T. 17, fasc. II, abril-junio 1964, p. 350].

⁴ «*Obligatio est iuris vinculum quo, necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*»; en ORTOLAN, M. (1884). *Explicación histórica de las Institutiones de Justiniano*, T. II. Madrid: Librería de Don Leocadio López, p. 142.

⁵ El texto original dice en este punto «*alicuius solvendae rei*», cuyo sentido literal vendría a ser el de entregar alguna cosa. Ahora bien, traducirlo por *prestación* no resulta desacertado. Según comenta ORTOLAN, «El objeto de la obligación termina siempre en definitiva en una cosa que se trata de suministrar [...], tomando la palabra cosa en su más amplia acepción jurídica, es decir, por todo lo que puede proporcionar utilidad o ventaja al hombre» [*ibíd.*, p. 143]. Esta importancia económica de la que

como un comportamiento, cuya realización recae en manos de deudor, en aras de lograr la satisfacción económica del deudor⁶. Finalmente, todo ello es salvaguardado por el ordenamiento jurídico que, con los medios coactivos que se encuentran a su alcance y que emanan de la institución de naturaleza política a la que denominamos soberanía, ofrece al vínculo obligatorio su eficacia positiva e impide que sus previsiones normativas se conviertan en una mera entelequia⁷.

La obligación despliega dos efectos jurídicos distintos según el sujeto de la relación al que se refieran: la deuda para el deudor y el crédito para el acreedor, debiéndose

debe revestirse la prestación se pone perfectamente de manifiesto, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, en el que el artículo 1174 de su Código Civil consagra que «la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no sea patrimonial, del acreedor» [*Codice Civile Italiano*, art. 1174].

Ahora bien, en el plano del Derecho comparado notamos que ésta no tiene porqué ser una cuestión pacífica. Así lo evidencia el caso de Portugal, que en el artículo 398.2 de su Código Civil se decanta por la opción contraria cuando dice que «la prestación no necesita tener un valor pecuniario, aunque sí debe correspondérselo un interés del acreedor que sea digno de protección legal» [*Código Civil português*, art. 398.2]. Entendemos que la reflexión más oportuna que nos puede ayudar a arrojar un poco de luz sobre este aspecto la realiza DíEZ-PICAZO al entender que, sin un alcance económico, más que ante una prestación nos hallaríamos ante una figura jurídica diferente de la que no surgiría una auténtica obligación –como sería el supuesto de la amistad–. Citando sus palabras literales, «la obligación es, ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial» [DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2 (6ª ed.). Madrid: Civitas, p. 110 y s.].

⁶ En el mismo sentido Vid. DíEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1 (5ª ed.). Madrid: Civitas, p. 200.

⁷ «*Civitatis iura*», el Derecho civil o más exactamente el *Derecho de la ciudad*, ligándose su concepto a la entidad política dotada de poder para obligar al cumplimiento de la ley y que en nuestros tiempos se vería representada por la figura del Estado –para la mejor comprensión de esta institución propia y característica del Derecho romano en los aspectos que ahora nos interesan, Vid. ORTOLAN, M. (1884). *Op. cit.*, T. II, p. 144 y ss–. Esta significación encuentra su claro equivalente moderno en los pensamientos de SICCHIERO, quien considera que «sin una tutela coactiva por parte del Estado, la pretensión del individuo no llegaría a obtener la condición de derecho, sino que permanecería confinada en el ámbito de la mera expectativa» [SICCHIERO, G. (2011). *La responsabilità patrimoniale*. Libro contenido en SACCO, R. (dir.). *Trattato di Diritto Civile, le obbligazioni* (vol. 2). Turín: UTET, p. 2].

concebir ambos comportamientos como una previsión de futuro encaminada a su propia y connatural extinción al momento de su consumación⁸. Citando a GALGANO, la deuda se definiría como «la obligación del deudor de cumplir una determinada prestación dotada de un valor económico, sea una prestación de dar, de hacer o de no hacer»⁹, mientras que «el crédito es, correlativamente, el derecho del acreedor a exigir esa prestación concreta»¹⁰. Huelga decir que con el cumplimiento de la obligación se extingue la relación obligatoria, la cual culmina con la liberación en lo que se refiere a la situación deudor y la consiguiente obtención del derecho que le corresponde al acreedor¹¹.

No obstante, junto a esa concreta prestación que el deudor debiere llevar a cabo, la construcción jurídica de la obligación trae aparejado un componente adicional y subsidiario, encaminado a resolver aquellos casos en los que no suceda una consumación espontánea del débito: la *responsabilidad patrimonial*. Este es el punto central que nos interesa describir en el presente epígrafe, pues es precisamente en el instrumento de la responsabilidad donde se acaba encarnando esa dimensión protectora de la que el ordenamiento jurídico debe revestir al tráfico económico para permitir su necesaria efectividad.

1.2.- *Concepto y naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial universal*

Sin duda, el más sencillo análisis etimológico del término responsabilidad ya nos revela una parte de la esencia que se esconde tras este concepto. Al desgranar el vocablo nos percatamos que se compone por dos sufijos unidos a una raíz: el afijo *-bilis*, que referido a una persona es indicativo de una idea de posibilidad o de tener capacidad para llevar algo a cabo, que inmediatamente se complementa por el también morfema

⁸ En términos similares se pronuncia MONTES, quien entiende la relación jurídica como «un vínculo esencialmente perecedero» [MONTES, A.C. (1986). «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor». Anuario de Derecho civil, T. 39, fasc. II, abril-junio 1986, p. 537], cuando y en la medida que «la obligación nace orientada hacia su extinción normal o natural mediante el juego de conductas personales que suponen la materialización del programa de cooperación previsto a la hora de su constitución» [*loc. cit.*].

⁹ GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 3 (2ª ed.). Padua: CEDAM, p. 327.

¹⁰ *Loc. Cit.*

¹¹ *Loc. Cit.*

derivativo *-idad*, con el que se denota un sentido de cualidad, y el lexema *responsa-*. Éste último se deriva del latín *responsum* que, a su vez, es la forma supina o de finalidad del verbo *respondeō* (responder, tomar en consideración cualquier cuestión u obligación)¹². En definitiva, por responsabilidad debemos entender aquella cualidad humana consistente en la aptitud de corresponder en una interacción social de cualquier tipo. Asimismo, el propio vocablo latino *respondeo* es un término complejo que se conforma por otras dos unidades semánticas: la partícula *re-*, alusiva a repetir o retornar al origen¹³, y el verbo *spondeo*, prometer o garantizar algo de un modo solemne¹⁴.

¹² «Responsabilidad», en DE CHILE (s.f.). *Diccionario etimológico*. Recurso en línea, disponible en <<http://etimologias.dechile.net/?responsabilidad>> (última consulta: 25 de octubre de 2015). – «Respondeo» (2001). En *Diccionario ilustrado, Latín* (21ª ed.). Barcelona: Vox. – «Respondeo», en PROYECTO WIKIMEDIA (s.f.). *Wiktionary*. Recurso en línea disponible en <<https://en.wiktionary.org/wiki/respondeo>> (última consulta: 25 de octubre de 2015).

¹³ «Re-», en PROYECTO WIKIMEDIA (s.f.). *Wiktionary*. Recurso en línea disponible en <<https://en.wiktionary.org/wiki/re->> (última consulta: 25 de octubre de 2015). Cabe señalar que dicha partícula no debe confundirse con un término de sobras conocido por todo jurista y con el que presenta una gran similitud: el vocablo *res* (bien o cosa). Eso sí, adelantándonos a las ideas que expondremos en breves momentos, no deja de ser muy evocador el significado al que se acabaría dando pie: *res sponsum*, prometer el bien o la cosa, que en este caso serían los componentes de la masa patrimonial para asegurar el cumplimiento de la obligación.

¹⁴ «Spondeo» (2001). En *Diccionario ilustrado, Latín* (21ª ed.). Barcelona: Vox. Actualmente todavía queda en nuestro lenguaje técnico-jurídico vestigios del vocablo latino, con el claro exponente del término *sponsales* como forma de promesa mutua para contraer matrimonio.

A mayor abundamiento comentaremos que ese sentido de solemnidad que se le daba a la promesa en el Derecho romano y en otros sistemas jurídicos de la antigüedad debe concebirse de un modo ritual, pues la forma en que se dotaba de fuerza a los actos jurídicos era recurriendo a estructuras propias del universo sacro. No en balde, el mismo vocablo *spondeo* que aquí analizamos está claramente relacionado con el término griego *σπονδή* (*spondē*), que significa tanto libación como pacto o convenio [*vid.* «Spondeo», en PROYECTO WIKIMEDIA (s.f.). *Wiktionary*. Recurso en línea disponible en <<https://en.wiktionary.org/wiki/spondeo>> (última consulta: 25 de octubre de 2015). – «σπονδή» (2000). En *Diccionario manual Griego* (18ª ed.). Barcelona: Vox]. Así es comprensible el marcado formalismo que caracterizaba a estos modelos primigenios de regulación social, imbuidos de expresiones protocolarias. Huelga decir que el Derecho de obligaciones paulatinamente consiguió abstraerse de esta dimensión que le vio nacer y, al desplazar su centro de gravedad al terreno de la voluntad, adquirió la flexibilidad con la que hoy lo comprendemos. Por ello, actualizando el lenguaje a los usos de la modernidad y en un campo del Derecho, la *sponsio* latina sería todo aquel acuerdo del que se desplegarían unas consecuencias jurídicas. En tal sentido, para profundizar en el análisis de dichos orígenes y en la evolución hasta la modernidad del Derecho de obligaciones que aquí hemos perfilado,

Desde esta nueva luz la responsabilidad ha de concebirse como una suerte de *vuelta atrás*, un retorno en el tiempo cuyo objeto es visitar una promesa o pacto previamente constituido a fin de darle su debida consumación.

Este arquetipo filológico resulta, sin embargo, excesivamente limitado para contener toda la significación actual que de la responsabilidad se predica, especialmente en lo que se refiere a lo jurídico. Aunque mantenga su vigencia material y simbólica, no podemos negar que la definición puramente etimológica se revelaría acusadamente incompleta. El motivo estriba en que, refiriéndonos únicamente a las promesas o pactos, no hacemos sino circunscribir los motivos de los que la responsabilidad emana a dos de sus fuentes específicas: la promesa y el acuerdo de voluntades, cuya expresión por excelencia se vertebraría en torno a la figura del contrato¹⁵. Antes bien, recuperando nuestro discurso precedente acerca de las obligaciones como circunstancia previa al surgimiento de la responsabilidad, sería más atinado sustituir el sustrato de la *sponsio*

vid. KEES, A. E. (2005). «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil». En KEMELMAJER, A., TRIGO, F.A. y MÉNDEZ COSTA, M.J. (dir.). *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fe: UNL, p. 239 y ss.

¹⁵ A fin de proponer una definición clásica de contrato, siguiendo los pensamientos de AUBRY y RAU, diremos que se trata de aquella «convención que tiene por objeto la formación de una obligación o la traslación de un derecho» [AUBRY, C. y RAU, C. (1902). *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zacharie*, T. IV (5ª ed.). París: Marchal et Godde, p. 466.], entendiéndose por convención «el acuerdo de dos o más personas a propósito de un objeto de interés jurídico» [*loc. cit.*]. Cabe indicar que el matiz en virtud del cual se diferencian las figuras jurídicas del convenio y del contrato reside en su idoneidad o no de desplegar obligaciones pues, dependiendo de la opción doctrinal por la que nos decantemos, no todos los acuerdos efectuados entre personas se arrojarían de dicha aptitud. El fundamento histórico de esa distinción viene al hilo de lo que ya comentábamos acerca de las formalidades exigidas por los sistemas jurídicos arcaicos, donde la sola voluntad no desplegaba fuerza de ley entre las partes si no iba acompañada de una serie de requisitos. Sin entrar a profundizar en una problemática del todo tangencial para nuestro estudio, nos limitaremos a señalar que de ahí se derivan distintas posiciones científicas más o menos permisivas a la hora de identificar sin más convenio y contrato [para una descripción detallada, *vid.* CASTÁN, J. (1992). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. III (16ª ed.). Madrid: Reus: P. 513]. Por nuestra parte, a los efectos que nos interesan para nuestra investigación y siguiendo un criterio de efectividad, creemos que ceñiremos la consideración de contrato a aquellos acuerdos que versen sobre un objeto revestido de un interés jurídico de naturaleza patrimonial, con independencia de que sean constitutivos, modificativos o extintivos. De esta manera comulgamos plenamente con el contenido del artículo 1321 del Código Civil italiano, en el que se define al contrato como «el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial» [*Codice Civile italiano*, art. 1321].

precisamente por ese entero universo obligacional infinitamente más amplio. No sin razón y sin minusvalorar su evidentísima importancia en el ámbito económico, tanto la promesa unilateral como el acuerdo de voluntades que se consagra mediante un pacto sólo son dos de las diversas fuentes de las que nacen las obligaciones. Siguiendo al profesor HERNÁNDEZ GIL, doctrinalmente y desde un punto de vista analítico nos encontramos con cinco orígenes para las mismas: «1º, el contrato; 2º, la promesa o declaración unilateral de voluntad; 3º, la transgresión de deberes de conducta (acto ilícito civil y penal); 4º el enriquecimiento injusto, y 5º, la imputación de consecuencias jurídicas obligacionales por ocupar una posición prevista por la norma con tal finalidad»¹⁶. En conclusión, si se nos permite acuñar un neologismo, habríamos de comprender la responsabilidad como una suerte de *reobligatio*: la regresión o *ricorsi* a la obligación en caso de que ésta no fuere correctamente cumplimentada en su debida fase voluntaria.

Ciñéndonos ahora a una perspectiva estrictamente jurídica, el concepto de responsabilidad patrimonial queda perfectamente contenido en los pensamientos de RUGGIERO y MAROI, quienes lo definen como «la sujeción del patrimonio del deudor, considerado como pertenencia de su persona, al poder coactivo o de agresión del acreedor, al objeto de obtener satisfacción por equivalente de la prestación no cumplida»¹⁷. Expresándolo en otros términos, se trata de la posibilidad que se ofrece al acreedor de obtener aquellos efectos económicos de los que se hubiera acabado beneficiando si se hubiese dado el efectivo cumplimiento de la prestación, todo ello mediante la facultad de constreñir la masa patrimonial del deudor en todo su conjunto¹⁸.

¹⁶ HERNÁNDEZ GIL, A. (1960). *Op. cit.*, p. 220. A mayor abundamiento, *cfr.* con las previsiones legales previstas en los ordenamientos jurídicos italiano y español [arts. 1173 del *Codice Civile* y 1089 del *Código Civil*], cuya respectiva enumeración puede ser tildada como amplia aunque premeditadamente imprecisa [*ibíd.*, p. 223; con respecto al modelo itálico] o como «rígida, poco confruenta y [...] actualmente inapropiada» [LUNA SERRANO, A. (1991). «Artículo 1089». En PAZ-ARES, C., DíEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dir.). *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 6; por cuanto le incumbe al sistema español].

¹⁷ MAROI, F. y RUGGIERO, R. (1941). *Istituzioni di diritto privato* (5ª ed.). Milán: Casa editrice Giuseppe Principato, p. 781.

¹⁸ Aunque el objeto de nuestra investigación no consiste en elaborar un catálogo de Derecho comparado, pues en este punto nos estamos limitando a elaborar una serie de conceptos generales que nos ayudarán en nuestro estudio posterior, sí que nos atrevemos a comentar el parecido de las legislaciones española e italiana en lo que se refiere a la universalidad de responsabilidad patrimonial. . Así, el artículo 2740 del

Esta aptitud, concedida por el ministerio de la ley, necesita de dos circunstancias relacionadas con la prestación para poder desplegarse: en primer lugar, que se haya dado su previo incumplimiento y, en segundo término, que sea de una naturaleza económicamente mensurable, para poder ser objeto de cuantificación y permitir que el acometimiento que se vaya a realizar contra el patrimonio resulte proporcionado. De aquí se trasluce la consecuencia jurídica última de la responsabilidad, consistente en la ejecución forzosa por parte del aparato del Estado de cuantos bienes del deudor sean precisos para lograr la correcta satisfacción del acreedor.

Es oportuno detenernos en este punto para realizar un breve comentario sobre una cuestión interesante a nivel doctrinal, relativo a si la responsabilidad constituye *per se*, al igual que el crédito-deuda, un elemento integrante de la obligación. En este sentido hallamos dos posiciones contrapuestas: por un lado, está el sector que considera que, efectivamente, la responsabilidad es un elemento consustancial e intrínseco de la obligación misma¹⁹; opción que se enfrenta a aquella que pone el acento en su componente extrínseco, al verla como una relación distinta, en tanto que autónoma e independiente, con respecto a la relación obligatoria²⁰. La respuesta que se ofrezca a esta pregunta encierra un significado esencial con respecto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad patrimonial, por cuanto que de ahí se deduce una fundamentación

Código Civil italiano proclama que «el deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros», añadiendo en su siguiente punto la inadmisión de la limitación de la responsabilidad salvo en los casos establecidos por la ley [*Codice Civile Italiano*, art. 2740]; mientras que el Código Civil español se pronuncia en términos prácticamente iguales, estableciendo en su artículo 1911 que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros» [*Código Civil español*, art. 1911].

¹⁹ Así DÍEZ-PICAZO comenta que, «si bien en periodos históricos anteriores, la deuda y la responsabilidad han podido funcionar separadamente –se podía deber y no ser responsable o se podía ser responsable sin deber–, en el Derecho moderno no ocurre lo mismo. Deuda y responsabilidad son dos ingredientes institucionales del fenómeno de la obligación, que no constituyen relaciones jurídicas autónomas y distintas» [DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2 (9ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 120].

²⁰ En esta línea destaca ROPPO, para quien «la responsabilidad patrimonial no es un elemento constitutivo de la obligación y permanece externa a su estructura; si bien no es extraña a la obligación, estando ligada a una puntual y relevante relación de instrumentalidad» [ROPPA, E. (1988), «Responsabilidad patrimonial». En CHELI, E., FALZEA, A. y GROSSI, P. (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, p. 1043]; opinión que es también respaldada por SICCHIERO [SICCHIERO, G. (2011). *Op. cit.*, p. 18 y ss.].

ontológica radicalmente distinta. Desde la perspectiva que nos ofrece el estudio del Derecho civil y su correlato concursal, por no hablar de que la ya referida etimología del término, se nos revela esta íntima e inextricable relación entre responsabilidad y obligación. Por ello, decididamente hemos de decantarnos por la primera alternativa. Obviamente, desde un punto de vista conceptual se puede y se debe diferenciar esos elementos, aunque ello no debe ser un óbice que nos conduzca a separarlos²¹. Son, como acertadamente opina FERRARA, dos momentos de un mismo fenómeno jurídico – la relación obligatoria– más que dos relaciones jurídicas independientes²². No hace falta decir que esta idea la hemos venido expresando de una manera implícita en nuestro desarrollo expositivo, pues en todo momento hemos partido de la base de que debe producirse el incumplimiento de la obligación en que consiste la prestación para que las puertas de la responsabilidad patrimonial puedan quedar abiertas.

Desarrollando brevemente este pensamiento, expondremos que en el cumplimiento de una obligación cabría diferenciar dos fases. En la primera, cuyo carácter es necesario y se va implementar siempre que la obligación se perfeccione, se confiere al deudor la posibilidad de realizar espontáneamente la prestación a la que está vinculado, lo cual se erige como la situación económico-social que debiere ser normal en el tráfico económico y en la cual el ordenamiento jurídico no se ve compelido a intervenir coactivamente²³. La segunda etapa, que por el contrario es de naturaleza subsidiaria y contingente, verá supeditada su despliegue sólo a aquellos supuestos donde la voluntad del deudor o las circunstancias que le rodeen no conduzcan a la entera satisfacción del

²¹ A este respecto se podría mencionar la problemática de situaciones exóticas tales como responsabilidades que no estén fundadas en un débito previo, los débitos en lo que no incurre una responsabilidad o, a mayor abundamiento, débitos en los que la responsabilidad tendría un alcance limitado. Ahora bien, a los efectos que nos ocupan para nuestra investigación, dichas derivaciones dogmáticas nos son del todo irrelevantes. [Para más información Vid. CASTÁN, J. (1992). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. III (16ª ed.). Madrid: Reus, p 61 y s.].

²² FERRARA, F. (1921). *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, parte 1. Roma: Athenaeum, p. 312.

²³ Claro está, estaríamos ante la situación de *cumplimiento de la obligación*, cuya expresión más sintética la encontramos en las palabras de GALGANO: «la exacta ejecución, por parte del deudor, de la prestación que constituye el objeto de la obligación» [GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2 (2ª ed.). Padua: CEDAM, p. 33], con lo que se consigue la inmediata extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor de cualquier ulterior consecuencia jurídica adversa.

crédito que contra él pesa²⁴. Éste es el momento de la responsabilidad patrimonial, la cual se constituye por la ley como una forma de tutelar un derecho legítimo mediante la referida posibilidad de agredir el patrimonio del deudor.

Estamos, en definitiva, ante un *primer grado de protección del crédito*, en el que se confiere al acreedor un poderoso instrumento con un alcance virtual tal que le permitiría saciar por completo el potencial quebranto económico que emana del incumplimiento. El interés de tomar en cuenta esta cuestión reside, como ulteriormente observaremos, en que el Derecho concursal constituye el *segundo grado de protección del crédito*, siendo ésta una función que logra mediante la construcción jurídica del principio de universalidad. Para ello, además suceder el incumplimiento, deben concurrir otras circunstancias específicas que harían insuficiente la sola ejecución forzosa de diferentes elementos patrimoniales.

1.3.- Diferenciación de figuras afines

Esta caracterización que acabamos de elaborar nos sirve para deslindar la responsabilidad de otras piezas integrantes de la relación obligatoria. Empezando por el crédito-deuda, no es difícil percatarse de que el objeto de una y otra es de suyo muy distinto²⁵. Aunque pueda suceder una coincidencia en el elemento subjetivo, pues el acreedor y el deudor van a mantener sus posiciones a lo largo del tiempo, no sucede lo mismo con el objeto: mientras que en el momento inicial de la relación obligatoria se trata de la realización de una prestación o comportamiento concreto de contenido económico, en la responsabilidad que se dimana del incumplimiento es el patrimonio del deudor en todo su conjunto el que es objeto de sometimiento. En definitiva, hemos de afirmar que, en comparación con el crédito-deuda, el instituto de la responsabilidad tiene un ámbito objetivo infinitamente más amplio. Asimismo, también puede darse una

²⁴ Un incumplimiento que puede ser total o parcial, según no se haya efectuado en absoluto la prestación o porque no se haya seguido exactamente como se hubiese estipulado [*ibíd.*, p. 53]. Ahora bien, teóricamente también hay causas de las que dimana la inmediata extinción de la relación obligatoria y, por consiguiente, de la responsabilidad [*vid.* RUGGIERO, R. (1931). *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, vol. 2. Madrid: Reus, p. 121].

²⁵ Utilizando la terminología latina y alemana, nos encontraríamos ante los institutos del *débito* o *Schuld* y la *obligatio* o *Haftung*, componentes que en la literatura germánica tradicional podían considerarse como «elementos estructurales de la obligación, de igual dignidad» [SICCHIERO, G. (2011). *Op. cit.*, p. 2.]

divergencia en cuanto a la extensión de la deuda y la responsabilidad, pues cada una de ellas puede ser superior o inferior a la otra. La deuda, comenta CASTÁN, «puede permanecer idéntica, variando la extensión de la responsabilidad por virtud de la ley o del contrato»²⁶ –esto es, las sanciones económicas que se pueden imponer al deudor incumplidor– o bien, siguiendo con las valoraciones del mismo autor, la responsabilidad puede verse objetivamente limitada en comparación con la deuda, por cuanto el patrimonio del deudor no alcance a cubrir ésta última en su totalidad²⁷ –circunstancia que, como veremos más adelante, cuando se une a una pluralidad de acreedores da origen al Derecho concursal–.

Otra figura jurídica afín a la obligación que debe diferenciarse y a la que no podemos dejar de referirnos es el elemento de la garantía. La definición más sencilla de garantía nos sería ofrecida por el profesor CASTÁN cuando dice que «con el nombre de garantías o cauciones se designan todos aquellos medios, muy variados, que sirven para asegurar la efectividad de los créditos»²⁸, los cuales pueden ser de naturaleza personal o real²⁹. En suma, una garantía implica adherir más bienes o derechos externos a la relación obligatoria en sí misma considerada para asegurar su cumplimiento, o bien procurar un mayor grado de ligazón de los bienes y derechos del deudor al poder de agresión del acreedor. Ahí es donde reside la diferencia sustancial con la responsabilidad patrimonial pues, como acabamos de indicar, ésta última tiene una existencia inherente al crédito mismo –si bien, para que emerja de un modo efectivo para el Derecho, debe concurrir la circunstancia del incumplimiento–.DÍEZ-PICAZO es absolutamente taxativo y no deja resquicio a la duda, pues para él «la responsabilidad del patrimonio del deudor no constituye, en rigor, ningún contenido especial del crédito, ni tampoco ninguna forma especial de refuerzo, sino que es algo inherente al crédito mismo, al que nada añade»³⁰.

²⁶ CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 61.

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Ibíd.*, T. III, p. 304.

²⁹ Para observar un desarrollo teórico de las garantías y las diferentes formas en que estas se clasifican, materia en la que no creemos oportuno detenernos al alejarse en exceso de nuestro objeto de estudio, *vid.*: *Ibíd.*, T. III, p. 305 y s.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Op. cit.*, Vol. 2, p. 455. Esta misma concepción también se encuentra desarrollada en la obra *Sistema de Derecho Civil*, cuya autoría DÍEZ-PICAZO comparte con GULLÓN, en la cual –en tanto que manual con vocación de servir a la instrucción universitaria– se expresa de un modo, a nuestro juicio, más claro: «La garantía, en sentido técnico y específico, es un nuevo derecho subjetivo o

Ello no obsta a que haya una mayor coincidencia en su dimensión funcional, pues tanto la responsabilidad como la garantía aspiran a ofrecer un mayor grado de seguridad jurídica en el cumplimiento de las obligaciones. Ahora bien, en tanto que negocio jurídico independiente de la estructura de la obligación en sí misma considerada, la garantía posee una nota de especificidad que contrasta con el carácter general de la responsabilidad patrimonial. Obviamente estas previsiones concretas de carácter económico que se establecen por medio de la garantía acabarán modulando, por razón de su especialidad, la responsabilidad patrimonial. Así, desde una perspectiva temporal y lógica, y aunque la responsabilidad patrimonial se constituya *ipso facto* en el instante en el cual se perfecciona la obligación, el ejercicio de las acciones que arroga la institución de la garantía se antepondría a las de la responsabilidad misma; todo ello por no hablar de que, para no sustraer a la garantía su eficacia, la posibilidad de que otro acreedor agreda un bien o derecho afecto en el plano de la responsabilidad no podrá ser tan absoluta³¹.

1.4.- Función y régimen jurídico

El siguiente aspecto que debemos exponer en nuestra descripción del instituto de la responsabilidad patrimonial se enlaza con el componente funcional al que nos hemos referido en el párrafo precedente. Como acabamos de decir y se deduce de nuestro anterior hilo argumentativo, la utilidad teleológica de la construcción jurídica que nos ocupa consiste en procurar una eficaz tutela jurídica al derecho de crédito en su más amplio sentido. Es curioso observar como esta protección se articula desde la perspectiva tanto del acreedor como del deudor, adquiriendo de este modo funciones diversas según el sujeto ante el cual nos encontremos.

una nueva facultad, según su tipo, que se une al crédito para reforzar la seguridad del acreedor de que su interés se verá satisfecho. Por eso el patrimonio del deudor, afecto por principio legal (art. 1.911 [del Código Civil español]) al cumplimiento de sus obligaciones, no es una garantía en el sentido indicado. El poder de agresión sobre todos los bienes presentes y futuros de su deudor lo tiene todo acreedor, para la satisfacción forzosa de su interés, como norma general; todo crédito se halla dotado del mismo» [DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Op. cit.*, Vol. 2, p. 158].

³¹ Desde esta perspectiva se concibe la posibilidad de circunscribir el instituto del *privilegio*, en virtud del cual algunos acreedores se arrojan la preferencia de poder cobrarse su derecho antes que otros, como una forma de garantía. Reservamos el comentario con respecto a éstos para la parte concursal, por la especial relevancia que tienen en este ámbito.

En lo que respecta al acreedor, sin duda, se le ofrecen razones para fundamentar su confianza al brindarle elementos coadyuvantes para que aprecie que podrá ver realizadas sus pretensiones crediticias. Se trataría de una suerte de *función de garantía*, ya que se incorpora un componente material –nada menos que un entero patrimonio– a lo que sería la sola voluntad espiritual del deudor de cumplir sus obligaciones. Ahora bien, lo que acabamos de denominar función de garantía debe tomarse con las debidas precauciones y sin dejar de enunciar un *caveat*. Vista la figura jurídica de la garantía –la cual dijimos que consistía en incorporar bienes y derechos a la potestad agresora del deudor, o a estrechar dicho vínculo–, se trataría de una garantía en un sentido impropio ya que, *stricto sensu*, no se está añadiendo nada que no exista en ese momento. Más exacto sería indicar que se trata de una *función de convencimiento*, previo a la constitución de la obligación misma, dirigido no hacia un sujeto individual sino al orden sociopolítico en su conjunto, todo lo cual proyecta un mensaje muy claro: para un ordenamiento jurídico es importante preservar el cumplimiento de las obligaciones, de tal manera que el deudor que falte a sus compromisos económicos no quede indemne a los ojos del Derecho³².

Correlativamente, la responsabilidad adquiere una significación peculiar para el deudor, consistente en estimular su voluntad para que procure un cumplimiento espontáneo a las obligaciones que hubiere adquirido. Desde un punto de vista histórico, esta *función estimuladora* del ordenamiento jurídico ha estado siempre presente, experimentándose una interesante transformación a lo largo del tiempo en lo que se refiere al objeto sobre el que recae la compulsión. Así las cosas, en un primer momento ésta se vertía directamente sobre la propia persona del deudor mediante bajo la forma de penas personales –ya consistiesen en una privación de la libertad, la ejecución del deudor o incluso, en épocas más arcaicas, en la venta de éste como esclavo–. Huelga decir que esta severidad original fue mitigándose en la medida que ganó terreno la tesis de la

³² Esta idea encuentra su eco en los pensamientos de DI MAJO, quien considera que «entre los deberes primarios del ordenamiento jurídico se encuentra el de proveer una tutela eficaz de los derechos que son reconocidos y garantizados. Vendrían a menos los deberes de un ordenamiento que se limitase a reconocer *la abstracta titularidad de los derechos* y/o igualmente la importancia de determinadas clases de intereses pero no se preocupase de garantizar la tutela de tales derechos o la satisfacción de los intereses» [DI MAJO (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milán: Giuffrè, p. 1].

responsabilidad patrimonial hasta que alcanza su total triunfo³³. De este modo el proceso desemboca en la situación actualmente establecida, donde sólo se constriñe una esfera meramente económica y se deja incólume aquellos aspectos que afecten a sus derechos de naturaleza personal. Ni que decir tiene que la evolución social impregna la ordenación que el Derecho efectúa de la realidad, de manera que muchas soluciones pretéritas deben ser rechazadas por nuestra conciencia. La posibilidad del acreedor de agredir cualquier elemento patrimonial del deudor debe ser considerada, al menos desde la perspectiva del mundo desarrollado, como la herramienta que mejor optimiza los parámetros, a veces contrapuestos, de justicia equitativa y alcance; que en este caso se plasma en que se encamina a promover de manera muy efectiva –por medio de la coacción económica– el cumplimiento obligacional sin que, por ello, a cambio debamos renunciar a las exigencias que nuestras concepciones morales nos dictan³⁴.

Detengámonos ahora en describir el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial, cuyos caracteres proceden de esa aspiración general que tantas veces hemos enunciado de poder dirigirse contra la totalidad del patrimonio del deudor. Lo primero que debemos establecer es en qué instante temporal aparece la institución de la responsabilidad. No es ningún misterio y, de una forma directa, ya lo hemos indicado de manera explícita y en numerosas ocasiones a lo largo del texto, cuando hemos hablado

³³ Para un estudio más pormenorizado de la evolución de la responsabilidad personal y patrimonial por deudas, *vid.* CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 294 y ss. – SICCHIERO, G. (2011). *Op. cit.*, p. 2 y ss.

³⁴ En sentido contrario, sin embargo, DE VECCHIO opina que el restablecimiento de una cierta responsabilidad personal por deudas, adaptado al espíritu moderno del Derecho, no debería ser tildado directamente de incivilizado. Considera que el ordenamiento jurídico no debería permanecer del todo impávido ante situaciones en las que, al abrigo de la absoluta libertad, el deudor deliberadamente deja de atender sus obligaciones. Citando sus pensamientos: «injusto era el arresto personal por deudas [...] mientras fue, en definitiva, una pena encaminada a producir sufrimiento. Pero una limitación de la libertad no puede, en manera alguna, considerarse injusta cuando venga impuesta por la necesidad de impedir la violación de elementales, y tal vez sagrados, deberes» [DE VECCHIO, G. (1951). «Del resarcimiento del daño en relación con la pena». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 27 (1^{er} semestre 1953). *Cit.* en CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 296].

Nos parece interesante adelantar que esta última idea, la cual no ha encontrado demasiada resonancia en el Derecho civil, la recuperaremos más adelante cuando hablemos del problema de la posibilidad de exceptuar al reconocimiento en base a un criterio de orden público, pues en sede concursal, para la defensa del mercado en todo su conjunto, ha cobrado fuerza la posibilidad de limitar derechos fundamentales del deudor insolvente –cosa que no todos los ordenamientos aceptan en un mismo grado y sentido–.

del incumplimiento del deudor a la hora de llevar a cabo la prestación debida como causa detonante que da pie a que sobrevenga la consecuente responsabilidad patrimonial. La relación entre incumplimiento y responsabilidad patrimonial es obvia, existiendo una práctica unanimidad de la doctrina al respecto³⁵. Debemos fijarnos entonces en qué momento deberá entenderse que se produce esta lesión al derecho de crédito, pues constituye la línea divisoria entre el imperio de la voluntad y el rigor del Derecho.

Dijimos que la prestación consistía en un comportamiento concreto que está revestido de una entidad económica. La especificidad de la prestación exige la determinación del tiempo y la forma en que se lleve a cabo, de modo que debe existir una exactitud con base en las previsiones que se hubieren previsto; amén de que, al mismo tiempo, el destinatario de la misma debe ser el idóneo. Por eso el incumplimiento puede venir dado tanto desde el plano de la no realización de la prestación en el momento que se había designado o bien por haberla efectuado de manera defectuosa. Dichas situaciones, además, pueden admitir corrección –ya sea por una realización posterior o por la corrección de sus defectos– y seguir siendo idóneas para el acreedor o, por el contrario, directamente no ser susceptibles de concretarse o rectificarse³⁶. De cualquier manera, en lo que respecta al objeto de nuestro estudio, este nivel de detalle nos es irrelevante: sea cual sea el escenario ante el que nos encontremos, virtualmente se puede acabar desplegando una peculiar forma de responsabilidad ante el deudor.

Otro punto que brevemente debemos describir es el que se refiere a la determinación del *quantum* que se le puede reivindicar al deudor, sea en el sentido de disminuirlo o incrementarlo. La primera vertiente debe ser tomada con precaución pues, directamente, entraría en conflicto con el sentido de universalidad de la responsabilidad patrimonial. Efectivamente, si exoneramos o limitamos la responsabilidad, no hacemos sino ir contra el espíritu mismo de la norma, con lo que el ordenamiento debiere realizar una interpretación de suyo restrictiva para garantizar la salvaguarda del orden socio-económico y permitirlo sólo en casos excepcionales. Al contrario, la posibilidad de aumentarla –por ejemplo, mediante la inclusión de cláusulas penales en un contrato– no

³⁵ Opinión apoyada por SICCHIERO, G. (2011). *Op. cit.*, p. 18 y s.

³⁶ Para la tipología de incumplimientos o lesiones de crédito, vid. DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Op. cit.*, Vol. 2, p. 655 y s.

sería hostil a estos principios, al consistir en un acicate a la función estimuladora del cumplimiento de la prestación.

No obstante, lo anterior no impide que existan unos límites negativos a la responsabilidad patrimonial. En pocas palabras, únicamente deben llamar nuestra atención aquellos componentes que traigan aparejados un valor económico y cuyo ejercicio no pueda independizarse de una actuación exclusiva por parte del deudor. En otras palabras, no van a interesarnos ni las circunstancias extrapatrimoniales, por no tener relevancia de cara a la satisfacción de la obligación, ni los derechos de naturaleza personalísima, que están vedados al poder del acreedor al tratarse de efectos económicos imposibles de deslindar de lo estrictamente personal. Asimismo, un último límite sería aquel que el ordenamiento jurídico en el que nos encontremos estableciese como frontera de lo inembargable, cuya amplitud y condiciones dependerá de cada orden socio-político con su legislación concreta. Recuperando nuestro discurso anterior, la agresión sobre los derechos personalísimos y un determinado *mínimum* de espacio económico del deudor podría llegar a equipararse con una forma de responsabilidad personal por deudas. Entendemos que, aunque tentador desde un punto de vista práctico para lograr una mejor satisfacción, no podemos contraer la dimensión económica del individuo hasta el punto de hacerla desaparecer. Al fin y al cabo, lo personal trae necesariamente aparejado una magnitud social en la que, para poder tener presencia, debe existir un marco económico siquiera residual, pues de lo contrario estaríamos negando la misma naturaleza humana al inmolarla en el altar de lo puramente crematístico.

2.- El patrimonio: la piedra angular de la responsabilidad

2.1.- Concepto y fundamento ontológico

Una vez descritos todos los elementos satelitales de la responsabilidad hemos de entrar a valorar su componente central, que constituye el elemento positivo sobre el que verdaderamente reposa toda esta construcción jurídica: el patrimonio que, en tanto que extensión o imagen de la persona del deudor cuando ésta actúa en el universo económico, va a ser afectado por la potestad agresora de la que se arroga al acreedor.

A modo de aproximación preliminar a la idea de patrimonio, bien podríamos recurrir al doble origen que el estudio etimológico arroga al término. No cabe duda que patrimonio se deriva del vocablo latino *patrimonium*, el cual tiene dos sentidos superpuestos. El primero alude a una contracción de las palabras *pater* y *manus*: *pater* en referencia al *pater familias*, quien se trataba del sujeto de derecho por excelencia en el sistema jurídico romano, mientras que *manus* se relaciona con el poder, al entender que algo se situaba en la *mano* o, lo que es simbólicamente lo mismo, bajo un control de alcance absoluto para su titular. De ahí que afirmemos que *patrimonio* hacía referencia a una evidentísima idea de potestad o derecho sobre las cosas³⁷. El segundo significado etimológico, por su parte, concebiría al patrimonio como un concepto propio y específico del derecho de sucesiones, ligado a la hacienda o a los bienes heredados por los padres, así como a las no menos importantes obligaciones³⁸. Para este caso deducimos que el significado semántico resultaría de la unión de *pater*, nuevamente en referencia al *pater familias* romano, con el sufijo *mōnium*, que vendría a significar «condición legal», en tanto que algo que es propio o, más exactamente, de lo que se está social, jurídica y económicamente revestido. Esta sucesión en lo que, literalmente, sería la *condición legal del pater familias* encaja perfectamente en el modo de entender el fenómeno hereditario en el Derecho romano: en él no acontece una mera transmisión de bienes –como es, por el contrario, el modo de operar en el Derecho germánico–, sino

³⁷ En este sentido *vid.* HANISCH, H. (1977). «El patrimonio en derecho romano». Revista chilena de derecho, vol. 4, núm. 1-6, p. 11. De igual forma se pronuncia FERRINI, al afirmar que el Derecho patrimonial recae sobre aquellos entes externos en los que el sujeto puede hacer valer su señorío, añadiendo a continuación que «el patrimonio no es otra cosa que la actuación del poder de dominar y dirigir la naturaleza exterior hacia los propios fines» [FERRINI, C. (1908). *Op. cit.*, p. 127].

³⁸ LACRUZ, J.L. (2005). *Elementos de Derecho Civil*, vol. I (3ª ed.). Madrid: Dykinson, p. 56.

que se da lugar a una auténtica subrogación en la persona del causante. Quien ocupe la posición de heredero sustituirá así al fallecido en su entera posición patrimonial, siendo precisamente esta nota de universalidad el motivo habilitante para que las obligaciones también se incluyan como objeto transmisible *mortis causa*³⁹.

En cualquier caso, tanto en el lenguaje antiguo que se manifiesta en este doble origen etimológico como en la forma de hablar moderna parecen concurrir tres elementos indispensables para entender que nos encontramos frente a esta realidad jurídica: un valor económico, una denominación colectiva y la referencia a un sujeto⁴⁰.

En busca de una definición doctrinal contemporánea de patrimonio, nos parece adecuado referirnos a los razonamientos de DÍEZ-PICAZO. Parte de la base de que no se puede preservar la libertad y dignidad de la persona si no se le reconoce un determinado ámbito de poder económico, al servicio del cual está el patrimonio «como una derivación necesaria de la idea misma de persona y [concebido] como un conjunto unitario de relaciones jurídicas, a las cuales el ordenamiento dota de la necesaria unidad por estar sujetas a un régimen unitario de poder y de responsabilidad»⁴¹. No hay excesivas discrepancias en considerar su valor económico o pecuniario, que sirve para diferenciar esta esfera de derechos de otras también pertenecientes al individuo –como la personal, la familiar o la relativa a los derechos públicos–⁴². No obstante, a partir de este punto, la unanimidad doctrinal brilla por su ausencia en numerosas vertientes de la

³⁹ Para una mejor comprensión del Derecho de sucesiones romano y germánico, *vid.* CASTÁN, J. (1989). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. VI, Vol. 1 (9ª ed.). Madrid: Reus, p. 61 y ss.

⁴⁰ «Patrimonio», en: AZARA, A. y EULA, E. (1957, dir). *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII. Torino: Unione Tipografico - Editrice torinese.

⁴¹ DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 39.

⁴² Enuncia esta opinión DEMOGUE afirmando que «el patrimonio consiste, según la opinión indiscutida, el conjunto de derechos de un sujeto que tienen un valor pecuniario» [DEMOGUE, R. (1911). *Les notions fondamentales du droit privé*. París: Arthur Rousseau, p. 383]. Igualmente, en palabras de FERRARA, el patrimonio sería aquella parte de la esfera jurídica del individuo en la que radican los derechos que revisten de un valor pecuniario, esto es, bienes derechos y obligaciones. [FERRARA, F. (1921). *Op. cit.*, vol. 1, parte 1, p. 865]. En similares términos se pronuncia DE CASTRO, para quien es fundamental la posibilidad de efectuar una valoración económica o dineraria de los bienes y deudas que componen el acervo patrimonial. Añade además que serían extraños al patrimonio cuantos bienes jurídicos no pudiesen ser objeto de dicha cuantificación, si bien el daño o perjuicio material o moral que conllevara una indemnización pecuniaria sí «ingresará automáticamente en el patrimonio» [DE CASTRO, F. (1972). *Temas de Derecho Civil*. Madrid: Marisal, p. 38].

doctrina, lo cual da origen a múltiples y variadas teorías jurídicas sobre las diferentes perspectivas en que el patrimonio puede valorarse.

Por esta razón, antes de entrar a desgranar cada aspecto del patrimonio a la luz de las distintas tesis que de él se han elaborado a lo largo de los siglos, hemos de preguntarnos cuál es la función de la que se le reviste dentro del orden social. Como mencionábamos hace apenas unos instantes, el ser del patrimonio orbita en torno a las ideas fundamentales de libertad y dignidad. Vale la pena detenernos unos momentos para esbozar este razonamiento, para el cual debemos partir de una sencilla premisa: la dignidad necesita de la libertad pues, de lo contrario, la voluntad humana se vería coartada y, al no poderse plasmar en la realidad, desaparecería la posibilidad de que el hombre pudiese realizar sus potencias. El Derecho habilita cauces muy diversos para las distintas formas de libertad, uno de los cuales es el material o económico, el cual se caracteriza por la ya referida nota de pecuniariedad. No obstante, correlativa al terreno de la libertad se halla, de manera tan ineludible como forzosa, la esfera complementaria del deber, con la restricción de la voluntad que trae aparejada. La tensión entre ambas dimensiones que componen el comportamiento interpersonal, así como el papel que juega el ordenamiento jurídico a la hora de conjugarlas, se describe magistralmente en los pensamientos de HERNÁNDEZ GIL que, a continuación, pasamos a detallar.

Según este insigne jurista, por libertad debemos entender una posibilidad de actuación conforme a la licitud. En consecuencia, el obrar que de ahí se dimanaría no sería fruto de una exigencia del imperio de la Ley, sino una derivación de la voluntad que elige su rumbo hacia el destino que crea más pertinente. Desde esta atinada perspectiva, la libertad sería el núcleo y finalidad del Derecho mismo y no un elemento ajeno a él, convirtiéndose así en «la más depurada conquista del ordenamiento jurídico»⁴³. En su contraste, para este mismo autor el deber se definiría como una restricción o modulación de la libertad –y no su simple y llana negación– que conllevaría «la necesidad de observar (positiva o negativamente) un comportamiento determinado»⁴⁴. A todo lo anterior añade que la dimensión del deber ha de concebirse, en gran parte, como una consecuencia necesaria y lógica del ejercicio del libre arbitrio⁴⁵. Expresándolo de otra

⁴³ HERNÁNDEZ GIL, A. (1960). *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ *Loc. cit.*

⁴⁵ En este punto, y desde una perspectiva meramente lingüística, podemos recordar el paralelismo que nos ofrece esta consideración con la definición que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española a

manera, la autonomía de la voluntad no puede ser axiológicamente neutra y, por ende, es exigible que de los actos humanos se dimane una valoración o juicio, sea de signo positivo o negativo, para con su autor; y, obviamente, en tanto que esta apreciación está revestida de un carácter jurídico, va a desplegar sus correlativos efectos sobre la realidad concreta. Así las cosas, de la unión de las esferas de libertad y deber nace la categoría de la obligación –que ya hemos descrito en el apartado anterior–, la cual adquiere de este modo su significación más plena⁴⁶. Nosotros diremos más todavía pues, en línea con lo que hemos comentado en páginas precedentes, entendemos que este mismo discurso es igualmente extensible a la figura de la responsabilidad, por cuanto se trata de un elemento implícito en la estructura general y ontológica de la obligación misma.

La construcción jurídica del patrimonio juega un papel primordial dentro de nuestro desarrollo teórico. Desde este prisma, el patrimonio debe concebirse como un instrumento al servicio de fines superiores a él mismo, en tanto que nexo que se erige entre el individuo y su cosmos material o social para permitir que la persona despliegue su obra y pueda alcanzar la libertad y la dignidad que le es debida, con el consecuente desarrollo de su personalidad. Esto se debe contemplar desde una doble vertiente. Por un lado, desde la perspectiva del titular del patrimonio, son sus bienes, derechos y la posibilidad de que se arroga para contraer obligaciones lo que le permite actuar en un amplísimo abanico de aspectos vitales de índole material o económica. Ahora bien, dado el carácter interrelacional que caracteriza a la libertad predicada por el Derecho, no debemos dejar de tener en consideración el punto de vista inverso, concerniente a la generalidad de sujetos con los que el titular de la masa patrimonial pueda relacionarse económicamente, los cuales se convertirían así en sus hipotéticos acreedores. Para esta última categoría, que de hecho vendría a abarcar a la sociedad en todo su conjunto, el

propósito del concepto primordial de libertad, en tanto que «facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos» [«Libertad», en RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>> (última consulta: 10 de febrero de 2015)].

⁴⁶ Para explicar el porqué de esta ligazón, no podemos dejar de citar en su literalidad la doctrina elaborada por el mismo civilista, pues «la obligación, [la cual se encuentra de suyo integrada en la más amplia categoría del deber y] que una vez surgida exige un comportamiento determinado, es fruto generalmente de la libertad; y de otro lado, porque el contenido de ese comportamiento se fija libremente, dentro de los límites que imponen las normas» [HERNÁNDEZ GIL, A. (1960). *Op. cit.*, p. 8].

patrimonio de un tercero salvaguarda su libertad en tanto que refuerza su capacidad volitiva al arrogarle un amplio grado de seguridad jurídica⁴⁷. Ello se positiviza e instrumentaliza gracias a la ya mencionada responsabilidad patrimonial universal, que permite al acreedor agredir todo el haber económico del deudor en caso de que éste incurriera en el incumplimiento de las obligaciones que hubiere asumido.

A modo de resumen, de la anterior disertación se deduce que el patrimonio es uno de los elementos positivos por excelencia sobre los que reposa el bien jurídico de la libertad, constituyendo este sagrado bien su interés o finalidad por antonomasia. En primer término, entendiéndolo como un importantísimo cauce que permite actuar a su titular en esa dimensión económica que se halla omnipresente en su entorno; la cual se consagra como una faceta existencial de la cual necesariamente debe participar toda persona para no sufrir la alienación o el ostracismo. En segundo lugar, habida cuenta que esa libertad aquí propugnada se concreta en un obrar cotidiano y constante del que se deducen unos correlativos deberes, también hemos de concebir al patrimonio como el objeto por excelencia sobre el que recae el mantenimiento de la seguridad jurídica que debe imperar en el universo económico para mantener su debido vigor.

El colofón de todo este desarrollo lógico se sintetizaría en la aseveración de que en el mismísimo código genético del patrimonio ya se halla la estructura cromosómica de donde germina la responsabilidad civil. Es así como se cierra el círculo que une inextricablemente las dos figuras jurídicas que son objeto de examen en esta primerísima fase de estudio, las cuales se complementan entre sí para alcanzar su significación más plena. Obviamente, la responsabilidad de alcance universal que predica el Derecho de obligaciones no sería más que una entelequia si, a disposición del deudor, no existiese un patrimonio que pudiese ser objeto de afectación. Asimismo, y aunque sea menos evidente en una primera aproximación o escrutinio, la caracterización

⁴⁷ DEMOGUE enuncia este postulado de la manera más clara y directa, ya que para este autor la garantía es el aspecto esencial del patrimonio: «He aquí la idea más seria y práctica que se halla en la base de la noción del patrimonio: la cual es, en suma, que el conjunto de bienes actúan como garantía de las obligaciones pecuniarias u de otro tipo (en la medida que sobre ellas pese una sanción pecuniaria) que recaigan sobre una persona». [DEMOGUE, R. (1911). *Op. cit.*, p. 383 y s.] En términos análogos se pronuncia acertadamente DE CASTRO cuando busca ofrecer un concepto técnico útil y operativo para la ciencia jurídica. Entiende así el patrimonio como «masas de bienes de una doble faz, una activa (poder, ámbito de libertad) y otra pasiva (garantía para los acreedores) [DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 35].

de la naturaleza jurídica del patrimonio quedaría incompleta si estuviere ausente esa dimensión de garantía que impregna a todo el obrar humano, sea desde una perspectiva contractual como extracontractual, en tanto que consecuencia natural de ese libre arbitrio que fundamenta a la voluntad y del cual se deriva una serie de consecuencias pecuniarias⁴⁸.

2.2.- Naturaleza jurídica y finalidad teleológica

Teniendo en mente este criterio, ya nos encontramos en disposición de empezar a describir cada uno de los elementos que componen el complejo mecanismo del patrimonio. Comencemos por la naturaleza jurídica, circunstancia que proyecta su incidencia en lo que se refiere a la relación existente entre los bienes y derechos que integran la masa patrimonial. A grandes rasgos, nos encontraríamos con dos tesis contrapuestas: por un lado, la teoría clásica propugna conferir una nota de universalidad al acervo patrimonial (denominada *universitas iuris*), de manera que, aunque sea un todo complejo formado por distintas partes, se trata de algo distinto al mero agregado de éstas; mientras que por el otro, la tesis inversa (conocida como *atomista* o *realista*) le niega este componente diferencial y limita el patrimonio a un mero catálogo de bienes y derechos cuya titularidad recae sobre un sujeto. En un punto intermedio e intentando aunar ambas posturas se encuentra la tesis ecléctica, que no niega la dimensión universal del patrimonio pero tampoco hace trascender los elementos que lo integran hasta el punto de provocar la disolución de su individualidad⁴⁹. Nosotros, con CASTÁN, nos decantamos por esta última fórmula, pues no podemos negar «que en el patrimonio hay siempre una idea de cohesión y de unidad, pero ésta no debe ser exagerada»⁵⁰ si no queremos incurrir en el riesgo de caer en la mera entelequia y la disfunción jurídica.

⁴⁸ Esta idea de utilizar el patrimonio del deudor como garantía nos recuerda a uno de los elementos que caracterizan la *teoría clásica*, que más adelante comentaremos, enunciada originalmente por AUBRY y RAU. Aunque no es la visión teórica que compartamos por completo, en ella se acude a una terminología muy gráfica, al concebir el patrimonio como una «prenda tácita» sobre la que recae, como una suerte de espada de Damocles, la facultad de agresión económica de sus acreedores [en ROJINA, R. (2008). *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2 (41ª ed.). México: Porrúa, p. 13].

⁴⁹ Descripción en CASTÁN, J. (1984). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. I, Vol. 2 (14ª ed.). Madrid: Reus, p. 648 y s.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 649.

Creemos firmemente que el propósito último que debe albergar la naturaleza jurídica del patrimonio es salvaguardar su *identidad* a lo largo del tiempo, la cual se despliega en un doble sentido. La más obvia sería su perspectiva externa (que podríamos denominar *identidad relativa*), concerniente a la necesidad de poder diferenciar una masa patrimonial de otra pues, de lo contrario, sería incomprensible el tráfico jurídico. Sin embargo, es en su dimensión interna donde se exhibe la infinitamente más importante *identidad ontológica*: hablamos del entramado o estructura que ineludiblemente se acaba formando entre sus componentes, haciendo de ellos un todo orgánico sobre el que su titular despliega un poder de manera lógica y congruente –pues, como veremos en breves líneas, siempre está presente una cierta noción de finalidad–; recayendo al mismo tiempo sobre el más amplio conjunto de esa urdimbre el instituto de la responsabilidad que pueden ejercer los acreedores⁵¹; o lo que es lo mismo, si careciésemos de esta faceta interna no existiría ni un instrumento económico al servicio de la persona ni tampoco el elemento objetivo sobre el que reposara la responsabilidad. La mejor visión que sirve a tal fin es, sin lugar a dudas, esa vía intermedia que se abre entre el universalismo absoluto y el atomismo radical, pues no niega una identidad que debe abarcar a todo un conjunto ni eclipsa las entidades individuales que la integran.

Recapitulando, desde un punto de vista fáctico, el patrimonio no deja de ser una pluralidad de relaciones jurídicas singulares y de contenido económico que, reguladas y protegidas por un ordenamiento jurídico concreto, se centralizan en la figura de una persona determinada. Sin embargo, esta concreción nos conduciría a una visión meramente *subjetivista* del patrimonio, el cual se deriva *ipso facto* de la propia entidad personal y como pura consecuencia de ésta. La descripción anterior encajaría, dogmáticamente hablando, con la conocida como *teoría clásica del patrimonio*, la cual fue enunciada por AUBRY y RAU en el transcurso del siglo XIX y en el contexto de la escuela exegética francesa, y vincula sin más personalidad y patrimonio. Siguiendo las palabras literales de estos autores, «la idea de patrimonio se deduce directamente de aquella de la personalidad»⁵², de lo que se inferirían tres características fundamentales:

⁵¹ En este sentido *vid.* DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 38 y ss.

⁵² AUBRY, C. y RAU, C. (1917). *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zacharie*, T. IX (5ª ed.). París: Marchal et Godde, p. 333.

Para otras descripciones y consideraciones críticas acerca de esta teoría clásica, *vid.* ROJINA, R. (2008). *Op. cit.*, vol. 2, p. 8 y ss. – GONZÁLEZ PIANO, M. del C., HOWARD, W, VIDAL, K. y BELLIN, C. (s.a.).

la *exclusividad*, dado que sólo las personas físicas o jurídicas podrían disponer de un patrimonio; la *necesidad*, pues la existencia del patrimonio es un efecto inmediato de la personalidad (aunque sólo fuere en el mero orden abstracto, en una hipotética situación de carencia de bienes); y la *unicidad*, habida cuenta que cada persona podría disponer de una sola masa patrimonial (la cual, lógicamente, debería ser un conjunto indivisible e inalienable, reforzándose así su carácter de *universitas iuris*)⁵³.

De esta manera se acabaría vinculando patrimonio y personalidad como un todo inextricable, lo cual resulta una consideración equivocada. Utilizando un lenguaje metafórico, confundir sin más personalidad y patrimonio es un error equivalente a no distinguir entre la persona y la imagen que proyecta de sí misma⁵⁴. Expresarlo de un modo más técnico implicaría separar un componente inherente a la esfera interna de la personalidad, denominado *capacidad económica*, de su concatenación en una esfera externa que, a la luz de un determinado ámbito de interés, se plasma en lo que conocemos como patrimonio⁵⁵. DE CASTRO lo expresa muy apropiadamente, al separar la esfera personal o *meum internum* de la esfera económica o *meum externum*, como criterio preliminar para evitar condicionamientos históricos que ofusquen la naturaleza jurídica del patrimonio y abordar de un modo fecundo su estudio⁵⁶. Eso sí, desde el punto y hora en que la persona vive en la sociedad, la correlación práctica entre ambas facetas es instantánea y sólo un atento análisis puede llegar a deslindarlas. En conclusión, de esta construcción científica sólo compartiremos una idea: el carácter necesario del patrimonio. La responsabilidad universal así lo exige, pues todo titular de derechos u obligaciones deba tener a su disposición una masa patrimonial sobre la que

Manual de Derecho Civil. Montevideo: Universidad de la República, p. 179 y s. – DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 36 y s.

⁵³ Expresándolo en sus términos originales, «en tanto se trata de una emanación de la personalidad, así como la expresión del poder jurídico del que una persona como tal se halla investida, de ahí resulta: que sólo las personas físicas y jurídicas pueden tener un patrimonio; que toda persona tiene necesariamente un patrimonio, aunque no posea ningún bien actual; [y] que dicha persona no puede tener más que un único patrimonio [...]» [AUBRY, C. y RAU, C. (1917). *Op. cit.*, T. IX, p. 335 y s.].

⁵⁴ Ya lo hemos venido a indicar anteriormente, cuando decíamos que la masa patrimonial actúa como una suerte de efigie del deudor en el universo económico que se somete al consecuente poder de agresión, igualmente crematística, del acreedor.

⁵⁵ Para una acertada disertación acerca de la confusión de los conceptos de capacidad económica y patrimonio, *vid.*, FERRARA, F. (1921). *Op. cit.*, vol. 1, parte 1, p. 870.

⁵⁶ DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 35.

dichos elementos puedan hallar su resonancia e integrarse ya que, en caso contrario, la seguridad jurídica se vería perjudicada.

De este modo, si queremos dotar a la concepción del patrimonio de una verdadera perfección y, a su vez, otorgarle cierto grado de independencia con respecto a una identidad subjetiva (la cual, a pesar de su importancia, no debería exacerbarse hasta el extremo), cabría añadirle entonces un componente *objetivo* o interno. Éste consistiría en un elemento finalista o, lo que es lo mismo, un interés a cuyo servicio se encuentre la masa patrimonial⁵⁷. Evitándose la confusión entre personalidad y patrimonio, el efecto práctico por excelencia de esta visión sería permitir la existencia de más de una tipología patrimonial, aparte de la estrictamente derivada de la entidad personal, que permita a los sujetos actuar de un modo más adecuado en el mercado mediante la administración de distintas masas patrimoniales. Ése es leitmotiv que configura la *teoría moderna* o del *patrimonio-afectación*, que actualmente es la propuesta que ha alcanzado un mayor grado de aceptación científica⁵⁸. Esta visión se engarza con la definición que nos ofrece CASTÁN de patrimonio, quien lo considera como un «conjunto de derechos susceptibles de estimación pecuniaria, íntimamente ligados entre sí por su afectación a los fines generales de la persona –como centro de su poder jurídico– o por su afectación a un destino especial [...], [constituyendo una unidad] de la que forman parte también las obligaciones del titular»⁵⁹.

⁵⁷ Destacamos, eso sí, que ese elemento interno se añade al sujeto y no lo sustituye. La visión teórica en la que esto sucedería recibe el nombre de *tesis objetiva*, en la que habría dos tipos de patrimonio: los que se reúnen en torno a la persona y aquellos cuya argamasa sería su finalidad. Expresándolo en palabras de BRINZ (quien junto a BEKKER constituye la figura más representativa de esta escuela): «La verdadera esencia del patrimonio está en el tener o el pertenecer a una invisible relación jurídica entre personas y bienes. Pero esta relación y conexión puede existir o subsistir aún entre fines y bienes, quedando sustituida la persona por un fin determinado» [En DE LOS MOZOS, J.L. (1991). «Aproximación a una teoría general del patrimonio». Revista de Derecho privado, año 75, núm. julio y agosto, p. 592].

⁵⁸ Sobre este punto de nuestro estudio y a efectos de arrojar más luz sobre la teoría del patrimonio-afectación, *vid.* ROJINA, R. (2008). *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2 (41ª ed.). México D.F.: Porrúa, p. 11 y ss. – GONZÁLEZ PIANO, M. del C., HOWARD, W, VIDAL, K. y BELLIN, C. (s.a.). *Op. cit.*, p. 181 y s. – DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 37.

⁵⁹ CASTÁN, J. (1952). «En torno a la teoría del patrimonio». Revista de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, separata, p. 2. En un sentido muy similar se pronuncia HANISCH, quien concibe al patrimonio como «un conjunto de derechos, positivos o negativos económicamente, de los que es cabeza

Aunque consideraremos posteriormente si tienen o no cabida las obligaciones dentro del patrimonio –aunque ya adelantamos que compartimos esa tesis–, ahora mismo nos interesan los otros dos elementos que aparecen en la anterior descripción: la finalidad u objeto y el papel desempeñado por el sujeto. Según se deduce del enunciado, el nexo de cohesión del patrimonio se encuentra fundamentalmente en su dimensión finalista, encarnada por unos fines o intereses que aquí se describen como *generales* u orientados a un *destino específico*. Los propósitos generales se identificarían con el patrimonio estrictamente subjetivo, ya preconizado por la teoría clásica, mientras que al hablar de una meta específica se abriría a las posibilidades prácticas que arroja la tesis del patrimonio-afectación. Además y en todo caso, siempre va a estar al servicio del sujeto a cuya dirección se someta dicha unidad patrimonial, como un medio de apoyo al desarrollo de su personalidad y obra.

Entremos a discutir la hipótesis anteriormente enunciada de que una sola persona tenga en su mano diferentes patrimonios. En abstracto y de un modo muy genérico, podríamos afirmar que esos *fines generales* se pueden desplegar en ámbitos o *sectores objetivos* (todos los cuales, en última instancia, se desenvuelven en el terreno común del mercado, el cual se erige como el «gran teatro» de la vida económica). Así puede suceder que en una sola persona concurren muy diferentes sectores objetivos, en los que fines o intereses del todo dispares le sirvan de estímulo para desarrollar su actividad económica⁶⁰. Ahora bien, adulteraríamos la realidad si afirmásemos que todos los propósitos de índole económica poseen la aptitud de constituir un fin legítimo en torno al cual organizar autónomamente una masa patrimonial. Por el contrario, únicamente gozarán de esa idoneidad para el Derecho aquellos fines que estén revestidos de un

una persona actual o futura, y que son mantenidos en forma unida por una serie indefinida de intereses» HANISCH, H. (1977). *Op. cit.*, p. 13.

⁶⁰ Pensemos, a título ejemplificativo, en un empresario persona física. *A priori*, claramente distinguimos lo que deberían ser dos esferas de intereses: una profesional y otra de naturaleza personal. En principio, cada una estaría compuesta por diferentes bienes, derechos y obligaciones que estarían al servicio o se deducirían, respectivamente, del desempeño de su actividad mercantil y del sostenimiento de su ámbito vital privado. Asimismo, esta misma órbita privada se podría subdividir perfectamente en dos dimensiones: una familiar, dedicada a atender los costes derivados de la convivencia conyugal o de los alimentos debidos a descendientes o ascendientes, y otra personal *stricto sensu* (una diferenciación que emergería claramente en situaciones de crisis matrimonial). En definitiva, distintos intereses conformarían diferentes masas patrimoniales que actuarían de manera idealmente autónoma, a cuyo frente se colocaría un único sujeto a quien le corresponde una función eminentemente directiva.

interés un social y que, en cuanto a tal, tengan un reconocimiento legal expreso y una apropiada ordenación de su régimen jurídico⁶¹. Si el objetivo que sirve de piedra angular al patrimonio fuera inicuo o careciera de un cauce por donde desenvolverse, se ocasionaría una perturbación al buen funcionamiento del mercado. El problema principal es fácilmente deducible: la más que posible confusión de masas sometidas a un mismo ámbito de potestad y, por consiguiente, de responsabilidad en caso de incumplimiento de aquellas obligaciones que se hubieren contraído. Por eso numerosos modelos legislativos acaban convirtiendo al sujeto en el centro de gravedad en torno al cual se aglutina al patrimonio, extendiéndose así la responsabilidad generada en una de las concretas esferas de interés de la persona a todo el conjunto de su acervo económico, sin que tenga relevancia práctica la dimensión objetiva antes descrita⁶². En este caso no sólo está presente el principio de universalidad, sino que se lleva hasta su extremo en aras de maximizar el principio rector de la seguridad jurídica y evitar actuaciones que pudiesen resultar en un fraude de acreedores.

Eso nos conduciría al supuesto triunfo del mero subjetivismo que propugnaba la *teoría clásica o personalista*. No obstante, nuevamente debemos huir del error al que en no pocas ocasiones nos aboca el imperio de la apariencia. Recordemos que el porqué de ese *modus operandi* responde a un criterio de estricta utilidad orden práctico fundamentado en que, si la capacidad volitiva para actuar en el mercado por parte de la persona es única, tiene sentido esa *vis atractiva* en la afectación de todo su acopio patrimonial al señorío de la responsabilidad; si bien ello no quita que el elemento objetivo, esos fines generales, sigan presentes, aunque se vean eclipsados por la presencia del sujeto. Recurriendo a una imagen gráfica, lo que en realidad ocurre es que el sujeto se superpone, a modo de recubrimiento o pátina, a una estructura interna de carácter

⁶¹ Atinadamente observa CASTÁN que las normas que regulan el patrimonio deban ser imperativas para amparar esa seguridad jurídica, «pues hay en el patrimonio y en su regulación intereses sociales que trascienden a los de su titular». O lo que es lo mismo, no se va a dejar al libre arbitrio del sujeto la articulación de sus esferas patrimoniales. En CASTÁN, J. (1952). *Op. cit.*, p. 45.

⁶² Siguiendo a DE CASTRO, «la importancia básica que, para la seguridad jurídica, tiene la buena delimitación de los patrimonios, lleva a excluir de la autonomía de la voluntad lo referente a la creación, transmisión, separación, reunión y disolución de patrimonios. Dichos hechos quedan sometidos a la regulación imperativa de las leyes y fuera de los cauces legales carecen de validez» [DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 40]. En definitiva, estamos haciendo referencia a uno de los caracteres especiales del patrimonio: su articulación *ex lege* y no en base al mero hecho voluntarista.

finalista; siendo un armazón que, en última instancia, está al propio servicio de la persona y atiende al provecho de la sociedad en todo su conjunto.

Concluiremos afirmando que, a la hora de determinar la auténtica naturaleza jurídica del patrimonio, deberemos decantarnos por una *tesis híbrida* entre el personalismo y el finalismo. Así las cosas, tanto el titular –el cual, con base en la voluntad nacida de su fuero subjetivo, desempeña una función directiva– como el interés o propósito –que sirve de fundamentación teleológica– constituyen la argamasa que ejerce de común sustento al conjunto de bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio. En este punto no podemos dejar pasar por alto una idea muy original, que se descubre cuando focalizamos nuestra atención en la intencionalidad que se pretenda con la masa patrimonial: perfectamente puede suceder que diferentes patrimonios cuya titularidad recaiga sobre distintas personas deban ser valorados como si se tratase de una única masa, atendiendo al proyecto que se tenga para con ellos en la vida económica cuando las voluntades de sus titulares sean totalmente concurrentes; debiéndose prescindir así del criterio de la simple titularidad nominal, que disgregaría ese patrimonio común en distintas esferas⁶³.

2.3.- Tipologías de patrimonios

La continuación natural del anterior apartado pasaría por la descripción de los diferentes tipos de patrimonio que podemos encontrarnos a nivel dogmático. Si, como ya hemos argumentado, los fundamentos axiológicos del patrimonio son el sujeto que se pone a su frente y la finalidad a la que sirve, será la modulación de uno y otro lo que acabe dando origen a sus diferentes clases. Para empezar, el *patrimonio personal* sería su prototipo por excelencia: se halla unido a un titular y al servicio de unos fines generales, que es la actuación de la persona en la vida económica. En él confluiría todo el acervo económico de la persona (tanto positivo como negativo) y, en principio, no cabría hacer distinciones según los intereses que ésta albergue salvo por expresa habilitación legal,

⁶³ Ese sería el caso del concurso de los grupos de sociedades, que más adelante atenderemos. En ellos, en tanto que se compartiría un mismo ámbito de control último e igual finalidad en el mercado, patrimonios que en principio pertenecerían a personas jurídicas diferentes tendrían un tratamiento más o menos comprensivo para adaptarse a las vicisitudes de esa situación concreta. Objetividad y seguridad jurídica se darían la mano en esta ocasión, sirviendo de criterio extensor para la responsabilidad universal.

habida cuenta que ello pondría en riesgo la seguridad jurídica en el tráfico civil y mercantil⁶⁴. Además, por esta íntima unión existente con el sujeto de derecho, el patrimonio se verá afectado las alteraciones relevantes que experimente su titular (como pueda ser el cambio de su estado civil o la declaración de insolvencia)⁶⁵. Una segunda tipología sería el *patrimonio separado*: en este caso, aunque siga perteneciendo a un titular, su centro de gravedad se desplaza hacia su vertiente finalista por hallarse legalmente destinado a un objetivo concreto (con lo que tendría una mayor autonomía con respecto a la voluntad subjetiva, dependiendo su régimen concreto de cada modelo legislativo específico). En tercer término se encontraría el *patrimonio en situación de interinidad*, que se daría en los casos en los que no existe un titular actual pero hay alguien llamado a serlo. Su meta es muy clara: impedir la disgregación de sus componentes, salvaguardando el interés del futuro titular y de los acreedores hasta que dicho escenario de anormalidad temporal se extinga, con lo que la autonomía de la voluntad del administrador transitorio que con él opere deberá ser conducente a dicho fin⁶⁶. La cuarta especie, el *patrimonio de mera afectación*, supondría una exacerbación de la faceta finalista hasta el punto de hacer desaparecer la voluntad subjetiva, tanto

⁶⁴ Afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN esa *vis atractiva* para englobar las relaciones jurídico-económicas en toda su extensión y la vocación de servicio del patrimonio a los fines de la persona, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1 (11ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 393.

Ahora bien, como estudiaremos más adelante, un ejemplo paradigmático que permitiría separar la masa patrimonial es el supuesto de un establecimiento permanente en caso de insolvencia, ya sea únicamente de ésta o de la persona en toda su amplitud, para la protección de los acreedores de un foro determinado cuando las operaciones económicas desarrolladas tienen un alcance internacional.

⁶⁵ A propósito de las situaciones en que puede hallarse el patrimonio, *vid.* DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 55 y s.

⁶⁶ Ejemplos paradigmáticos de patrimonios interinos serían la herencia (cuyo contenido patrimonial deberá integrarse en otro patrimonio personal) el patrimonio del ausente (que se le retornará a su retorno o, en caso de declararse su fallecimiento, se asimilará a la herencia), el patrimonio del menor (que será el titular dominical del mismo aunque, al carecer de la debida capacidad de obrar en muchos supuestos, deberá ser gestionado por quien ostente la patria potestad o su tutela) y el patrimonio del incapaz (si bien, en este caso, sería más difícil otorgarle ese carácter de interinidad dada la previsible permanencia de la situación de incapacidad en el tiempo; aunque ello no quita que tendría un objetivo y régimen análogo al del patrimonio del menor: procurar el bienestar de su titular y procurar, en la mayor medida de lo posible, el mantenimiento o acrecimiento de su riqueza).

presente como futura⁶⁷. Por último, podríamos otorgar la titularidad de un patrimonio a una pluralidad de personas distintas. Sería el *patrimonio colectivo*, en el que una serie de bienes, derechos y obligaciones compartirían un común destino, pero cuya dirección efectiva deberá recaer en más de un sujeto⁶⁸.

⁶⁷ DE CASTRO enuncia una consideración bastante negativa hacia el abuso de esta figura jurídica al entender que, si los bienes económicos se viesen privados de la voluntad que los vivifica para verse sometidos a un destino perpetuo, sólo nos quedaría la triste perspectiva del progresivo anquilosamiento de la economía y la sociedad [vid. *ibíd.*, p. 60 y s.]. En España esa fue precisamente la situación que criticaba JOVELLANOS, cuando una proporción no pequeña de los bienes productivos del país se hallaban en una situación de *manos muertas* que, a su juicio, dificultaba el progreso económico y condenaba a la pobreza al tejido social. En palabras de este pensador ilustrado, que la voluntad de un sujeto pudiese «quitar para siempre a su propiedad la comunicabilidad y la transmisibilidad, que son sus dotes más preciosas [...], son cosas no sólo repugnantes a los dictámenes de la razón y a los sentimientos de la naturaleza, sino también a los principios del pacto social y a las máximas generales de la legislación y la política» [JOVELLANOS, G. M. (1795). *Informe de la sociedad económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de ley agraria, extendido por su individuo de número el señor don Gaspar Melchor de Jovellanos, a nombre de la junta encargada de su formación*. En NOCEDAL, C. (1859, ed.). *Obras publicadas e inéditas de Don Gaspar Melchor de Jovellanos*, T. II. Madrid: Rivadeneyra, p. 104]. Estos pensamientos tendrían resonancia décadas más tarde bajo la forma de los movimientos desamortizadores del siglo XIX, que suprimirían las capellanías e institutos análogos y convertirían a los patrimonios de mera afectación en una anécdota jurídica y reducirían drásticamente su relevancia en un plano práctico. De ahí que no les vayamos a prestar mayor atención, no sin antes remitirnos para el caso de España a un interesante estudio de RIESCO TERRERO en el que analiza la evolución de dichas figuras jurídicas en la convulsa historia de este país desde la aprobación del Código Civil de 1889 –texto que, en gran medida, en sus artículos 746 y 747 enmienda la prohibición absoluta de testar a favor de la Iglesia, que era la principal vía de formación de esta variedad patrimonial– hasta que se llega a la normalización de la situación ya a mediados del siglo XX. Vid. RIESCO TERRERO, A. (1962). «Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1860)». *Anuario de Derecho Civil*, T. 15, fasc. 2, abril-junio 1962, p. 365.

⁶⁸ Sería el caso del régimen económico de la sociedad de gananciales, donde quedaría en manos de los dos cónyuges la efectiva administración de la masa patrimonial, o de aquellos tipos sociales mercantiles o familiares que, sin tener personalidad jurídica propia, deban ser gestionadas por una pluralidad de sujetos. Ahora bien, encontraríamos muchísimos obstáculos a considerarlos verdaderamente un patrimonio, pues el régimen de responsabilidad es tendente a extenderse al patrimonio personal de sus titulares.

2.4.- Características

Una vez expuestos todos los aspectos sobre la naturaleza jurídica del patrimonio, serían fácilmente deducibles las características comunes a toda tipología patrimonial. Con tal de organizarnos, dada su claridad y concreción a la hora de enumerarlas, vamos a seguir la doctrina de DÍEZ-PICAZO, quien las clasifica en cinco puntos: la *legalidad*, pues todo patrimonio debe ser establecido por la Ley y nunca por la mera voluntad de su titular (la cual no tiene trascendencia para el Derecho; la *instrumentalidad*, pues siempre persigue una finalidad (sea el interés general de su titular en el patrimonio personal o un destino concreto); la *autonomía*, pues cada esfera patrimonial es distinta de otras y sobre cada una de ellas actúa un orden específico de la responsabilidad por deudas; la *unidad*, que es necesaria para sostener la identidad sustancial de la masa, sea cual sea su composición concreta; y, por último, la *intransmisibilidad*, pues sólo se podrán transmitir determinados bienes o derechos y no un patrimonio completo, el cual debería pasar antes por un proceso de liquidación para ser subsumido en otro⁶⁹.

El siguiente punto que le interesa a nuestro razonamiento consiste en considerar el elemento que podría definirse como temporal del patrimonio o, siendo más específicos, aquel componente que concretamente atendería a su extensión vital. En congruencia con las ideas ya planteadas, el discernimiento que la cuestión merece no puede ser más perspicuo: en tanto que la persona tenga la aptitud de ejercitar sus derechos y contraer obligaciones pecuniarias en un determinado ámbito económico, de igual modo debe predicarse la pervivencia de la esfera patrimonial que recaiga bajo su dominio⁷⁰. A

⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2005). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 391 y s.

⁷⁰ Incluso podríamos ir más allá y observar, en el caso de las personas físicas, cómo su defunción no supone la desaparición de su esfera patrimonial. Como veremos en breves instantes, ese conjunto de bienes, derechos y obligaciones pervive tras el fallecimiento de su titular y la consecuente desaparición de la personalidad que los agrupa, incluso antes de ser incorporados a la esfera de dominio de otra persona, bajo la especial forma de un patrimonio separado. Ello es así porque subsiste la dimensión final del patrimonio: es el objetivo pretendido con esta construcción jurídica la salvaguarda de la seguridad jurídica, no permitiendo que la obligación ni la consecuente responsabilidad pierdan su eficacia en ningún momento al carecer de un activo patrimonial sobre el que recaer. Su sentido último hunde las raíces en la incertidumbre del momento en que acaecerá el hecho humano de la muerte, en contraste con la disolución de las personas jurídicas que, hasta que no hayan cumplimentado sus obligaciones y repartido el activo restante entre los socios, deberían seguir manteniendo su personalidad. Sobre este último punto en particular se pronuncia claramente tanto la legislación española como la jurisprudencia italiana: en la

mayor abundamiento, ligando el patrimonio al meritado aspecto de garantía, si universal es la responsabilidad en una dimensión material, no menor debe ser su alcance cuando lo plasmamos en la variable temporal y, por ende, también aquí su tendencia natural será la de extenderse *ad infinitum* en la mayor medida posible⁷¹.

Esa nota de perdurabilidad en el ser del patrimonio no ha de confundirse, sin embargo, con una suerte de petrificación de sus elementos integrantes. Muy por el contrario, hemos de constatar que su composición concreta debe concebirse, al menos en circunstancias normales, como un agregado de suyo variable (el cual mantiene su identidad gracias al ya mencionado carácter de unidad). La idiosincrasia del tráfico civil y mercantil exige que los bienes, derechos y obligaciones puedan desplazarse de un ámbito de poder a otro, pues si se coagulase dicho acervo de nada serviría a la finalidad de interrelación socioeconómica que justifica su existencia⁷². Si se nos permite la analogía, la dimensión económica de la persona bien podría compararse al acontecer de

primera, al consagrarse expresamente en el artículo 371.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el mantenimiento de la personalidad jurídica mientras se realiza la liquidación; mientras que en la segunda, la Corte di Cassazione ha establecido que «la entrada en liquidación de una sociedad no determina una mutación de la personalidad jurídica de la misma, ni tampoco la sustitución de un sujeto de derecho por otro, sino simplemente la modificación del objeto social que, por efecto de la liquidación, se dirige directamente a la liquidación del activo y a su reparto entre los socios, previa satisfacción de los acreedores sociales», siendo su finalidad que haya una continuidad en la sociedad antes y después de su entrada en liquidación, «de manera que los actos realizados antes de la misma continúen produciendo efectos y sean jurídicamente vinculantes ante la sociedad» [Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, primera sección, del 19 de diciembre de 2008, punto 4].

⁷¹ Justamente en esos términos se expresa tanto la legislación civil italiana y como la española al mencionar el objeto sobre el que recae la responsabilidad civil: «todos los bienes [del deudor], presentes y futuros» [artículo 2740 del *Código Civile italiano* y artículo 1911 del *Código Civil español*]. No obstante, como veremos más adelante, este principio general de extender la responsabilidad civil *in hilo tempore* puede quebrar en sede de insolvencia con la figura de la quita –que, en aras de facilitar la función solutoria propia del concurso, permite la reducción de una parte del pasivo debido a los acreedores– o, más especialmente, del instituto de la condonación de deudas. Ello supondría una clarísima excepción de la responsabilidad civil universal en el plano temporal, cuya pretensión última es dar una segunda oportunidad al empresario persona física para que reinicie su actividad sin arrastrar deudas pretéritas (lo que se conoce como *fresh start* en terminología anglo-americana) y así recuperarlo para el mercado y la sociedad.

⁷² En este mismo sentido se pronuncia DÍEZ-PICAZO, quien afirma que «la base del sistema económico es el intercambio» [DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 47].

un organismo vivo: tiene la posibilidad de crecer o de menguar, según sean los avatares de la voluntad y la fortuna, pero incluso en una situación de relativa estabilidad, en la que no ocurra una transformación ostensible en sus dimensiones o forma, toda entidad viviente va a seguir experimentando un proceso de renovación en sus moléculas constituyentes. Así las cosas, el normal intercambio entre un ser vivo y el medio ambiente que lo rodea únicamente se interrumpirá en dos circunstancias: en primer lugar cuando, por algún motivo, se vea obligado a entrar en un estado de latencia y deje en suspenso sus funciones vitales habituales; o, como segunda alternativa, cuando sus procesos metabólicos cesen de manera definitiva y esa entidad se convierta en un cadáver, al cual sólo le quedará el destino de descomponerse y ser absorbido por el ecosistema.

El correlato con el patrimonio no puede ser más claro. En circunstancias normales, por efecto de su actuación o incluso del mero mantenimiento de su presencia en el mercado, los elementos fácticos que constituyen el acervo patrimonial están sometidos al imperio de la mutabilidad. Eso sí, esta característica después se plasmará de un modo más o menos intenso en la realidad, habida cuenta que no todos los bienes jurídicos son igual de volátiles en cualquier escenario, encontrándonos así con derechos y obligaciones dotados de una mayor persistencia a lo largo del tiempo⁷³. Además, siguiendo con el

⁷³ A modo ejemplificativo, pensemos en el patrimonio de una persona jurídica. Su razón de ser por excelencia radica en desempeñar una actividad y ofrecer un bien económico al sistema (entendiendo por «bien económico» tanto un bien material *stricto sensu* como un servicio). Por eso continuamente deberá asumir obligaciones para adquirir nuevos derechos, lo cual se traduce en un continuo intercambio entre su esfera patrimonial y el medio económico que le circunde. Ahora bien, bien hay elementos del patrimonio que están sometidos a una mayor erosión que otros. Por ejemplo y como resulta obvio, no es lo mismo el componente de caja de la entidad (que atenderá pagos y recibirá cobros continuamente, derivándose de ahí su permanente fluctuación) que referimos a sus medios productivos (los cuales, aunque actuantes en el mercado y como elementos patrimoniales sobre los que igualmente recae la responsabilidad patrimonial, van a ser en principio más estables).

Creemos que el criterio que puede ayudarnos a discernir esa mayor o menor permanencia en el haber patrimonial es la distinción entre el *valor en utilidad* y el *valor de cambio* que puedan albergar dichos derechos y obligaciones. Acudiendo a la formulación clásica de SMITH, el *valor en utilidad* haría referencia a que el centro de gravedad de ese bien jurídico radica en el uso que el sujeto vaya a darle; mientras que el *valor de cambio* encuentra su vocación en la permuta, que se encamina a la consecución de otros bienes y derechos a cambio de la disposición de ese elemento [SMITH, A. (1794). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, T. I. Valladolid: Oficina de la Viuda e hijos de

símil orgánico, en determinados contextos de crisis puede interesarnos limitar la normalidad de la vida económica y ejercer un mayor control sobre el tráfico jurídico en el que obra el patrimonio –cuyo ejemplo paradigmático, como observaremos más adelante, es la situación de insolvencia–. Finalmente, con la desaparición de la personalidad que aglutina a la masa patrimonial, no podrá sino sobrevenir la progresiva disolución de ésta última, encaminándose a su ulterior asunción por otros sujetos de derecho.

Coincidimos así con la opinión sostenida por FERRARA en virtud de la cual, para especificar positivamente el contenido del patrimonio, debemos atender a la realidad concreta en cada uno de los instantes de la vida económica de la persona⁷⁴. En definitiva, no existe una suerte de «fotografía fija» que resuma en tan sólo una

Santander, p. 47]. Así las cosas, los componentes permanentes que estén al servicio de la prestación de aquellos bienes o servicios que constituyan el objeto social se inscribirían en esa primera dimensión, mientras que la prestación de bienes y servicios en sí misma considerada o los intercambios dinerarios encaminados a su producción o derivados de ésta responderían al segundo ámbito. En definitiva, aplicar esta sencilla estructura a nuestra reflexión nos conduciría a revestir lo permanente de un *valor en utilidad* y lo mutable de un claro *valor de cambio*.

Sin embargo, y dado que todos los elementos actúan en un mismo terreno de juego que es el mercado, el distinto valor subjetivo que se les otorgue no les impediría trastocar sus papeles. De esta manera, un bien cuya finalidad primordial fuese el intercambio podría ser perfectamente utilizado por la propia persona (en eso consiste el autoconsumo) y, de igual modo, un bien en principio útil podría terminar siendo objeto directo del tráfico jurídico (como sería la venta de una unidad productiva). Eso sí, hay un precio a pagar: la desnaturalización de ese objeto, al orientarse hacia un destino impropio al que fuera su proyecto original. Aunque suponga adelantarnos en el temario y adentrarnos en el Derecho de la insolvencia, esta idea encaja con una interesantísima reflexión del padre de la economía según la cual el *valor en utilidad* y el *valor de cambio* son, en no pocas ocasiones, magnitudes inversamente proporcionales; esto es: lo intercambiable tiene escaso valor relativo en lo útil, mientras que lo útil no ofrece todo el valor que le es debido cuando fuera a intercambiarse [*loc. cit.*]. Esta última afirmación, relativa al momento en que el *valor útil* se ve obligado a transformarse en un *valor canjeable*, responde perfectamente a una desafortunada realidad bien conocida por aquellos que estamos familiarizados con los procedimientos concursales: el momento en que la normal disposición del patrimonio quiebra y, en aras de lograr una mínima supervivencia, muchos componentes económicamente identitarios de la persona deben salir de su patrimonio. Efectivamente se podrá percibir una contraprestación dineraria por esa disposición, aunque será a consta de cercenar el vigor potencial que el concursado posteriormente pueda desplegar en el tráfico jurídico (todo ello por no hablar de que dicha disminución tendrá, si cabe, un calado más profundo cuando deba realizarse precipitadamente a causa de una situación de crisis).

⁷⁴ FERRARA, F. (1921). *Op. cit.*, vol. 1, parte 1, p. 869.

instantánea ese discurrir tan dinámico como potencialmente cambiante. Por el contrario, diremos que se compone de múltiples fotogramas que, concatenados, arrojan esa sensación de movimiento. Ahora bien, en un momento dado al Derecho le puede interesar valorar cuál era el estado patrimonial en un intervalo concreto, congelando esa imagen para trabajar con ella y lograr unos propósitos jurídicamente legítimos; o, al mismo tiempo, puede operar con una *photo finish* del colofón de esa carrera vital en aras de determinar el destino de la masa patrimonial supérstite al sujeto protagonista.

2.5.- *Composición del patrimonio*

Finalmente, lo que debemos determinar es qué elementos pueden llegar a aparecer en cada una de esas estampas. Nuevamente la unidad doctrinal brilla por su ausencia y, para observar cuál es el contenido del patrimonio, debemos contemplar diferentes posiciones científicas enfrentadas: desde aquellas que consideran si debe fundarse o no sobre elementos de una misma naturaleza jurídica (esto es, sólo bienes, derechos u obligaciones) hasta las que discuten sobre si hay que incorporar también las deudas dentro de su esfera. Tras una meditada reflexión, creemos que la tesis ofrecida por DÍEZ-PICAZO es la más atinada, precisa y completa, decantándose este autor por una visión que se caracteriza por su alcance particularmente omnicomprendivo. Parte de la base axiológica de la «unidad fundamental del Derecho civil patrimonial»⁷⁵, en la que se unen dos grandes ramas del Derecho privado: el Derecho de obligaciones y el Derecho de cosas. La razón estriba en que ambas realidades están totalmente interconectadas y no se puede comprender el universo económico del individuo cuando se prescinde de cualquiera de ellas⁷⁶.

Partamos de un antecedente ya mencionado a lo largo de nuestro hilo discursivo: detrás de esa masa apriorísticamente indeterminada, cambiante y universal de bienes jurídicos a la que llamamos patrimonio se pueden acabar individualizando unas unidades específicas a las que denominaremos, valga la redundancia, *unidades patrimoniales*.

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 40.

⁷⁶ Siguiendo las palabras literales del civilista español, «el sistema de las operaciones económicas y del intercambio no es comprensible sino partiendo y llegando a un estado de la propiedad y de los derechos sobre los bienes y, a la inversa, este último no resulta fácil de comprender si no se examina la dinámica económica de la que es en rigor consecuencia» [*loc. cit.*].

Recordaremos igualmente que dichas unidades, sea cual sea su contenido específico, se caracterizan siempre y en todo momento por dos notas esenciales que, de manera más o menos explícita, ya hemos señalado: su valor económico y la susceptibilidad de ser atribuibles a un titular. Pues bien, desde esta primerísima aproximación, ya parece meridianamente claro que debemos incluir tanto los bienes (*Derecho de cosas*) como los derechos y obligaciones (*Derecho de obligaciones* que, como veremos en breves momentos, adquirirá uno u otro nombre según sea su signo para la persona) dentro del rango de alcance del patrimonio, habida cuenta de que responden claramente a esos dos requisitos primordiales.

Ahora bien, si nos detenemos un instante y le prestamos la debida atención, observaremos que la unión entre esos tres elementos es sustancial e inextricable. Son, en pocas palabras, manifestaciones concretas de una misma realidad jurídica subyacente y, como acabamos de expresar, nuestra comprensión sobre la realidad económica en su más amplia esfera quedaría de algún modo huérfana e incompleta si le privásemos al patrimonio de alguna de estas dimensiones conmutables entre sí. Ese núcleo o contenido común es lo que denominamos *derecho subjetivo* que, en un sentido general y abstracto, se definiría como la capacidad de la persona para desplegar un poder o señorío sobre el cosmos material y social que le circunda. No empero, a los efectos que ahora nos interesan, deberemos referirnos al concepto más específico de *derecho subjetivo patrimonial*, en que dicha potestad se limita a objetos o realidades traducibles a una magnitud dineraria⁷⁷.

Dicho lo anterior, a continuación debemos estructurar los componentes que integran el *totus patrimonialis* dentro de un orden lógico. En primer lugar, el poder que tiene su origen en el derecho subjetivo puede tener dos signos: uno positivo, cuando manifiesta el imperio que ejerce la persona sobre su esfera patrimonial, y, a *sensu contrario*, otro negativo, en la medida que refleja el poder del que se arroga un tercero frente a esa misma masa. Evidentemente, los bienes y derechos constituyen el afluente que aporta un caudal positivo al patrimonio, mientras que las obligaciones o deudas actuarían como un drenaje en sentido negativo. De ahí a discurrir que la unidad entre ambas vertientes del patrimonio debe considerarse como indisoluble sólo hay un paso, el cual daremos en

⁷⁷ Sobre la definición de derecho subjetivo y de derecho subjetivo patrimonial, *vid.* DíEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 57.

el preciso momento en que recordemos el instituto de la responsabilidad –en virtud del cual, como ya hemos estudiado en un punto anterior de nuestro análisis, se hace responder al deudor de las obligaciones que hubiere contraído con sus bienes y derechos en toda su amplitud–. Expresándolo en otros términos, es de esa posibilidad de trasvasar el contenido de una vertiente a otra del patrimonio de donde se deduce la perfecta eutritmia entre sus caras activa y pasiva, la cual comienza como una necesidad operativa derivada de la idiosincrasia de la vida económica y se revela después como una auténtica consonancia ontológica⁷⁸. DE CASTRO, acertadamente, sostiene esta misma opinión añadiendo un matiz interesante a los efectos que nos interesarán en la siguiente sección. Partiendo de la imposibilidad de despegar las obligaciones de los bienes, para lo que utiliza una expresión tan gráfica como aludir a la «viscosidad de las deudas», indica que la relación entre las magnitudes activa y pasiva determina el *estado patrimonial*, del que se predicará su solvencia o insolvencia⁷⁹. Asimismo, también efectúa una importante distinción entre lo que es una obligación que, efectivamente, vincula a todo el patrimonio y las cargas patrimoniales, que imponen un deber que afecta únicamente a bienes o derechos puntuales⁸⁰. Naturalmente y de cara a nuestra investigación, aunque esta última categoría de obligaciones también se inscribiría en el patrimonio, no captarán tanto nuestra atención como aquellos otros deberes de donde se desencadene la responsabilidad patrimonial ilimitada en toda su extensión.

Fijémonos ahora exclusivamente dentro de la esfera de signo positivo del patrimonio, la cual comprende tanto la categoría de los bienes como la de los derechos. Nuevamente, a la luz del Derecho patrimonial, una observación concienzuda revela que no existe una

⁷⁸ En pocas palabras, explicaremos este apotegma argumentando que en la naturaleza jurídica de la obligación en sí misma considerada no nos encontramos con un carácter sustancialmente pasivo. Ya hemos indicado que si su signo es negativo para con un haber patrimonial concreto se debe al efecto de una visión relativa, pues tendrá el carácter positivo o de derecho para otro sujeto. Todo ello va en línea con la concepción misma que ya hemos arrojado acerca del mercado, que se instituye como un mecanismo de derechos y obligaciones recíprocas de los que es garante el ordenamiento jurídico. En definitiva, observando la realidad desde la privilegiada atalaya de la abstracción científica que nos aleja de un feudo patrimonial específico, sólo hay derechos subjetivos cuyos titulares están enfrentados en su objeto específico. De ahí a la unidad ontológica última entre los perfiles activo y pasivo del patrimonio.

⁷⁹ DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 47 y s.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 48. En este mismo sentido, aunque más desarrollado, es interesante el comentario que DÍEZ-PICAZO hace sobre los derechos reales *in faciendo* y las obligaciones *propter rem*, que se encuadrarían dentro de la categoría que acabamos de enunciar; *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 66.

excesiva lejanía entre ambos órdenes jurídicos. No en balde, tienen como fundamento común la ya referida estructura del derecho subjetivo patrimonial el cual, a mayor abundamiento, en este caso siempre acabará arrojando un señorío a un titular concreto. La diferencia entre bienes y derechos se hallará entonces en las características y alcance que ese poder conferirá sobre la realidad económica, si bien antes hemos de puntualizar algunos aspectos sobre el significado de los dos términos. En primer lugar, cuando *lato sensu* hablamos de bienes estamos haciendo alusión a un ámbito que en la dogmática jurídica se denomina *Derecho de cosas* y que se disciplina y estructura bajo la forma del *Derecho real*⁸¹; y, en segundo término, los meritados *derechos* sería una contracción de la expresión derechos personales o de crédito⁸².

Hecha esta aclaración, habría dos grandes concepciones que nos ayudarían a diferenciarlos. Por un lado, la *tradición clásica* postula que los derechos reales tienen un carácter inmediato (por cuanto establecen una relación de dominio directa entre un titular y un bien o cosa sin que deba intervenir tercero alguno) y los derechos de crédito, mediata (en la que, al tratarse de una relación interpersonal, lo que se otorga a su titular es la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación determinada a un sujeto pasivo, en cuyas manos está su efectiva realización)⁸³. Por otra parte, negando que el

⁸¹ Bien pensado, hablar de *Derecho de cosas* y de *Derecho reales* no deja de ser una redundancia, pues el vocablo latino *re* del que se deriva el adjetivo «real» significa literalmente «cosa» en nuestra lengua. Hablamos del concepto romano del *ius in re* o «derecho sobre la cosa». Sobre la concordancia y misma significación entre las expresiones latina y española, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 3 (4ª ed.). Madrid: Civitas, p. 67.

⁸² Históricamente es interesante destacar que la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito se remonta al Derecho romano. El más claro exponente lo hallamos en ULPIANO, quien entendía que la totalidad del Derecho circunscribe a tres realidades jurídicas: las personas, las cosas y las acciones («Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones») [en ORTOLAN, M. (1884). *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*, T. I. Madrid: Librería de Don Leocadio López, p. 44 y s.]. En esta ocasión el juriconsulto latino agrega a las dos categorías sustantivas del Derecho civil patrimonial su componente adjetivo, que actualmente concebimos como el Derecho procesal.

⁸³ Asimismo, con respecto a los derechos reales, nos interesa indicar las distintas formas en las que se puede llegar a expresar. En tal sentido no podemos dejar de citar los pensamientos de RUGGIERO, que lo concibe de un modo perfectamente preciso e inmejorable: «Derechos reales (*iure in re*) son los que conceden al titular un señorío inmediato sobre la cosa, señorío que es pleno o ilimitado y se ejerce en toda su extensión sobre la cosa a ella sometida y da lugar a la propiedad, que es el Derecho real más completo; o menos pleno que se limita a algunas utilidades económicas de la cosa y da lugar a los Derechos reales

elemento distintivo radique en el contenido del poder –pues toda potestad no se manifiesta *per se*, sino en la medida que se afirme en la confrontación ante otros sujetos de derecho–, la *tesis obligacionista* pone el acento en su rango de protección o eficacia: los derechos de crédito sólo tendrán un alcance relativo o *inter partes*, al sólo poderse dirigir contra el sujeto pasivo de una relación obligatoria particular, mientras que en los derechos reales tendrá un carácter absoluto o *erga omnes*, del que se colige un deber universal de abstención y respeto⁸⁴. En otras palabras y citando a THON, quien se percata de esta realidad, «lo característico del Derecho real estriba en una prohibición general de disfrute hacia una generalidad de sujetos, con el otro fin de facilitar que dicho disfrute pueda ser adecuadamente ejercido por su titular; todo lo cual no supone una relación directa del titular [con su derecho real]»⁸⁵. Así expresado y partiendo de la premisa de que en toda relación jurídica siempre debe estar presente un componente interpersonal que permita hacer valer una pretensión subjetiva, conseguimos simplificar la estructura y contenido del patrimonio a un conjunto ordenado de derechos de alcance absoluto o relativo (dependiendo de las personas que se vean sujetas al mismo) y que

menores, a los derechos en cosa ajena» [RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, vol. 1. Madrid: Reus, p. 228].

Sobre la distinción en clave clásica de los derechos reales y de crédito, así como de los perfiles doctrinales de la *tesis obligacionista* a la que nos referiremos a continuación, también se pronuncian: COMPORTI, M. (2011). *Diritti reali in generale*. En SCHLESINGER, P. (dir). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè, p. 1 y ss., donde encontramos un interesantísimo e iluminador análisis sobre su génesis y evolución histórica. – CASTÁN, J. (1992). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. II, Vol. 1 (14ª ed.). Madrid: Reus: p. 35 y s. – DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 61 y s. - DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 3 (7ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 32 y ss.

⁸⁴ Es defensor de esta tesis CUADRADO IGLESIAS, quien afirma expresamente que «la distinción entre derechos reales y derechos de crédito se basa, fundamentalmente, en el criterio de su protección. Los derechos reales gozan de protección *erga omnes*, en tanto que los derechos de crédito sólo gozan de protección relativa; aquellos están protegidos contra todos, mientras que los derechos de crédito solamente lo están con respecto a la persona o personas obligadas a su satisfacción» [CUADRADO IGLESIAS, M. (2006). «Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero». En LLAMAS POMBO, E. (coord.). *Estudios de Derecho de obligaciones, libro homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I. Madrid: La Ley, p. 351]. Para otras descripciones doctrinales de la referida posición obligacionista, *vid. cit.* 65.

⁸⁵ THON, A. (1878). *Rechtsnorm und subjectives recht*. Weimar: Hermann Böhlau, p. 317 y s.

tendrán después signo positivo o negativo (según vayan a favor de la masa o en su detrimento)⁸⁶.

⁸⁶ De esta combinación de variables –uniendo un signo positivo o negativo a una eficacia, de alcance absoluto o relativo– obtendríamos un total de cuatro categorías de derechos teóricamente posibles: los derechos de crédito (de signo positivo y con eficacia relativa), los derechos reales (de signo positivo y eficacia absoluta), las obligaciones o deudas (de signo negativo y eficacia relativa) y, por último, nos encontramos con una última alternativa que tendría signo negativo y eficacia *erga omnes*. Aparentemente esta exótica opción se nos habría pasado por alto hasta este preciso instante, lo cual nos obligaría a rehacer *da capo* todo el esquema argumentativo previo. Si bien, ahora que observaremos qué elemento se amoldaría a esta descripción, convendremos que siempre ha estado implícitamente presente en nuestro pensamiento, pues no nos referimos a otra cosa que a la obligación general de sometimiento al orden socioeconómico.

Poniendo el signo negativo no hacemos sino recalcar el componente prohibitivo que ya le es propio al Derecho real y que constituye la otra cara de la moneda del uso o disfrute de un bien económico. Esto se deduce de una base antropológica que se ha interpretado de modos muy diversos a lo largo de la historia del pensamiento y que no vamos a entrar a analizar, pues nos alejaríamos en exceso de nuestro objeto de análisis, aunque sí podemos enunciarla: hablamos de la capacidad del hombre de desear infinitamente. El contraste entre el universo racional ilimitado y la realidad material finita obliga entonces a limitar la voluntad, pues de lo contrario el individuo y la sociedad se verían abocados al conflicto. En el plano económico, esta idea vendría a constituir el germen de una de las definiciones que nos ofrece el Diccionario de la Real Academia Española a propósito del mismo término *economía*, en tanto que «ciencia que estudia los métodos más eficaces para satisfacer las necesidades humanas materiales, mediante el empleo de bienes escasos» [«Economía», en RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=economia>> (última consulta: 20 de marzo de 2015)]. Desde una vertiente jurídica, DíEZ-PICAZO se plantea lo mismo y, en su descripción del orden socioeconómico, considera que uno de los primeros quehaceres de todo ordenamiento es determinar el modo en que se asignarán esos bienes económicamente valiosos [DíEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 44 y s.]. Ya sea en un modelo de mercado libre, donde regiría la propiedad privada, o en una estructura de economía dirigida, donde el Estado acapararía los medios de producción, la persona debe acatar la universalidad de derechos que reposan en manos ajenas.

En eso consiste precisamente la cuarta categoría que hemos deducido, que se definiría como un deber de respeto en la atribución que el ordenamiento jurídico haga de la propiedad en cualquiera de sus manifestaciones. Si se nos permite la metáfora, el mercado es un macrocosmos en el que se integran e interactúan unos microcosmos, que son los patrimonios de los agentes económicos que en él intervienen. La interacción puede ser franca y directa, en cuyo caso hablaríamos de derechos con una eficacia *inter partes*, o también indirecta, siempre y cuando una persona tenga la aptitud del uso o disfrute de sus bienes a costa de limitar ese mismo derecho sobre un común objeto. Sólo subsistirá el mercado si todos los agentes económicos que en él actúan mantienen esa actitud de respeto y, en su defecto, la maquinaria del Estado ejerce una salvaguarda. En definitiva, como considera acertadamente RIGAUD, nos encontraríamos

Sin embargo, desde nuestra posición y a los efectos que nos ocupan, nos parece más adecuado decantarnos por una visión armónica en la que ambas interpretaciones se conjuguen y completen entre sí⁸⁷. Sólo de esta manera lograremos discernir en toda su amplitud y hasta las últimas consecuencias el régimen jurídico de los derechos reales y los derechos de crédito en el seno del patrimonio. Habría que distinguir entonces dos esferas ínsitas en cada uno de esos derechos: una *interna*, relativa a las características del vínculo del titular con su derecho, y otra *externa*, que regula los efectos de ese derecho frente a terceros. Salta a la vista que la esfera interna se relacionaría con la teoría clásica, mientras que la esfera externa sería el correlato de la tesis obligacionista. Además, en la medida que los derechos reales y personales se integran en el patrimonio, esa estructura dualista no podrá menos que proyectarse también en esa dimensión.

Es así como DE CASTRO, implícitamente, parte de este axioma cuando elabora su teoría sobre el patrimonio. Para este insigne civilista, en el Derecho real «su objeto aparece como *estando* en el patrimonio»⁸⁸ (en la esfera interna con unas facultades de carácter inmediato, que en la esfera externa o interrelacional se plasmarán bajo la forma de acciones que tutelen esa potestad ante los sujetos que la puedan poner en riesgo), mientras que el Derecho de crédito su objeto «no está en el patrimonio del titular, [ya que] tal derecho recae sobre y depende de la conducta del deudor, de su voluntad y de su posibilidad de dar, hacer o no hacer»⁸⁹ (en la esfera interna se vincula la conducta del deudor, habida cuenta que el titular del derecho de crédito carece de una facultad inmediata sobre el objeto, con lo que en la esfera externa las posibles acciones sólo se encaminarán a la satisfacción del crédito). A mayor abundamiento, de la anterior

más ante un elemento de Derecho público que de Derecho civil patrimonial, pues la pecuniariedad es cuanto menos difusa (al atender más a la función de garantía o de seguridad jurídica para salvaguardar el buen funcionamiento del tráfico económico) [En CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. II, Vol. 1, p. 37].

⁸⁷ Son también partidarios de esta postura doctrinal (cuya elaboración original debemos a BEKKER) autores de la talla de BRUTAU, CASTÁN, DE BUEN, DE DIEGO, ESPIN, PUGLIESE, ROCA SASTRE, RUGGIERO y UBERTAZZI, entre otros [vid. RUGGIERO, R. (1929). *Op. cit.*, vol. 1, p. 218 y ss. – COMPORTI, M. (2011). *Op. cit.*, p. 13 y ss. – CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. II, Vol. 1, p. 36 y ss.]. Ahora bien, no somos impermeables a las críticas que esta posición ha recibido en las últimas décadas, que determinan un nuevo estado de la cuestión a nivel europeo [Cfr. COMPORTI, M. (2011). *Op. cit.*, p. 15 y ss. – CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. II, Vol. 1, p. 39 y ss.], aunque por su escasa relevancia en el marco que nos ocupa entendemos que no hemos de entrar en una descripción pormenorizada.

⁸⁸ DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 46.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 47

reflexión este autor infiere una interesantísima conexión para con el instituto de la responsabilidad. Por un lado, dado que los derechos reales efectivamente están en el patrimonio, los acreedores tienen en ellos «la garantía más clara y segura [...], ya que] están en la masa de bienes directamente embargable y ejecutable y, por tanto, no tienen que contar con la situación económica de otro patrimonio»⁹⁰; y, por el otro, los acreedores no encuentran el derecho de crédito constituido a favor de su deudor en dicha masa directamente ejecutable, dependiendo su cobro de «la voluntad y solvencia del titular de otro patrimonio»⁹¹.

En definitiva, nuestra disertación anterior revela que la única visión realista del patrimonio es aquella que sostiene que el mismo está integrado por derechos reales, derechos de crédito y obligaciones. Los dos primeros constituirían una *masa activa*, pues son derechos de los que se arroga un titular, mientras que la última categoría erigiría la *masa pasiva*, pues son derechos de un tercero que se dirigirían en su contra. Ambas interactúan entre sí en la dimensión económica de la persona, que se encarna en el mismo patrimonio, efectuándose una suerte de operación aritmética de adición y sustracción de la que se determinará el estado de solvencia o insolvencia⁹².

⁹⁰ *Loc. cit.*

⁹¹ *Loc. cit.*

⁹² Ofreciendo una última noción de patrimonio, converge nuestra opinión con la propuesta realizada por PLANIOL y RIPERT, quienes además unen en su definición el componente activo y pasivo a la realidad finalista que previamente hemos tratado. De esta forma, para estos célebres civilistas franceses el patrimonio sería «una universalidad reposando sobre la común destinación de los elementos que la componen, o más exactamente, un conjunto de bienes y de deudas inseparablemente ligados, porque todos ellos se encuentran afectados a un fin económico, y en tanto que no se haga una liquidación, no aparecerá el valor activo neto» [PLANIOL, M. y RIPERT, G. (1946). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Ed. Cultural, p. 29 y s.].

3.- El proceso como método para la protección del crédito

3.1.- La necesidad del Derecho adjetivo y estructura del proceso en general

Iniciamos el presente epígrafe partiendo de una premisa fáctica, la cual se sintetizaría en una sencilla afirmación: la ciencia jurídica, sea cual sea su ámbito disciplinar específico, siempre debe tener en su punto de mira la pretensión de ofrecer soluciones concretas y útiles a los conflictos que ocurran en el ámbito intersubjetivo. No es necesario desplegar toda nuestra maquinaria argumentativa para justificar esta afirmación, pues el solo uso de la lógica nos serviría para poner de manifiesto que el Derecho necesita de la realidad y de las contrariedades que en ella emergen para encontrar su utilidad funcional. De lo contrario, si le negamos esa dimensión práctica, no sería otro su destino sino el de quedar relegado al mundo de las cuestiones bizantinas y del debate infructuoso.

El Derecho romano, dada su naturaleza eminentemente pragmática, era absolutamente consciente de esa verdad de fondo y en su sistema no se concebía ninguna construcción jurídica que, fundada en un mero criterio de *elegantia iuris*, careciese de su correspondiente posibilidad de actuar o materializarse en la realidad. Así las cosas, la distinción entre los anteriormente mencionados derechos reales y derechos de crédito originalmente se fundamentaba en dos tipos de acciones: la *actio in rem*, cuando una persona pretendía conseguir lo que era suyo, y la *actio in personam*, cuando ésta se dirigía contra otra para reclamarle algo que le era debido⁹³. Es así como desembocamos en el concepto de *acción* como instrumento relevante para consumir la finalidad práctica del Derecho, pues el ideal de la justicia sólo tendrá resonancia social y económica en la medida que se otorgue al titular de un derecho la facultad de hacerlo valer ante los demás sujetos y, en paralelo, obtener la consiguiente protección que le es debida por parte del poder público⁹⁴.

⁹³ DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Op. cit.*, Vol. 1, p. 60.

⁹⁴ Para dotar de contenido específico al ideal de justicia, bien podemos recurrir a la definición clásica que nos ofrece Ulpiano acerca del significado de la justicia: «la justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo» («Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi») [ORTOLAN, M. (1884). *Op. cit.*, T. II, p. 24]. Obviamente, este principio ético quedaría en un mero catálogo de buenas intenciones desde el punto y hora en que esa voluntad programática –por más que la revistamos de constancia y firmeza moral– deba enfrentarse en la realidad a aquellas personas que

En el terreno del Derecho privado, si queremos hallar una definición contemporánea de acción adecuada a los efectos que ahora nos ocupan, hemos de acudir al significado que nos aporta el Derecho procesal civil. En este sentido, creemos inmejorable la conceptualización que nos ofrece la enciclopedia TRECCANI, que la describe como el «derecho de actuar en un juicio para obtener la tutela jurisdiccional»⁹⁵, añadiendo a continuación que «la acción se individualiza [...] en el poder procesal –que es distinto del derecho subjetivo sustancial tutelado– de obtener el pronunciamiento de una resolución judicial de tutela atendiendo al derecho subjetivo que quien ejercita la acción (la parte actora) afirma violado»⁹⁶. Con esto último se destaca una característica de la acción de cardinal importancia: su carácter autónomo con respecto al derecho sustancial que es objeto de protección jurídica, hasta el punto de llegar a consagrarse como un derecho subjetivo más al alcance de la persona para permitirle lograr la efectiva defensa de sus intereses⁹⁷. En definitiva, tras lo anteriormente expuesto, debemos afirmar la naturaleza jurídica de la acción como el *derecho subjetivo procesal* por excelencia, el cual constituye uno de los pilares básicos sobre los que se erige el Estado de Derecho – siendo, además, uno de los elementos de este modelo de régimen político que resultan más inmediatos y fácilmente reconocibles por parte de los operadores económicos–⁹⁸.

no compartan tan elevado axioma. Por eso la fuerza de la justicia debe profesarse coercitivamente, con la debida intervención de la maquinaria del Estado.

⁹⁵ «Azione, Diritto processuale civile», en TRECCANI (s.f.). *Treccani, la cultura italiana, enciclopedie online*. Recurso en línea, disponible en <<http://www.treccani.it/enciclopedia/azione-diritto-processuale-civile/>> (última consulta: 5 de mayo de 2015).

⁹⁶ *Loc. cit.* - En un sentido muy similar también se recoge el contenido de estas dos últimas citas en el Diccionario de la Real Academia Española, que define la acción «en sentido procesal, [como el] derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés» [«Acción», en RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=acci%C3%B3n>> (última consulta: 5 de mayo de 2015)] y, en otra voz, como la «facultad derivada de un derecho subjetivo para hacer valer en juicio el contenido de aquel» [*loc. cit.*].

⁹⁷ A este respecto, *vid.* TULLIO LIEBMAN, E. (2007). *Manuale di Diritto Processuale Civile, principi* (7ª ed.). Milano: Giuffrè, p. 139 y ss.

⁹⁸ Para explicar esta aseveración debemos de atender a cada uno de los términos que componen la expresión «Estado de Derecho» y, acto seguido, ponerlo en contraste con la legislación constitucional vigente en gran parte de las naciones que componen el actual orden internacional. Comenzando por el concepto de Estado, la definición que nos ofrece WEBER sea posiblemente la más gráfica, explicativa y completa, quien lo concibe como «el instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en

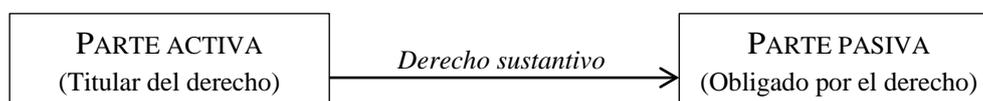
Aunque tanto de la visión ofrecida por el Derecho romano como de la concepción actual se deduce una condición eminentemente práctica, es evidente que la naturaleza jurídica de la acción ha experimentado una mutación en el transcurso de los siglos que separan un modelo y otro. Si bien no vamos a entrar a analizar dicha evolución, pues nos alejaríamos en exceso del objeto de estudio que ahora nos ocupa, si debemos decir que

que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente» [WEBER, M. (1987). *Economía y sociedad*. México: FCE, p. 43 y s.]. Es decir, la idea fundamental del Estado consiste en la absoluta adjudicación de una potestad de agresión que, como indica el politólogo alemán, se manifiesta en su máxima expresión en la coacción física o *ius puniendi*. Asimismo, no es sólo esta intimidación máxima la que se reserva el poder público, pues toda *potestas* debe canalizarse por medio de las instituciones del Estado, incluyéndose las prerrogativas de contenido económico de las que en principio estaría arrogado el titular de un derecho subjetivo patrimonial cuando éste fuese vulnerado por otra persona. Como repetiremos otra vez en breves momentos, esto marca la diferencia entre la civilización y el estado de barbarie (caracterizándose éste último por la institución de la autotutela, que llevaría al triunfo a quien dispusiese de más medios para hacer valer su pretensión en una pugna bilateral). El sistema político del Estado se ve perfeccionado al añadirle el epíteto «de Derecho» que, en palabras de TORRES DEL MORAL, «debe incorporar las ideas de justicia y de límite y control del poder por el Derecho como garantía de libertad» [TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. I (5ª ed.). Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense, p. 49], garantizándose el imperio de la ley y la sujeción de todos los poderes del Estado a la misma. Todos estos principios jurídico-políticos abstractos se plasman concretamente en la realidad socioeconómica por medio de la acción, en tanto que derecho subjetivo de la persona que sirve de pórtico para acudir a los poderes públicos y lograr la tutela que le es debida.

No sin razón, en gran parte de los textos constitucionales contemporáneos se reconoce ese derecho a la tutela judicial, sometiendo al Estado a la obligación de atender en vía jurisdiccional a las distintas acciones con que las personas quieren obtener la protección de sus intereses. A modo meramente ejemplificativo, pues son los ordenamientos que se encuentran más próximos a nosotros, tenemos el artículo 24 de la *Constitución de la República Italiana de 1947* (que garantiza el derecho a actuar en juicio para la defensa de dichos intereses, sea cual sea el momento procesal en que se encuentre) y el artículo 24 de la *Constitución Española de 1978* (que proclama el derecho a obtener la tutela judicial efectiva por parte de jueces y tribunales, en respuesta a los derechos e intereses legítimos y sin que se pueda producir una indefensión). Todo ello, además, se ve reforzado en el plano del Derecho internacional público por la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, cuyo artículo 10 consagra el derecho de acceso al poder judicial en cualquier materia. En definitiva, de esta forma descubrimos que la acción es un derecho subjetivo de carácter público, con el cual la persona (primero física, bajo la figura del ciudadano, y después, por extensión y analogía, a los también sujetos de derecho de naturaleza moral o jurídica) puede hacer funcionar el formidable mecanismo del Estado de Derecho en atención de su provecho.

la clave de bóveda que permite comprenderla es precisamente ese desarrollo por el que se logra distinguir la acción del derecho material con el que originalmente se confundía⁹⁹; todo lo cual, por cierto, también acaba dando pie al nacimiento del Derecho procesal como disciplina jurídica independiente¹⁰⁰. No cabe duda de lo atinado de esta posición, que se revela nada más confrontar las estructuras de cualquier derecho subjetivo de índole sustantiva con el derecho procesal de la acción. Los primeros son sencillamente *bilaterales*, colocándose en un lado de la relación la parte activa –el titular del derecho– y en el otro la parte pasiva –los obligados por el mismo, que tendrán que llevar a cabo la prestación que les sea debida–. De una manera gráfica, se expresaría del siguiente modo en este esquema:

Esquema 1: estructura del derecho sustantivo



En la acción, en cambio, la relación procesal que se establece entre la parte activa y la pasiva no es directa. Por el contrario, la parte activa dirigirá su acción hacia el poder jurisdiccional del Estado para que sea éste quien actúe como garante de sus intereses, por medio de la incoación del correspondiente procedimiento y, a su término, en caso de

⁹⁹ Resulta especialmente interesante estudiar, más que la configuración original del Derecho romano, las interpretaciones de sus instituciones llevadas a cabo en las primeras décadas de la Edad contemporánea. En este marco resalta la discusión doctrinal habida a mediados del siglo XIX entre los insignes juristas alemanes WINDSCHEID y MUTHER, en el transcurso de la cual se desliga la acción del derecho sustancial que propugnaba el modelo clásico o monista, originalmente formulado por SAVIGNY, y se configura la tesis moderna o dualista. Para una interesante disertación *vid.* DORANTES TAMAYO, L. (1980). «Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal». *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 117 (septiembre-diciembre de 1980), p. 781 y ss. Igualmente, aunque más sintético, *cfr.* los modelos monista y dualista en FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). *Teoría general del Derecho procesal*. México: UNAM, p. 78 y s. Además, para un análisis en profundidad siguiendo las fuentes originales, los pensamientos de WINDSCHEID y MUTHER que dieron pie a su célebre polémica se encuentran disponibles en lengua italiana en MUTHER, T. y WINDSCHEID, B. (1954). *Polemica intorno all'«actio»*. Florencia: Sansoni.

¹⁰⁰ Sobre la importancia de la delimitación del concepto de acción y su consiguiente efecto en la génesis del Derecho procesal, *vid.* MONTILLA BRACHO, J.H. (2008). «La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda». *Cuestiones jurídicas*, núm. 2, vol. 2 (julio-diciembre de 2008), p. 92.

resultar estimada la pretensión, sometiendo a la parte pasiva a un deber de acatar la resolución tomada en sede judicial. Nuestras reflexiones encuentran eco en los pensamientos del insigne procesalista italiano TULLIO LIEBMAN, quien considera que «el derecho de acción alcanza así una fisionomía lo suficientemente precisa: se trata de un derecho subjetivo distinto de aquel derecho sustancial, dado que se dirige al Estado sin encaminarse a una prestación concreta»¹⁰¹. Por el contrario, observa que «más bien es un derecho de iniciativa y de impulso, con el cuál el sujeto pone en movimiento el ejercicio de una función pública, de la cual espera obtener la protección de sus propios intereses, disponiendo a tal fin de los medios establecidos por la ley para hacerlos valer (aun sabiendo que el éxito [no es seguro y la actuación procesal] podrá serles igualmente desfavorable)»¹⁰². De esta forma, la relación jurídica entre las partes tendría una estructura triangular, cuya forma se sintetizaría en este nuevo esquema:

*Esquema 2: estructura del derecho procesal de la acción*¹⁰³



¹⁰¹ TULLIO LIEBMAN, E. (2007). *Manuale di Diritto Processuale Civile, principi* (7ª ed.). Milano: Giuffrè, p. 141 y s.

¹⁰² *Loc. cit.*

¹⁰³ Hemos de reconocer que el esquema que aquí exhibimos parte de una premisa teórica elaborada por VON BÜLOW acerca de la naturaleza jurídica del proceso. Muy resumidamente, este insigne jurista alemán concibe el Derecho procesal como una forma de relación jurídica integrada tanto por las partes litigantes como por el órgano jurisdiccional del Estado. Dada la preeminente participación del éste último, VON BÜLOW la considerará perteneciente «con toda evidencia, al Derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*» [VON BÜLOW, O. (2015). *Los presupuestos procesales*. Lima: Pacífico, p. 9]; a lo que a continuación añadirá una segunda característica definitoria importante: su desarrollo paulatino a lo largo del tiempo [*vid. ibíd.*, p. 10]. Desde un punto de vista estructural, compartimos la visión de este autor y la consideramos la más adecuada, sencilla e inteligente a efectos de describir el complejo engranaje que constituye el proceso civil. Para una comparativa con otras teorías sobre la naturaleza jurídica del proceso, como las que abogan por su carácter de contrato, cuasi-contrato o como una situación jurídica, *vid. FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). Op. cit.*, p. 36 y ss.

Como podemos observar, para el ejercicio del derecho procesal a la acción se incorpora un tercer sujeto hacia la que ésta va a dirigirse, de lo que resultará un efecto indirecto en la parte pasiva. Este modo de organización para la resolución de conflictos intersubjetivos, como bien sabemos, recibe el nombre de *heterocomposición* y es uno de los elementos arquetípicos que configuran nuestro sistema jurídico y la manera en que concebimos el mundo civilizado. Enfrentándose a las instituciones de *autotutela* –donde la «acción directa» fundamentada en las propias fuerzas de cada parte se sanciona como el medio de lograr una pretendida justicia– y de la *autocomposición* –que persigue dirimir el conflicto mediante un acuerdo pacífico–, con el modelo arriba descrito se acude a un tercero desinteresado para lograr una resolución imparcial. Se obtiene así la certeza de que no se verá lesionado el interés de la parte más débil, que en la autotutela y la autocomposición pueden verse obligados a acabar sometidos al criterio de quien disponga de más medios para hacer valer sus prerrogativas¹⁰⁴. Cuando ese tercero desinteresado no es otro que el poder judicial del Estado, nos hallaremos en el contexto del procedimiento jurisdiccional, en el que los jueces y tribunales van a desplegar, además, una potestad coercitiva para con ambas partes, en aras de asegurar el correcto cumplimiento de su resolución¹⁰⁵. Así llegamos a la caracterización teleológica de la acción, que como bien considera FAIRÉN GUILLÉN, se trata de «un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes»¹⁰⁶, siendo su razón de ser proscribir esa acción directa con la que se pondría en claro riesgo la paz social¹⁰⁷.

Eso sí, a pesar de la ya declarada autonomía de la acción con respecto al derecho subjetivo sustancial de índole patrimonial (que hemos expresado gráficamente bajo la forma de dos flechas que, emanando de la parte activa, partían con direcciones distintas), indudablemente el espíritu de éste último va a seguir subyaciendo en el transcurso del proceso. Por ello no lo hemos eliminado de nuestro esquema y, no sin razón, ocupa un puesto en la base sobre la que se sustenta la pirámide procedimental.

¹⁰⁴ En este sentido, *vid. ibíd.*, p. 17 y ss.

¹⁰⁵ Asimismo, igualmente son de índole heterocompositiva la mediación y, en su versión contractual, el arbitraje; todos ellos caracterizados por la actuación de un tercero imparcial en la resolución del conflicto [para una descripción tan magistral como sintética, *vid. ibíd.*, p. 18 y s.].

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 77.

¹⁰⁷ Utilizando los términos literales del autor, «la acción, en sentido estrictamente jurídico, nació para que aquella [la acción directa] dejase de existir» [*loc. cit.*].

Desde un punto de vista procesal, nos referimos a una nueva figura jurídica: la *pretensión*. Definida por GUASP como «la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez»¹⁰⁸, de ahí se infiere su carácter como «el inequívoco objeto del proceso»¹⁰⁹. Mientras que la acción siempre se llevará a cabo, pues está garantizado el acceso a la justicia de todos los operadores económicos, el éxito de la pretensión dependerá de que ésta sea debidamente probada y evidenciada en el transcurso del proceso, siendo para ello ineludible la subsistencia de un derecho material de fondo digno de recabar protección jurisdiccional¹¹⁰. A mayor abundamiento, observamos que la satisfacción en el proceso judicial conduciría al consiguiente contentamiento de ese derecho sustancial, con lo que se comparte una misma causa final: sea por el itinerario directo del voluntario cumplimiento o por la circunvalación que supone la vía de la coacción jurisdiccional, el efecto práctico último es que el titular de un derecho pueda verlo realizado.

Finalmente, conectando las ideas de acción y pretensión, nos hallaríamos con la figura jurídica de la *legitimación*. Obviamente, a efectos prácticos no nos interesa únicamente la posibilidad abstracta de concurrir a un proceso, sino la concreta aptitud de participar en una causa determinada que sea patrimonialmente relevante. Para ello, además de la anteriormente mencionada capacidad procesal general, se necesita tener un ligamen más específico con el objeto del que se discutirá en el litigio. Esta relación puede predicarse de quien reclama su derecho, quien tendrá una *legitimación activa*, y de la persona ante la que éste se ejercite, que actuará como un *legitimado pasivo*¹¹¹.

3.2.- Responsabilidad patrimonial y proceso

Centrémonos ahora en el instituto de la responsabilidad patrimonial universal con el que, como definimos anteriormente, se sujeta la totalidad del patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de la prestación no cumplida. Obviamente, la utilidad de esta figura jurídica se plasma en su consumación, la cual sólo podrá ser llevada a cabo con la

¹⁰⁸ GUASP, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*, T. I (3ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 211.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 212.

¹¹⁰ En términos muy similares, *vid. ibid.*, p. 86 y s. Igualmente, a propósito de la diferenciación de la acción y la pretensión, que en no pocas cosmovisiones jurídicas se acaban confundiendo, cabe remitirnos a MONTILLA BRACHO, J.H. (2008). *Op. cit.*, p. 98 y ss.

¹¹¹ GUASP, J. (1968). *Op. cit.*, p. 185.

intervención del poder judicial que, como hemos dicho hace apenas unos instantes, se verá impelido por la interposición de la acción procesal oportuna. La incorporación del poder público supone el corolario de la función de garantía que la responsabilidad patrimonial brinda al mercado, pues ambos se constituyen como elementos integrantes de la obligación misma y reafirman la convicción moral de los contratantes de que no quedará incólume ninguna vulneración o quebrantamiento del orden económico. Expresándolo en otros términos, si aseveramos que la responsabilidad forma parte de propia estructura de la obligación y no se trata de una relación jurídica independiente, el desempeño de la labor tuitiva del Estado para hacer efectiva la meritada responsabilidad no puede sino acabar formando un todo indisoluble con aquella obligación inicial. Así se cierra el triángulo constituido por el Derecho sustantivo y el Derecho procesal, pues sólo comprendiendo la interacción entre ambos se puede lograr la correcta salvaguarda de los derechos económicos.

Pensando en la manera concreta en que se conseguiría articular esta protección jurisdiccional del crédito obligacional, una de las primeras opciones que vendrían a nuestra mente sería la vía de la ejecución forzosa de cuantos bienes hubiera en el patrimonio del deudor. Esa sería la expresión por excelencia en que se manifestaría la responsabilidad patrimonial universal en una vertiente meramente procesal. No obstante, sin dejar de ser correcta, tal afirmación adolecería de la debida perfección dogmática y, al mismo tiempo, necesitaría de ser objeto de una correcta contextualización con el fin de otorgarle todo su sentido.

Para empezar, desde un punto de vista teórico y según la tipología de la medida jurisdiccional solicitada, las acciones procesales se clasificarían en tres categorías distintas: cognitivas, ejecutivas y cautelares¹¹². Las primeras iniciarían –valga la redundancia– un proceso de cognición, cuya función es requerir que el órgano jurisdiccional emita una declaración de voluntad a propósito de la pretensión planteada, la cual se recogerá en la correspondiente sentencia. Obviamente, para emitir tal categoría de resoluciones es exigible que el órgano judicial deba recabar un conocimiento cierto del fondo del asunto del que se trate, atendiendo a las alegaciones y

¹¹² Parece que en este sentido no hay disensiones doctrinales, encontrándonos con una unanimidad en esta clasificación trinitaria. Evocando tal armonía *vid.* TULLIO LIEBMAN, E. (2007). *Op. cit.*, p. 151. – FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). *Op. cit.*, p. 43 y s. – GUASP, J. (1968). *Op. cit.*, p. 218.

medios de prueba pertinentes en tal sentido, siendo éste el origen de su nombre¹¹³. Las acciones ejecutivas, en cambio, no tienen en su punto de mira la sola emisión de una declaración de voluntad, sino que pretenden la realización material y efectiva de una determinada conducta o prestación por parte del poder público (sea la dación de un objeto o la transformación de un hecho o elemento material de la realidad). Por último, al servicio de los dos procesos anteriormente mencionados, está la acción cautelar. Dado que todo procedimiento necesariamente se desarrolla en un lapso temporal más o menos amplio, durante ese ínterin se corre el riesgo de que el objeto procedimental sufra un menoscabo que impida la satisfacción del derecho subyacente. En aras de alejar el fantasma del *periculum in mora*, se configuran esta última clase de acciones, cuyo efecto es provisional y tienen el único objetivo de mantener ese *status quo* primigenio de cara al momento en que finalice aquel proceso principal del que forman parte.

Creemos que no es necesario indicar que los tres tipos de acciones confluirían cuando se pretendiera articular un procedimiento que invocase a la responsabilidad patrimonial universal. Primeramente, en la mayor parte de los supuestos de hecho sería imperioso que el órgano jurisdiccional pudiera llegar a conocer de todas circunstancias específicas relevantes que rodeasen a la pretensión. Ésta se elevaría mediante demanda de la parte actora –teniéndose que describir su *petitum* y las causas sobre las que éste se sustenta–, la cual debe poder ser replicada por la parte pasiva. El objetivo de esta contradicción, en una segunda fase y una vez que el juez haya formado debidamente su juicio al respecto de la cuestión, no es otro que conseguir un título ejecutivo válido con el que agredir el acervo patrimonial del deudor incumplidor¹¹⁴. Por último y en paralelo, mientras se

¹¹³En similares términos se pronuncia GUASP, quien indica que en la instrucción específica del proceso de cognición se deben recoger y proporcionar al juez los datos lógicos para que éste, una vez los haya comprobado, estime o desestime la pretensión [*Ibid.*, p. 312].

¹¹⁴ Indicábamos que en la mayor parte de los casos sería necesaria la cognición de la causa para así acordar un documento ejecutivo conforme a la realidad fáctica y a los presupuestos de Derecho. Ahora bien, en determinadas circunstancias se podría omitir esta primera fase y acudir directamente a la acción ejecutiva. Recordemos que el requisito *sine qua non* para acceder a esta función jurisdiccional es disponer de un título ejecutivo válido. Desde un punto de vista teórico, éste puede haberse elaborado en el transcurso de un procedimiento judicial –cuyo paradigma sería, aunque no exclusivamente, la sentencia que resuelve el fondo de un asunto– o también fuera del mismo, siendo de naturaleza pública o privada según el modo en que se hayan cumplimentado. Lo importante es que aparezca expresado un derecho cierto que, al momento de efectuar la oportuna reclamación judicial, sea líquido y exigible. En definitiva,

sustancia el procedimiento principal, es oportuno conceder la posibilidad de salvaguardar el objeto de la reclamación en virtud de las pertinentes medidas cautelares, que con su eminente utilidad conservativa evitan que un hipotético levantamiento de activos impida la correcta realización del derecho que asiste al acreedor y que motiva la constitución del proceso tuitivo¹¹⁵.

Tras haber detallado el catálogo de acciones procesales teóricas y haber precisado cómo se traducirían en el instituto de la responsabilidad civil patrimonial, es irrefutable que la pieza central de este marco procedimental es, sin duda alguna, el componente ejecutivo. En él se plasma del modo más evidente posible la utilidad del poder judicial del Estado para garantizar la seguridad jurídica, pues con la acción ejecutiva –que nace de un título de igual nombre– se impone coactivamente la realización de un determinado comportamiento que espontáneamente no se había realizado. Así llegamos a la descripción de acción ejecutiva propuesta por TULLIO LIEBMAN, quien la concibe como «un derecho subjetivo procesal que se dirige hacia el Estado, titular de la potestad

deben aparecer perfectamente identificados acreedor, deudor y la exacta determinación del contenido y límites del derecho requerido, sobre el cual no debe recaer término, condición o modo alguno.

Aunque no es nuestra intención hacer un elenco de derecho comparado, no podemos dejar de indicar que en esos términos prácticamente literales se expresa el artículo 474 del Código Procesal Italiano. En él se estipula que «la ejecución forzosa no puede tener lugar de otra manera que en virtud de un título ejecutivo relativo a un derecho cierto, líquido y exigible» [*Codice di Procedura Civile italiano*, art. 474], precisándose a continuación las tres categorías antes reseñadas a las que se les concede eficacia ejecutiva: sentencias y otras resoluciones judiciales, documentos privados y actos públicos. Por su parte, en la legislación procesal española subyace el mismo espíritu, si bien se limita a recoger una serie de títulos de esa naturaleza sin llegar a elaborar ninguna categoría [*vid. Ley de Enjuiciamiento Civil*, art. 517]. Tales sustratos de derecho interno son heredados a nivel europeo para la constitución de la categoría del «título ejecutivo europeo», que tiene por finalidad facilitar la circulación de los documentos jurídico-ejecutivos a lo largo y ancho del espacio económico de la Unión al no tener que ser reconocidos en la jurisdicción del destino (aunque en el tenor literal de la regulación se limita su eficacia a los créditos no impugnados constituidos sobre resoluciones judiciales o actos públicos) [*vid. Reglamento (CE) N° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*].

¹¹⁵ Un ejemplo paradigmático lo encontraríamos en la legislación italiana, bajo la forma del *sequestro conservativo* previsto en los artículos 2905 y s. del *Codice Civile* y los artículos 671 y ss. del *Codice di procedura civile*. Para una descripción completa de esta figura en el Derecho italiano, *vid. MAZZAMUTO, S. (1998). «Il sequestro conservativo»*. En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. II (2ª ed.). Turín: Utet, p. 193 y s.

jurisdiccional, en aras de que lleve a cabo los actos en los que se manifiesta la actuación de la sanción: bajo el impulso de la acción ejecutiva, el órgano jurisdiccional mete las manos en el patrimonio del deudor y procede a satisfacer el derecho del acreedor con los bienes que allí se encuentra»¹¹⁶. Ciertamente, para la responsabilidad patrimonial universal no habría un mejor correlato procesal que la posibilidad de impeler al poder público a que inspeccione el conjunto de bienes en el haber del deudor en aras de que, a continuación, proceda a realizar cuantos derechos sean precisos para abonar el crédito esperado.

3.3.- *Las medidas conservativas sobre el patrimonio: elementos comunes de las acciones subrogatoria y pauliana*

No obstante, aunque correcta y ahora ya inscrita en un contexto, esta visión seguiría adoleciendo de un vicio de insuficiencia. El motivo es que la satisfacción por la ejecución únicamente atiende a la concreta categoría de derechos patrimoniales que, al momento de hacerla efectiva, positivamente se hallen inscritos en el patrimonio del deudor. Recordando la clasificación anteriormente realizada, evidentemente nos estamos refiriendo a los derechos reales, de los cuales dijimos que suponían la garantía más segura para los acreedores al depender únicamente del patrimonio que será objeto de embargo y ejecución. Eso sí, de cara a la universalidad –que por definición debe revestirse de un alcance omnicompreensivo– indebidamente se están obviando dos circunstancias que *prima facie* no se encuentran en la especificidad contemplada por la acción ejecutiva: los derechos de crédito, los cuales están revestidos de una naturaleza jurídica sensiblemente distinta, y la situación relativa a todos aquellos derechos patrimoniales que hayan salido indebidamente de la esfera patrimonial en perjuicio de los acreedores. Por esa razón deberemos acudir a otro tipo de acciones, donde cobra importancia una nueva dimensión de índole más bien conservativa, que permita la atracción de esta tipología de activos a la agresión económica del acreedor. Obviamente, nos estamos refiriendo a la *acción subrogatoria* y a la *acción revocatoria o pauliana*.

Siguiendo a CASTÁN, el fundamento común que comparten ambas acciones reside en el hecho de que no se vea disminuida la garantía general que la ley otorga al acreedor para el cobro de sus créditos, que no es otra que la ya tantas veces aludida responsabilidad

¹¹⁶ TULLIO LIEBMAN, E. (2007). *Op. cit.*, p. 195 y s.

patrimonial universal¹¹⁷. Al tener un mismo objetivo, es lógico que la naturaleza jurídica de estos dos modos de protección del crédito sea –al menos a efectos de lo que nos interesa para nuestra investigación– esencialmente la misma, al pivotar sobre un elemento conservativo que le hace alejarse de lo estrictamente ejecutivo. No vamos a entrar a pormenorizar las entretelas del debate doctrinal abierto con respecto a la oposición entre ambas figuras, pues es inútil que nos alejemos del objeto de estudio que nos ocupa para describir en exceso una cuestión marginal que, además, dependiendo del ordenamiento jurídico singular al que nos refiramos, acabará poniendo el acento sobre un aspecto u otro¹¹⁸. Creemos que la visión más atinada y dotada de un mayor alcance ecuménico la encontramos, sin lugar a dudas, en la tesis sostenida por GIAMPICCOLO. Este autor, al exponer el carácter de la acción subrogatoria, hace una interesantísima reflexión que puede ser perfectamente exportable a la acción revocatoria: realmente hemos de concebirla como un medio asegurador del patrimonio, de carácter accesorio a un procedimiento ejecutivo o cautelar¹¹⁹. En otras palabras, si bien su naturaleza jurídica siempre va a ser de suyo conservativa, lo que puede inducirnos al error es su

¹¹⁷ CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 324.

¹¹⁸ De modo estrictamente ejemplificativo, la lectura del *Codice Civile italiano* nos invitaría a pensar que la naturaleza jurídica de las acciones subrogatoria y pauliana es claramente conservativa. No en balde, su regulación se halla en la primera sección de un capítulo expresamente dedicado a «los modos de conservación de la garantía patrimonial» (*vid. Codice Civile italiano*, arts. 2900 y ss.), dentro del cual también se desarrolla el ya referido *sequestro conservativo* (*vid. op. cit.*, arts. 2905 y ss.). Sin embargo, ello no ha impedido que la doctrina científica de este país haya entrado a discutir el carácter ejecutivo de la acción subrogatoria [*vid. PATTI, S. (1998). Op. cit.*, p. 120 y ss.]. En España, por el contrario, la tesis ejecutivista parecería tener más relevancia, al menos, en el plano legal. El Código Civil español se limita a estipular en su artículo 1111 que, cuando el acreedor ya haya perseguido todos los bienes poseídos por el deudor, también podrá ejercitar los derechos que a éste le correspondan o impugnar aquellos actos realizados en fraude de su derecho. En otras palabras, parece que debemos concebir a las acciones subrogatoria y revocatoria como un medio estrictamente subsidiario a la ejecución y, por ende, dotado de su misma naturaleza. Eso sí, esto contrasta con su clasificación teórico-científica –sin duda influida por la doctrina italiana, cuyo texto legislativo está revestido de una mayor perfección técnica–, que sitúa a ambas acciones como una medida conservativa del patrimonio del deudor [e.g., CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 315 y ss.].

¹¹⁹ GIAMPICCOLO, G. (1959). «Azione surrogatoria». En CHELI, E., FALZEA, A. y GROSSI, P. (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè. Recurso en línea, disponible en <<http://www.iusexplorer.it/Enciclopedia/Enciclopedia?idDocMaster=296269&idDataBanks=38&idUnitDoc=2454952&nVigUnitDoc=1&pagina=0&NavId=1427656777>> (última consulta: 15 de junio de 2015).

finalidad variable, al hacerse depender ésta del procedimiento preciso bajo el cual se invoque. Por eso, desde una perspectiva práctica en sede civil, cuando el propósito del procedimiento será predominantemente ejecutivo, es fácil acabar confundiendo el aspecto ontológico con el finalista e intoxicar al primero con el segundo.

Al hilo de lo anterior, y aunque pueda parecer baladí por cuanto que evidente, consideramos oportuno distinguir las categorías de medida conservativa y de acción cautelar –a las ya hicimos referencia en páginas anteriores– ya que podrían llegar a confundirse por la dimensión común que ambas comparten. Afirmaremos que las acciones cautelares en gran medida tienen un enfoque conservativo, pues pretenden salvaguardar el estado de la masa activa para el momento en que ésta deba resarcir un crédito, pero no todas las medidas conservativas van a inscribirse en una acción de tipo cautelar. Evidentemente, al limitar la capacidad de administración y disposición de un sujeto para con su patrimonio, se logra exorcizar un daño que *podría llegar a ocurrir* si éstas se dejasen incólumes. Sin embargo, en ocasiones expresamente se debe incrementar esa masa de bienes primigenia, en aras de que los esfuerzos procesales se vean recompensados y se llegue a cobrar el crédito. Petrificar la esfera patrimonial con una acción cautelar es claramente insuficiente cuando este daño *está ocurriendo* por una omisión o cuando *ya haya ocurrido*: ese es el origen, respectivamente, de la acción subrogatoria y de la acción pauliana. Por ello afirmaremos que son acciones *sui generis*, al añadir un elemento distintivo a la simple ejecución o cautela clásicas.

Todo lo anterior encaja con los pensamientos de RUGGIERO. Este insigne civilista italiano trasciende las fronteras de su propio ordenamiento cuando acertadamente constata que la acción subrogatoria –y, como veremos por el contenido de su comentario, también alcanzaría por extensión la acción pauliana– realiza tanto una función ejecutiva como conservativa, «según se limite a conservar íntegro el patrimonio del deudor, haciendo reingresar en él bienes abandonados por su titular, y sobre los cuales actuará más tarde ejecutivamente o vaya más allá e implique la apropiación inmediata de tales bienes por el acreedor, que, sin hacerlos reingresar previamente en el patrimonio del deudor, los adquiere inmediatamente, satisfaciendo así su crédito»¹²⁰. En

¹²⁰ RUGGIERO, R. (1931). *Op. cit.*, vol. 2, p. 166. Ahora bien, podríamos formular una crítica desde un punto de vista conceptual pues, aunque efectivamente la incorporación de los derechos en el patrimonio del deudor sea únicamente virtual, de ahí no debe inferirse que la apropiación por el acreedor sea inmediata [para una interesante disertación a este respecto, especialmente en lo que se refiere a la acción

definitiva, en las acciones subrogatoria y revocatoria habría que distinguir racionalmente dos fases: un primer momento conservativo, que aproxima el derecho al alcance del acreedor, y un segundo instante donde ya opera la ejecución. Éstos son más fáciles de distinguir cuanto más se distancian en el tiempo, aunque no hace falta decir que en el instante en que se articula una medida conservativa ya se tiene en el punto de mira una hipotética ejecución final –habida cuenta que, sin ésta última, ese primer movimiento de preservación carecería de sentido–.

A modo de recapitulación, la razón de ser de las acciones con un componente conservativo estriba en un hecho fáctico: en determinadas ocasiones la mera ejecución del patrimonio del deudor resulta ineficaz para el acreedor que quiere cobrar su crédito, pues hay derechos que lograrían escapar al alcance de la responsabilidad universal –ya sea por una actitud despreocupada del deudor para hacerlos suyos o por una actitud directamente dañina que le conduzca a abdicar de ellos en fraude de sus acreedores–. Es evidente que el sistema legal ha de preocuparse de prever tales situaciones tan lesivas para la seguridad jurídica y, expresándolo de un modo llano, debe *hacer algo más* para tutelar el crédito. Por eso se configuran las acciones subrogatoria y pauliana, deduciéndose de ahí un nuevo rasgo distintivo: la subsidiariedad de este tipo de actuaciones, lo cual implica que sólo se podrán llevar a término cuando fracase la vía ejecutiva¹²¹. Lógicamente, tal aseveración se construye en respeto al principio de

subrogatoria, *vid.* PATTI, S. (1998). *Op. cit.*, p. 122 y s.]. De ello es consciente el mismo autor quien, a renglón seguido, reconoce que la conservación quedaría asimilada en la ejecución, no distinguiéndose a efectos prácticos un momento *conservativo* y otro *ejecutivo* al llevarse a cabo en unidad de acto.

¹²¹ En este contexto la ciencia jurídica española se pronuncia de una manera meridianamente clara al respecto. Así se expresa literalmente el *Código Civil* en su ya mencionado artículo 1111, en el cual se regulan las dos acciones objeto de análisis, exigiéndose que el acreedor haya perseguido «los bienes de que esté en posesión el acreedor para realizar cuanto se les debe» [Código Civil, art. 1111]. Naturalmente la doctrina patria no puede alejarse en demasía del citado precepto, especialmente en lo que se refiere a la acción pauliana (cuya subsidiariedad queda recalcada más si cabe en el artículo 1294 del mismo cuerpo legal, limitando su ejercicio a cuando no quede otro recurso para reparar el perjuicio). A propósito de ambas acciones, *vid.* GARCÍA AMIGO, M. (1991). «Artículo 1111». En PAZ-ARES, C., DíEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dir.). *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, p. 69 y s.; mientras que para la acción revocatoria en particular *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1998). *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Bolonia: publicaciones del Real Colegio de España, p. 79 y ss. - ROBLES LATORRE, P. (1999). «La subsidiariedad en la acción pauliana». *Anuario de Derecho Civil*, T. LII, fasc. II, abril-junio 1999, p. 664 y ss.

economía procesal que, en este caso, se traduce en que primero se tiene que agotar las opciones menos complejas y lesivas (tanto para el deudor como, sobre todo, de cara a terceros) para alcanzar el fin de la satisfacción¹²².

3.4.- Especificidades de la acción subrogatoria

Una vez tratados los necesarios prolegómenos vamos a atender a cada acción concreta. Comenzando por la *acción subrogatoria*, haríamos bien en recordar lo que ya expresamos en páginas anteriores acerca de los derechos de crédito. Hemos de tener en mente que en su contenido se regula un vínculo jurídico entre su titular y un sujeto en particular, el cual debe llevar a cabo una actitud o prestación a favor del primero (sea de dar, hacer o no hacer). En otros términos, aunque virtualmente se trate de un activo, su definitiva incorporación a un patrimonio se acaba haciendo depender de la voluntad y de las posibilidades económicas de ese obligado. A todo ello cabe añadir que, dado que la eficacia de la relación obligatoria se predica únicamente *inter partes*, los acreedores de quien ostente un derecho de crédito no podrán embargarlo ni ejecutarlo directamente: desde la perspectiva de la obligación, el acreedor del titular de un derecho de crédito solamente es un tercero que nada tiene que ver con su estructura original¹²³.

La consecuencia es que, con el fin de posibilitar que el acreedor pueda recurrir a esta categoría de activos para ver satisfecho su derecho cuando sea invocada la responsabilidad civil universal, necesariamente debe configurarse un instrumento jurídico que contemple estas características diferenciales. Se alcanza dicho objetivo con la *acción subrogatoria*, en virtud de la cual el acreedor del titular de un derecho de crédito queda habilitado para sustituir a este último en el ejercicio de las potestades que

¹²² No nos resistimos a hacer un paréntesis para adelantar que, una vez nos encontremos en sede de insolvencia, este esquema general sobre la naturaleza jurídica de las acciones subrogatoria y revocatoria que acabamos de delinear seguirá manteniendo su plena vigencia y utilidad. Al fin y al cabo, los caracteres esenciales de las actuaciones conservativas operadas sobre la masa activa en los procesos concursales tienen su germen precisamente en estas instituciones fundamentales del Derecho procesal civil y, aunque se adapten para dar servicio a otras circunstancias, de allí se deriva su régimen jurídico sustancial. Sin duda, identificando las raíces de toda realidad, podremos comprender hasta las últimas consecuencias su funcionamiento y propósito para, acto seguido, constatar la analogía entre los diferentes sistemas legales.

¹²³ En términos similares, *vid.* DE CASTRO, F. (1972). *Op. cit.*, p. 46 y s.

le corresponderían. En este punto confluyen nuestras ideas con las consideraciones sostenidas por GIAMPICCOLO, quien concibe la acción subrogatoria como «aquel particular medio de conservación de la garantía patrimonial consistente en la facultad, atribuida por la ley al acreedor, de ejercitar los derechos y las acciones que le corresponden a su deudor con respecto a terceros, en tanto que este [deudor] no lleve a cabo su ejercicio y con ello genere un posible perjuicio a la futura realización del crédito»¹²⁴.

De la anterior definición inferimos que la subrogación en tales circunstancias se articula como una faceta específica de la responsabilidad patrimonial –pues asegura la función de garantía que se atribuye al patrimonio– y, al mismo tiempo, implícitamente enuncia su característica esencial: no se produce una traslocación en la titularidad del derecho de crédito, sino que únicamente se transmite su ejercicio, ya sea para recibir los efectos económicos positivos o para desempeñar la acción procesal oportuna¹²⁵. Es decir, se quiere dejar perfectamente incólume la estructura de la obligación en si misma considerada, no produciéndose ninguna mutación ni en su vertiente objetiva (el contenido del derecho va a ser exactamente el mismo) ni tampoco en su dimensión subjetiva (dado que no hay transferencia alguna en su titularidad). En definitiva, se posibilita que los derechos de crédito que reposen en manos del deudor acaben incorporándose plenamente al instituto de la responsabilidad sin que por ello deban sufrir una transformación en sus elementos sustanciales. De este modo se logra dar a luz una verdadera de cuadratura del círculo en lo que respecta a la reverencia que merece la seguridad jurídica en el tráfico económico desde dos perspectivas que, de otro modo, se verían enfrentadas: desde el ámbito de la masa pasiva, por el cumplimiento de los deberes asumidos por una persona responderán todos y cada uno de los derechos del patrimonio constituidos a su favor (seguridad jurídica ante los acreedores); mientras que desde el punto de vista de la masa activa, la incorporación de los derechos de signo positivo como una suerte de garantía no supondrá que sean objeto de novación subjetiva

¹²⁴ GIAMPICCOLO, G. (1959). *Op. cit.*

¹²⁵ Volviendo a citar a este autor en un punto posterior de su reflexión, «la norma, que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad patrimonial [...], aclara que al acreedor no se le transfiera la titularidad (o cotitularidad) del derecho o de la acción, sino la simple potestad de su ejercicio en sustitución del deudor» [*loc. cit.*].

por lo que, en última instancia, sería la intervención de alguien ajeno a la relación obligatoria originalmente constituida (seguridad jurídica ante los deudores).

Lo que permite esta acción es que, en caso de que el titular del derecho de crédito no esté actuando con la debida diligencia en la defensa de sus intereses patrimoniales, sean sus acreedores quienes se vean legalmente habilitados para intervenir en su nombre. El incentivo es más que evidente, habida cuenta que tutelando los intereses que *de iure* le corresponden a otro sujeto se lograría obtener un clarísimo beneficio individual: hacer posible el cobro de su propio crédito¹²⁶. De ahí que la acción subrogatoria también se conozca con el nombre de acción *indirecta* u *oblicua*, pues los efectos positivos para el acreedor no serán inmediatos, sino que se harán depender del incremento de la masa activa de su deudor (quien, recordémoslo, es el que realmente ocupa una auténtica posición sustantiva o procesal en el esquema del derecho de crédito por ser su titular)¹²⁷.

Deben concurrir una serie de presupuestos para poder acudir a esta vía tuitiva. En primer lugar, obviamente, nos encontramos con la existencia de un crédito que sirva de justificación para que el acreedor pueda intervenir en una esfera patrimonial ajena¹²⁸.

¹²⁶ A propósito de la calidad de la que se reviste el acreedor cuando ejercita el derecho o la acción que le corresponde a su deudor para que, efectivamente, no se produzca un cambio en la titularidad, ALCALDE RODRÍGUEZ encuentra en los pensamientos de GIORGI una interesante analogía que permite construir dogmáticamente la fórmula antes señalada de transmitir el ejercicio de un derecho o una acción. Para estos autores, el acreedor del titular de un derecho de crédito se debería tratar como una especie de representante o mandatario de su deudor, el cual despliega una actuación que le corresponde a otra persona gracias a la oportuna habilitación legal. O lo que es lo mismo, consideraremos que «el acreedor actúa como un *procurator in rem suam*, obra no en *iure proprio* sino *ex iuribus debitoris*, [...siendo un] “actor en su interés personal”, porque no se preocupa de la ventaja del deudor, sino sólo de la suya, que consiste en conseguir pronto o tarde el pago de su crédito» [ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (1987). «La acción subrogatoria». Revista chilena de derecho, vol. 14, número 2-3, p. 355]. Con pocas diferencias, esta parece ser la opinión doctrinal más aceptada, e.g. CASTÁN, J. (1992). *Op. cit.*, T. III, p. 318 - RUGGIERO, R. (1931). *Op. cit.*, vol. 2, p. 166.

¹²⁷ En tales términos, *vid.* PATTI, S. (1998). *Op. cit.*, p. 126.

¹²⁸ A propósito del crédito –que naturalmente deberá ser líquido, vencido y exigible para desplegar sus efectos procesales en caso de incumplimiento–, GIAMPICCOLO se percata que éste debe entenderse en un sentido amplio, siendo objeto de protección legal «no sólo no sólo el crédito propiamente dicho, sino toda relación obligatoria que traiga aparejada, igualmente, también en vía subsidiaria, una responsabilidad patrimonial del sujeto pasivo» [GIAMPICCOLO, G. (1955). *Contributo allo studio della dichiarazione recettizia*. Milano: Giuffrè, p. 951].

Junto a ello, igualmente interesará una determinada actitud subjetiva del deudor para con su crédito: lejos de regirse con base a la diligencia que se le supone a toda persona en lo que afecte a su patrimonio, una *inactividad perjudicial* tendrá que hacer acto de presencia¹²⁹. O lo que es lo mismo, hablamos de un comportamiento pasivo del deudor a la hora de hacer efectivos los derechos que le corresponden que ocasiona un consiguiente menoscabo a su acreedor al disminuir la masa sobre la que puede hacer recaer la responsabilidad. Por último, íntimamente unido a lo anterior, de igual forma necesitamos la presencia de un componente objetivo, el cual no sería otro que la imposibilidad del acreedor de hacer efectivo su crédito por el cauce de la mera ejecución. Cómo no, requerir de una acción reforzada con un elemento conservativo exige que la masa sea demasiado exigua para satisfacer una deuda singular. Hablamos entonces de un *peligro de incurrir en insolvencia*, situación cuyas características específicas trataremos en el siguiente capítulo. Finalmente, la potestad subrogatoria del acreedor no podrá extenderse a aquellos derechos que afecten a la esfera personal de su deudor, si no que deberá limitarse a los derechos de índole estrictamente patrimonial¹³⁰. No sin razón, pues de admitir la alternativa contraria estaríamos abriendo la puerta al resarcimiento de deudas por medio de la constricción *ad personam*, lo cual ya hemos dicho que son unas formas desterradas desde largo tiempo atrás en las concepciones morales y jurídicas del mundo desarrollado.

3.5.- Especificidades de la acción pauliana

El último apartado que nos queda por tratar es el que versa sobre la *acción revocatoria o pauliana*. Con ella se pretende dar respuesta a aquella tipología de supuestos en los que el deudor haya realizado actos de disposición indebidos de sus derechos patrimoniales,

¹²⁹ El término de *inactividad perjudicial* es propio de la doctrina italiana y, al ser perfectamente gráfico a la hora de describir el mencionado comportamiento, nos ha parecido oportuno reproducirlo en nuestra investigación. En tal sentido, *vid.* PATTI, S. (1998). *Op. cit.*, p. 141 y ss. – GIAMPICCOLO, G. (1959). *Op. cit.*

¹³⁰ Esto es, los derechos que se podrán ejercitar son «posiciones subjetivas activas que el deudor no ha ejercido frente a otros sujetos» [*ibíd.*, p. 146], teniendo por lo tanto dicha consideración indudablemente los derechos de crédito y los derechos potestativos. Asimismo, a propósito de la excepción de los derechos inherentes a la persona, hemos de destacar una interesante reflexión en LACRUZ, J.L. (1950). «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria». *Anuario de Derecho Civil*, T. III, fasc. IV, octubre-diciembre 1950, p. 1101 y ss.

pues con esa merma de la masa activa se ocasiona un perjuicio a sus acreedores al dificultarles la posibilidad de cobrar su crédito por el aumento del riesgo de incurrir en insolvencia. Frente a ello, la acción revocatoria se erige como un medio de asegurar la responsabilidad, al pretender neutralizar dicho daño en virtud de un régimen de ineficacia de aquellos actos jurídicos que resulten perjudiciales a esa garantía que, como ya hemos expresado tantas veces, supone el patrimonio en toda interacción económica de la persona¹³¹.

Al igual que acontecía con la acción subrogatoria, acudiendo a la medida conservativa de la revocación procesal inevitablemente estamos afectando los derechos de terceros. Eso sí, como nos podemos suponer, en este caso la inferencia va a ser sensiblemente más intensa: ya no se trata de corregir una omisión –situación en la que el derecho económico no habrá llegado a consumarse en favor del deudor a causa de una indebida abstención suya, pero cuyo contenido sigue perfectamente incólume en espera de que se acometa, motivo por el cual se habilita al acreedor para que asuma esa posición activa–, sino que con la acción pauliana se estará yendo directamente en contra de otro acto jurídico distinto, de cuyos efectos participa alguien ajeno a la relación obligatoria particular que se pretendería tutelar con este cauce procedimental¹³². Acudiendo a la más acreditada doctrina jurídica, al reinterpretar los pensamientos de ROPPO desembocamos en un conflicto entre tres esferas de intereses. En primer término se halla el interés del acreedor, quien querrá constreñir en la mayor medida posible la esfera de iniciativa económica de su deudor para lograr una mayor tutela de su crédito. En segundo lugar debe valorarse el interés del deudor, cuya aspiración no será otra que conservar la máxima libertad de actuación posible para establecer cuantas relaciones económicas independientes, sin que unas sirvan de lastre para otras. Finalmente, al unir las dos dimensiones anteriores y articular una relación económica entre acreedor y terceras personas en virtud de un vínculo indirecto donde únicamente la figura del acreedor sirve como nexo común, se revela una dimensión que sólo puede ser inscrita en una categoría infinitamente más profunda y amplia: «la tutela de la confianza y, en

¹³¹ De un modo parecido, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1998). *Op. cit.*, p. 220.

¹³² En palabras de D'ERCOLE, «deben ser actos jurídicos *en sentido estricto*, esto es, actos idóneos a concretar auténticas y propias manifestaciones de voluntad negocial» [D'ERCOLE, S. (1998). «L'azione revocatoria». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. II (2ª ed.). Turín: Utet, p. 172]; a lo que prosigue indicando que dichos actos deben tener relevancia patrimonial, al disminuir su garantía, y con una naturaleza válida y eficaz en tal sentido [*loc. cit.*].

consecuencia, de la seguridad en el tráfico»¹³³. Desde este punto de vista, la acción revocatoria ha de concebirse como una elaborada y meditada construcción procesal, fruto de lo que el citado autor ha atinado a llamar «delicada opción de política legislativa»¹³⁴, en la cual se contrapesan intereses complejos para lograr los fines que la responsabilidad pretende de cara a la seguridad jurídica.

Si se ha considerado que la mejor alternativa para proteger el crédito es constituir un régimen de ineficacia parcial y relativa de los actos del deudor que conlleven unos efectos perjudiciales, a pesar de que de esta forma se acaben afectando derechos que se hayan trasladado a manos de terceros, se debe a que cualquier otra medida hubiese arrojado unos resultados poco menos que pírricos¹³⁵. También revela la importancia de la que se reviste al instituto de la responsabilidad, pues si al alcance del acreedor sólo se ofrecieran mecanismos de protección meramente nominales sería insuficiente para reforzar el sentimiento de confianza que necesita el comercio: muy por el contrario, todo operador económico necesita tener la convicción de que el ordenamiento jurídico le va a proporcionar unos resultados pragmáticos. No obstante, tantas repercusiones negativas acaecerían ante la carencia de esta figura como si se llegara a incurrir en su exceso y desmesura. De no limitar en la mayor medida posible los efectos que podrán ser objeto de anulación, intentando mantener intactos los que no sean imprescindibles de revocar por un mismo acto, la inseguridad jurídica hará igualmente acto de presencia, esta vez bajo la apariencia de que los negocios jurídicos en un determinado sistema corren el riesgo de ser revocados (todo lo cual desincentivaría la vida económica por erigirse en óbice para la esfera de libertad).

Este ejercicio requiere determinar con precisión el requisito característico de la acción pauliana: la presencia de un perjuicio o daño. Ese *eventus damni* es, junto con la existencia de una obligación crediticia, el motivo habilitante que deberá esgrimir el acreedor para solicitar la tutela revocatoria. En un sentido amplio, entenderemos ese

¹³³ ROPPO, V. (1997). «La responsabilità patrimoniale del debitore». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. I (2ª ed.). Turín: Utet, p. 498.

¹³⁴ *Loc. cit.*

¹³⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1998). *Op. cit.*, p. 220. Este mismo autor plantea que la técnica legislativa, en otras ocasiones, ha sancionado los supuestos de daños con otro tipo de soluciones (como podría ser la reparación pecuniaria). Ahora bien, aunque con ese proceder no se perturbaría para nada la situación de un tercero, la efectividad brillaría por su ausencia.

daño como un hecho de naturaleza objetiva, consistente en la frustración de realizar un derecho de crédito¹³⁶. Asimismo, en palabras literales de D'ERCOLE, el Derecho no sólo tomará en consideración el perjuicio que consistiese en «la reducción irreversible del patrimonio del deudor, sino también la simple modificación de los bienes de este último, capaz por su naturaleza de frustrar la función misma de garantía»¹³⁷; o, lo que es lo mismo, el daño no debe ser necesariamente manifiesto y abocar directamente a la insolvencia, sino que la Ley también se preocupará de las situaciones en que haya un peligro de que ésta se llegue a concretar (deduciéndose de ahí una finalidad de tipo más bien cautelar). En definitiva, de lo anteriormente expuesto se colige que serán impugnables por el acreedor cualquier tipología de actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, tanto onerosos como gratuitos, siempre que exista un nexo causal entre el mismo y la reducción de la garantía a la que sirve el patrimonio¹³⁸.

¹³⁶ *Ibíd.*, p. 9. En el mismo párrafo, FERNÁNDEZ CAMPOS se percató de que en la redacción del artículo 1111 del Código Civil de España se recurre a la palabra «fraude». No obstante, recuerda que las connotaciones subjetivas que evidencia ese término es una incorporación posterior en el tiempo (en la etapa posclásica del Derecho romano) y que, originalmente, sólo aludía a la realidad objetiva arriba mencionada. Por la complejidad dogmática que el elemento psicológico o moral entraña, amén de que nos alejamos de los efectos que realmente nos interesan para nuestra investigación, entendemos que no hemos de adentrarnos en este terreno; si bien no nos resistimos a remitirnos a una interesante valoración doctrinal para el ordenamiento italiano en D'ERCOLE, S. (1998). *Op. cit.*, p. 177.

¹³⁷ *Ibíd.*, p. 172.

¹³⁸ Sobre la relación de causalidad entre el acto jurídico y el perjuicio, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1998). *Op. cit.*, p. 191 y ss.

Conclusioni del capitolo I

Una delle principali funzioni dell'ordinamento giuridico nell'ambito del diritto privato consiste nell'apportare la necessaria certezza del diritto per ottenere il corretto funzionamento delle istituzioni sociali. Si include fra queste il mercato, nel quale si sviluppano gli scambi civili e commerciali che, senza dubbio, costituiscono il fondamento ultimo dell'economia. Costituisce elemento centrale di questo universo l'obbligazione, per mezzo della quale un creditore può esigere dal debitore che compia una determinata prestazione quantificabile pecuniariamente: il credito.

Quando si verifica il caso dell'adempimento volontario di un'obbligazione non occorre esercitare il potere coercitivo, espresso ed articolato nella sua forma più alta nella procedura giurisdizionale. Ovviamente, in tale situazione, la certezza del diritto non ha bisogno di imporsi sulla libertà. In *sensu contrario*, dal momento in cui avviene un inadempimento, l'ordinamento giuridico deve assicurare agli operatori economici che vengano prese delle misure affinché si rispetti l'ordine stabilito. Detta risposta consiste nell'attivazione della responsabilità patrimoniale universale, in virtù della quale si concede al creditore la possibilità di vincolare i beni e i diritti, presenti e futuri, di cui dispone il debitore allo scopo di ottenere gli effetti economici di cui avrebbe beneficiato se si fosse compiuta la prestazione. Pertanto, affermiamo che la responsabilità è parte della struttura primaria dell'obbligazione, in quanto elemento imprescindibile perché il diritto possa attuarsi nel caso in cui una persona non adempia correttamente ai doveri assunti. In questo modo viene svolta una doppia funzione, a seconda della parte di relazione obbligatoria di cui si tratti: da una parte, la sicurezza del creditore di poter riscuotere il credito- che facilita la normale contrattazione- e, dall'altra, lo stimolo del debitore a realizzare la prestazione - tenuto conto che, prima o poi, dovrà fare fronte alle conseguenze economiche derivanti dall'obbligazione che ha assunto -.

L'oggetto su cui ricade la responsabilità è, come abbiamo appena segnalato e come indica la sua stessa classificazione, il patrimonio del debitore. O per essere più precisi, risiederà nell'insieme dei diritti patrimoniali di segno positivo - tali sono i diritti reali e i diritti di credito - che possano trovarsi tra gli averi di quest'ultimo; preso atto che i debiti funzionano come un fattore di segno negativo, il quale ha luogo nell'equazione patrimoniale. La ragione per cui facciamo tale precisazione è che nel patrimonio si concretizza l'essenza della capacità economica del soggetto e, di conseguenza, in esso

dobbiamo osservare le due forme in cui si possono manifestare i vincoli interpersonali: da una parte, i diritti, i quali rappresentano la sfera del dominio e della libertà pecuniaria; e, dall'altra, i doveri e i debiti, che non fanno altro che diminuire il contenuto e la capacità di tale sfera di facoltà. Inoltre, questo conglomerato patrimoniale implica un'idea di unità, interpretabile in una doppia prospettiva. La prima e più evidente sorge dall'aspetto personale, poiché il patrimonio rappresenta il suo titolare nel traffico economico, essendo questi riconoscibile perché esercita alcune funzioni direttive sulla massa del patrimonio stesso. La seconda, invece, ha a che fare con il suo aspetto tecnico, e riguarda cioè la missione che esso compie nel mercato e che costituisce la sua ontologica ragione d'essere. Modulando entrambe le dimensioni ci appaiono diverse forme patrimoniali, sebbene tutte presentino una serie di caratteristiche comuni. Nello specifico, è bene rilevare il carattere permanente del patrimonio, che permette che la responsabilità venga estesa non solo ai beni e diritti attuali, ma anche alle nuove circostanze che finiscono col ricadere ulteriormente nella stessa sfera di dominio.

Entrando nel dettaglio dell'aspetto coattivo, ciò che marca la differenza tra la certezza del diritto ed il dominio dell'incertezza è l'esigenza di un'istituzione con sufficiente potere per imporre alcuni comportamenti. Nell'era contemporanea tale ruolo ricade esclusivamente nelle mani dello Stato, che sviluppa la sua funzione di salvaguardia su due versanti: uno sostanziale, determinando l'elenco dei beni giuridici che l'ordinamento considera degni di tutela, e l'altro giuridico, relativo al modo in cui si andrà ad attuare l'effettiva tutela dei diritti nel contesto di una procedura. Focalizzandoci su quest'ultimo punto, gli ingranaggi processuali che avranno come oggetto lo sviluppo della responsabilità patrimoniale universale inizieranno ad articolarsi ad istanza di parte, in virtù dell'intervento di un'azione del creditore contro il suo debitore davanti al potere giudiziale dello Stato per reclamare la soddisfazione della prestazione inadempita. Di conseguenza, gli organi giurisdizionali compiono tutte le azioni opportune alla salvaguardia e all'attuazione delle attese del credito che siano state domandate: in primo luogo, mediante la messa in pratica delle opportune misure conservative - al fine di evitare la dissoluzione del patrimonio o per reintegrare gli elementi che siano usciti indebitamente dallo stesso -; ed in secondo luogo, con l'esecuzione specifica su tutti i beni e diritti del debitore.

In conclusione, in questo primo capitolo siamo riusciti a stabilire un filo conduttore tra i due pilastri fondamentali su cui si fonderà il diritto concorsuale: l'obbligazione e la responsabilità, che sono imprescindibilmente legati agli occhi della certezza del diritto. Come abbiamo visto, quando non si adempie l'obbligazione, si attiva la responsabilità e, in questo modo, ci troviamo di fronte alla prima fase dell'universalità: la soggezione di tutta la massa attiva del patrimonio del debitore per procurare il pagamento dei debiti. Successivamente, vedremo come tutti questi aspetti basilari siano opportunamente sviluppati e perfezionati in sede d'insolvenza, ove si plasmerà il principio di universalità anche sulla massa passiva, per ottenere la soddisfazione più efficace non solo di un unico credito, ma della pluralità dei creditori costituiti in una comunità.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INSOLVENCIA

Introducción

Una vez tratados los antecedentes civiles, relativos a los institutos de la responsabilidad y el patrimonio, así como la necesaria operativa procesal constituida para materializarla, finalmente podemos abordar los elementos propios de Derecho concursal. Como veremos en las siguientes páginas, los componentes estructurales de esta disciplina jurídica se construyen precisamente sobre los pilares anteriormente expuestos, uniéndolos en un todo armónico de naturaleza tanto sustantiva como procedimental. Eso sí, aunque el sustrato civil es perfectamente reconocible una vez ha sido identificado, a sus caracteres se le deben añadir las oportunas modulaciones para adaptarse a las exigencias de unas nuevas circunstancias específicas: la situación de insolvencia en que se halle incurso el deudor quien, en pocas palabras, será incapaz de hacer frente a todas las deudas que hubiese contraído con múltiples acreedores sin desatender, total o parcialmente, algunas de ellas.

Definiendo ese nuevo *status quo* y comprendiendo en qué forma va a acabar afectando a las masas activa y pasiva del patrimonio concursal, tanto en su régimen de administración interna como en su aspecto interrelacional o externo, estaremos en aptitud de llegar a concebir el principio de universalidad que rige en los procedimientos de insolvencia.

1.- Economía e insolvencia: una interrelación entre realidad y Derecho

1.1.- Concepto de insolvencia

Hasta este momento toda nuestra exposición partía de una premisa fáctica: la situación de normalidad o equilibrio financiero entre las masas activa y pasiva del deudor, quien era capaz de hacer frente al cobro del agregado de sus deudas con los bienes y derechos que se hallasen en su haber. Fuera en virtud del cumplimiento espontáneo del contenido de la obligación por la creencia en la buena fe o de un modo coercitivo gracias al instituto de la responsabilidad patrimonial universal que se expresa en la ejecución singular, el acreedor en particular y el mercado en general podían contar con el necesario sentimiento de confianza para acometer los intercambios económicos que integran el tráfico civil y mercantil. Ahora bien, desde el punto y hora en que se arribe a unas circunstancias de inestabilidad patrimonial o crediticia y ese *modus operandi* resulte impracticable, con total independencia de los motivos que hayan conducido a la misma, parece claro que la seguridad jurídica se encontraría en un desamparo tan evidente como intolerable para el Derecho.

A efectos prácticos, se daría pie a un escenario en el que solamente algunos acreedores concretos podrían llegar a realizar de un modo efectivo y pleno su crédito, lo cual se debería única y exclusivamente al haber sido más diligentes a la hora de ejercitar las oportunas acciones procesales¹³⁹. Esto iría en claro detrimento del resto de quienes se hallasen en su mismas circunstancias, pues primaría sin más el famoso brocardo latino de *prior in tempore, potior in iure*. Tal principio sería perfectamente útil e intachable para quien, egoístamente y pretendiendo su único beneficio individual, se apresurase a procurar para sí mismo una tutela jurisdiccional que protegiese sus intereses, aunque en ningún caso sería admisible cuando se toma como regla de valoración la integridad del complejo cosmos económico.

Expresándolo de otra manera, la raíz del problema que aquí nos ocupa estriba en que proceder al solo contentamiento individualista de los créditos, entendidos en su

¹³⁹ Una prontitud que bien puede verse derivada de una disposición asimétrica en la información sobre la situación patrimonial y financiera del deudor por parte de sus distintos acreedores. El ejemplo paradigmático sería el relativo a las entidades de crédito que, por efecto de la actividad que desarrollan habitualmente en el mercado, tienen en su poder un mayor grado de conocimiento de las circunstancias económicas que rodean a su cliente.

singularidad más radical y de manera atomista, conduce a que éstos se acaben perjudicando entre sí en sus legítimas perspectivas de llegar a realizarse. No en balde, todos ellos recaen sobre unos mismos activos necesariamente limitados que, en no pocos casos, pueden resultar incluso escasos o exiguos. La actuación jurisdiccional debe ser entonces específica, concreta y patrimonialmente omnicompreensiva, articulándose en ella un criterio de maximización del crédito que la comunidad crediticia –valorada en su conjunto como masa pasiva agregada– podrá llegar a recuperar.

Nuevamente, la clave de bóveda de nuestros raciocinios vuelve a ser ese principio axiológico al que tantas veces hemos aludido: la seguridad jurídica. Esa idea inspira prácticamente cada ápice de la interacción económica en el mercado y sirve de base para modular muchas de las instituciones jurídicas del Derecho privado. La obligación es el punto de partida y la pieza fundamental de todas ellas, pudiéndose considerar como la unidad sustantiva mínima de la que se pueden dimanar efectos patrimoniales. Aquí la seguridad jurídica no es otra que la convicción en la buena fe: la presunción moral de los contratantes por la que confían de que la otra parte dará un cumplimiento espontáneo de la obligación. En su defecto, la responsabilidad patrimonial universal se entendería como una *primera derivada* de la obligación: construida sobre el fenómeno del incumplimiento, la seguridad jurídica se hace reposar en el sometimiento del patrimonio del deudor al pago de su deuda y en la correlativa potestad de agresión de la que se arroga al acreedor para ejercitar un procedimiento de ejecución singular. Sin embargo, en determinadas circunstancias no bastará con vincular el patrimonio activo del deudor para, a continuación, proceder a liquidar algunos o todos sus elementos. Al contrario, por las razones esgrimidas hace apenas un instante, igualmente habrá que ofrecer un tratamiento jurídico a la otra cara de la moneda: el acopio de deudas, que deberán ser oportunamente moduladas por el Derecho. Ése es el ser trascendental de los procedimientos de insolvencia: una profundización en el principio de la seguridad jurídica, fruto de añadir un nuevo e ineludible elemento que controlar en la construcción original de la responsabilidad. En conclusión, aquí tenemos el orden lógico de los procedimientos de insolvencia: en tanto que descendiente de primer grado de la responsabilidad patrimonial, son una *segunda derivada* de aquella obligación primigenia cuando, además del meritado incumplimiento prestacional, se dan otros condicionantes que enervan el sentimiento de confianza.

Hablamos, claro está, de la *situación de insolvencia del deudor común* para con una comunidad crediticia –esto es, una pluralidad de acreedores– que ostenta derechos de crédito en su contra: éste es el hecho objetivo desencadenador del procedimiento concursal. No hace falta decir que el fundamento ontológico de este *status insolventiae* es de naturaleza eminentemente económica, a partir del cual el ordenamiento jurídico constituye una definición legal sobre la que, a continuación, se configurará una solución armónica en la que consiste todo procedimiento de insolvencia.

Siguiendo la mencionada perspectiva economicista, la única que permite dar a luz una definición universal que permita trascender los lindes de cada ordenamiento jurídico, identificamos dos grandes modelos metodológicos para reconocer en qué momento emerge dicha situación de insolvencia según la capacidad del deudor a la hora de conseguir influir en ese hecho objetivo¹⁴⁰. El primero toma como base la idea de *sobreendeudamiento*, un concepto que hunde sus raíces en el complejo mundo de la contabilidad y que se expresaría del modo más gráfico en un balance. De ahí nos surge un problema más que evidente: el enorme efecto que obra la subjetividad, al ser una información que obra en manos del deudor y que, además, puede llegar a ser acomodada según sus querencias. Como reza el dicho español, «el papel lo aguanta todo», incluso las deformaciones deliberadas de la realidad financiera, derivándose de ahí una inconveniencia a la hora de optar por esta alternativa si se quiere salvaguardar la seguridad jurídica. Por el contrario, la segunda técnica prefiere prescindir de este abanico de dificultades y desplazar el centro de gravedad a un elemento que puede ser fácilmente verificado por los acreedores en todo momento: el criterio de liquidez o *cash flow*, de lo que resulta una *concepción funcional* –donde es jurídicamente relevante la imposibilidad de cumplir con todas las obligaciones exigibles, con independencia de cuál sea la concreta causa subyacente–¹⁴¹.

Ahora bien, lo que en realidad se deduce de nuestra anterior disertación son dos tipologías distintas de insolvencia. La primera es la situación de desbalance patrimonial –tener en contra un mayor pasivo que el activo disponible con el que cubrirlo–, que en

¹⁴⁰ WESTBROOK, J.L., BOOTH, C.D., PAULUS, C.G. y RAJAK, H. (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff publishers, p. 65.

¹⁴¹ ROJO, A. (2004). «Presupuesto objetivo (art. 2)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 170; expresándose explícitamente la huida del Derecho concursal español de la anteriormente referida concepción patrimonialista.

última instancia haría imposible el correcto funcionamiento de la responsabilidad patrimonial universal clásica y estaría mucho más próximo a la idea de insolvencia que se colegiría de la misma. En cambio, la segunda concepción es asimilable a un concepto de iliquidez, entendida como la imposibilidad general y actual de que el deudor sea capaz de pagar sus deudas en la medida que se fueren haciendo exigibles.

Aunque no resulta en absoluto imposible que ambas situaciones sean coincidentes en el tiempo, erraríamos si las considerásemos consustancialmente parejas *ab initio*. Así las cosas, un deudor puede sufrir un completo desbalance en su patrimonio pero conseguir arreglárselas para seguir pagando puntualmente sus deudas de un modo transitorio; o bien, a la inversa y desde un criterio de caja, tener una falta de liquidez pero disponer de bienes y derechos más que suficientes para cubrir sus obligaciones momentáneamente¹⁴². Sin embargo, no nos cabe duda de que, si no se aporta una

¹⁴² Por ejemplo, si al deudor no le fueren pagados los créditos constituidos a su favor cuando debiere corresponder, ocasionándose así una desafortunada reacción de incumplimientos en cadena. También se da pie a esta situación o se empeora radicalmente en el caso de que las entidades bancarias cierren las líneas de crédito que un operador del tráfico jurídico necesita para hacer frente al normal *décalage* entre pagos y cobros. Una interesante contribución doctrinal se centraría en la figura de la *ruptura brutal del crédito* y en las consecuencias jurídicas que de ahí se dimanarían para la entidad de crédito que incurriese en ese comportamiento. Originalmente surgida en la doctrina francesa a partir de una previsión legal [*vid.* art. L.313-12 del *Code monétaire et financier*, por el que se obliga a las entidades de crédito a preavisar cuando vayan a reducir o interrumpir el crédito concedido a una empresa a riesgo de incurrir en responsabilidad], su contenido se plasma de un modo y operativo sintético en la ciencia italiana en los pensamientos de LENOCI. Este autor, para limitar estos comportamientos y proteger tanto a la persona particular como al mercado en su conjunto, vertebró un sistema de responsabilidad de la banca en los casos de *interrupción traumática del crédito*. Por este concepto entiende aquellas «situaciones de muy diversa índole en que las actuaciones de la banca (caracterizadas por su naturaleza arbitraria, repentina, inesperada o incongruente) conducen a negar a su cliente la concesión o la prosecución del crédito, dejándole económicamente expuesto» [LENOCI, V. (2013). «La responsabilità della banca per interruzione "brutale" del credito». I Battelli del Reno, contributo pubblicato in data 13 luglio 2013. Recurso en línea, disponible en <http://www.ibattellidelreno.it/reno/attachments/article/62/LENOCI-13_luglio_2013.pdf> (última consulta: 10 de septiembre de 2015)], rompiéndose así la normal situación de buena fe que debe regir en la contratación bancaria para entrar en una dinámica en la que concurren distintas formas de abuso de derecho. En suma, a los efectos que nos interesan para nuestra investigación, afirmaremos que salvaguardar el acceso al crédito es un bien jurídico que debe ser convenientemente protegido para evitar el desastre financiero. Penalizar la ruptura intempestiva de las líneas de crédito es una solución sin duda muy positiva, pues garantiza un comportamiento cuanto menos leal de las entidades de crédito so pena de

incurrir en responsabilidad y tener que hacerse cargo de los daños que se dimane de su actitud antijurídica.

En este punto, aunque nos alejemos de nuestro objeto de estudio, no podemos dejar de hacer siquiera una somera referencia a una realidad que se saca precisamente a colación de este aspecto: aparte de las medidas jurídicas de tipo microeconómico, también es importante preservar el contexto macroeconómico con medidas que impidan el derrumbe del entero sistema financiero. De no regular correctamente esta dimensión, se haría peligrar profundamente el tejido productivo y social en todo su conjunto. Ya no va a ser solamente una persona física o jurídica la que se verá afectada por una mala praxis puntual de la banca, sino que todo el mercado es el que se verá abocado a la hecatombe financiera en un efecto de *bola de nieve* por una incapacidad de uno de sus sectores a la hora de seguir prestando correctamente sus servicios, haciendo depender a los operadores del tráfico jurídico únicamente de sus propios medios para seguir satisfaciendo sus deudas, sin poder contar con esa suerte de «margen de error» que les procura la recepción externa de crédito. A la fecha en que redactamos esta investigación, parece ser que por fin estamos saliendo de una profunda recesión iniciada en 2008 precisamente por estas causas. El deficiente marco normativo que ofrecía la denominada «New Financial Architecture», caracterizada por una progresiva desregulación a partir de la década de 1970 del sistema *Glass-Steagall*, el cual se había establecido precisamente tras la crisis económica de 1930 para evitar su posterior reedición, es un claro ejemplo en negativo del que surge una lección que no deberíamos olvidar [para una clarificadora y sintética descripción de estos modelos y su evolución, *vid.* CROTTI, J. (2008). «Structural causes of the global financial crisis: A critical assessment of the “New Financial Architecture”». Political economy research institute, Workingpaper Series, nº 180, p. 5 y ss.].

STIGLITZ, en su papel de presidente de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Monetario y Financiero Internacional, emite un informe de gran interés indicando los principios que, en su opinión, deberían regir el mercado financiero y el papel que ocupan los gobiernos para no repetir los errores del pasado [STIGLITZ, J. E. (s.f.). «Principles for a New Financial Architecture». Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Monetario y Financiero Internacional, Naciones Unidas. Recurso en línea, disponible en <<http://www.un.org/ga/president/63/commission/newfinancialarchitecture.pdf>> (última consulta: 1 de junio de 2014)]. Allí se contiene un par de postulados que encajan perfectamente con lo que previamente acabamos de desarrollar. El primero trata sobre el carácter de los mercados, los cuales no deben concebirse como un fin en sí mismos sino como una herramienta al servicio de potenciar la economía real para hacerla más productiva. Con este objetivo en mente, se mantienen los capitales en circulación continua: los ahorros se movilizan, asignándose allí donde son necesarios, y sucede así lo que denomina una *trasferencia de riesgo* (esto es, el traslado de las contingencias derivadas de la normal actividad económica hacia esferas que pueden soportar mejor los quebrantos). De esta manera se solventa el riesgo puntual de iliquidez: con una sencilla línea de crédito, idealmente constituida por los ahorros de quienes no lo necesitan inmediatamente, que absorbe el impacto de los pagos a realizar cuando los cobros todavía no se han ingresado. El segundo axioma se relaciona con la habilidad que se requiere de los poderes públicos para encauzar el mercado, debiendo existir una regulación adecuada para evitar un fallo sistémico de dramáticas consecuencias. Retornando al principio de esta nota, la actuación gubernativa sobre las distintas dimensiones en que puede revelarse el mercado de crédito es inexcusable: atendiendo

solución tempestivamente y se permite que cualquiera de estas situaciones vaya perpetuándose a lo largo del tiempo, al final nos hallaremos con ambos escenarios acumulados. El sobreendeudamiento conduce a la iliquidez cuando, al agotar sin remedio su masa activa, el deudor llega al final de un arduo camino de empobrecimiento tan ineludible como progresivo en el que, en última instancia, también dejará de poder seguir satisfaciendo las deudas que hubiere contraído. Por su parte, la ausencia de liquidez también desemboca en el desbalance patrimonial cuando, en un recorrido fatal para intentar disfrazar una crisis financiera ante sus acreedores, el deudor haya dispuesto de bienes y derechos preciosos cuya finalidad económica original no era disponer de ellos en aras de satisfacer deudas¹⁴³.

En cualquier caso, ambas concepciones tienen en común que de ellas se deriva una dialéctica económicamente perniciosa, cuyo corolario es la erosión sin remedio del patrimonio y la afectación de las expectativas de crédito otros operadores del mercado con los que el deudor haya entablado una relación jurídica. Ese es el motivo por el que el Derecho no puede permanecer impertérrito ante ninguno de estos escenarios y debe plantear una reacción jurídica, que no será otra que incoar el oportuno procedimiento de insolvencia.

No es necesario recurrir a toda nuestra artillería apologética para justificar el carácter infinitamente más operativo de la construcción jurídica que parte de una concepción funcional o de iliquidez, que la hacen más útil a efectos prácticos. Basta con indicar que se evidencia por sí sola en el curso normal del tráfico económico, sintetizándose en el hecho de que el deudor no puede cumplir con todas sus obligaciones en la medida que devienen exigibles –al menos de una forma sostenible– y eso es algo de lo que pueden percatarse los acreedores. Además, también desde una perspectiva racional y dogmática,

al mundo financiero a pequeña escala se ofrece seguridad jurídica a los operadores económicos y a cuantos con ellos se relacionen en su microcosmos civil y mercantil, mientras que cuando se despliega en los mercados financieros en general se promueve la confianza en un universo infinitamente más amplio. Sólo así se puede garantizar una verdadera libertad, perdurable y auténtica, al alejarnos en virtud del Derecho de la incertidumbre propia del voluntarismo exacerbado.

¹⁴³ En este sentido cabe remitirnos a lo ya comentado a propósito de la mutabilidad del patrimonio, cuyos elementos pueden ser más o menos volátiles según la función que cumplan en el contexto económico del de la persona. En concreto, la ya referida interpretación del *valor en utilidad* y *valor de cambio* propugnado por SMITH creemos que puede ser la más útil para marcar la diferencia entre los comportamientos que son o no sostenibles [*vid.* nota al pie número 73].

esta opción legal es perfectamente pertinente con cómo se estructuran las instituciones jurídicas de la obligación y la responsabilidad. Recordemos que las obligaciones deben ser satisfechas cuando devienen líquidas, vencidas y exigibles, a lo cual se une que en el momento del incumplimiento se activa la acción procesal conducente a lograr el contentamiento en virtud al recurso de la responsabilidad patrimonial universal sin necesidad de argumentar ulteriores requisitos. Es entonces cuando creemos congruente que la segunda derivada del problema, que nos conduciría a la insolvencia, sólo necesite añadir la precisión que la caracteriza: que el deudor, de un modo generalizado, está incurriendo en impagos en la medida que devienen exigibles. Importa, en conclusión, la pluralidad de acreedores que no están viendo satisfechos sus créditos, lo cual es algo constatable sin mayores dificultades y no enerva la seguridad jurídica¹⁴⁴. De esta forma,

¹⁴⁴ Hemos de referirnos a una discusión doctrinal al respecto de si la pluralidad de acreedores es o no un requisito *sine qua non* para incoar el procedimiento de insolvencia. En principio y al hilo de lo que hemos venido exponiendo, no deberíamos dudarle: de no haber una parte acreedora múltiple, las vicisitudes económicas se podrían resolver perfectamente mediante el instrumento de la responsabilidad patrimonial universal y la ejecución singular, sin necesidad de acudir a la vía –siempre más compleja y onerosa– del concurso de acreedores [en este sentido, *vid.* DI GRAVIO, D. (1971). «Fallimento con único creditore». *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 1992, fasc. 5-6, p. 758 y ss.]. Ahora bien, puede darse el caso de que se abra el procedimiento de insolvencia y después, al constatar los créditos que deberán concurrir, sólo quede un acreedor. La cuestión es si se debería proseguir con el concurso o si, por el contrario, sería causa de revocación (con efectos *ex tunc*) o conclusión (con efectos *ex nunc*) del mismo. Comprendiéndola como una *petitio principii* [*vid.* PROVINCIALI, R. (1974). *Trattato di diritto fallimentare*, vol. 1. Milán: Giuffrè, p. 259 y s.], el resultado sería el de admitir la admisibilidad, si bien un criterio de orden práctico nos acabaría reconduciendo otra vez a la vía de la responsabilidad.

La cuestión sigue siendo objeto de debate científico, aunque en todo caso tangencial (por no decir bizantino) en aquello que nos afecta en nuestra investigación. Eso sí, al menos en España, la tendencia ha ido decantándose para permitir seguir sustanciando el proceso aun cuando sólo se halle un acreedor único [*vid.* DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. «Resolución de 2 de julio de 2012». En BOE nº 225, de 18 de septiembre de 2012]. La clave la encontramos en los pensamientos de SERRA, quien advierte que desde la lógica del derecho positivo la pluralidad no tiene por qué ser un requisito. Así, para esta autora, la pluralidad de acreedores no es «una circunstancia cierta o una característica esencial, sino simplemente una circunstancia habitual o una característica natural de la insolvencia» [SERRA, C. (2009). «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 17, mayo-agosto de 2009, p. 339]. Ahora bien, en línea con nuestra tesis de que el derecho concursal se dimana de la imposibilidad de satisfacción por la vía de la responsabilidad precisamente por la existencia de esta pluralidad, nosotros entendemos que es un criterio erróneo. Seguiremos pues un criterio basado en la estricta economía procesal y afirmaremos que debe ser una causa de revocación del

tanto por su sencillez como por su coherencia, no es de extrañar que ésta sea la postura seguida por buena parte de los ordenamientos jurídicos modernos¹⁴⁵. Si bien, para dotar

concurso, habida cuenta que jamás se habrá dado su requisito esencial de apertura más que de un modo meramente virtual.

Siguiendo un criterio estricto de economía procesal, nos decantamos por pensar que debería ser causa de revocación del concurso, pues no se habrá dado su requisito esencial de apertura más que virtualmente.

¹⁴⁵ Como ya hemos indicado previamente, ni es nuestra intención ni nos ayudaría a los efectos pretendidos para con nuestra investigación confeccionar un estudio de Derecho comparado. Eso sí, también es cierto que en determinadas ocasiones es oportuno referirnos a instituciones jurídicas nacionales para explicar mejor una institución de Derecho abstracto. La definición de insolvencia es un caso especialmente sensible, pues la incoación misma del procedimiento concursal depende del sentido que se le dé y, a efectos de la disciplina internacional-privatística, puede ser un importante óbice que conduzca al *fórum shopping*. Por ello, a modo ejemplificativo, citaremos sucintamente los conceptos de insolvencia de los ordenamientos de Italia, España, Alemania, Francia, Reino Unido y Estados Unidos, a fin de constatar que la tesis funcionalista es la opción seguida por estos importantísimos sistemas jurídicos, sin duda paradigmáticos tanto a escala europea como global.

Empezando por la legislación española, en el artículo 2.2 de la Ley Concursal se define la insolvencia como el estado en el que se encuentra «el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 164/2003, de 10 de julio de 2003, art. 2.2. Texto consolidado a 1 de septiembre de 2015], pudiendo ser tanto de carácter actual (si ya han comenzado a darse impagos) o inminente (si se prevé que estos llegarán a producirse). Como muy acertadamente considera la doctrina más renombrada y que es encabezada por los profesores ROJO y BELTRÁN, con el adverbio *regularmente* se hace referencia a los pagos que siguen las normas del tráfico jurídico [BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). «El Derecho concursal». En MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dir.). *Lecciones de Derecho mercantil*, separata. Navarra: Thomson Reuters, p. 33], que además deberán procurarse con la puntualidad debida [ROJO, A. (2004). *Op. cit.*, p. 172].

Similar planteamiento nos encontramos en el ordenamiento italiano, cuya *Legge Fallimentare* consagra en su artículo 5 la concurrencia del estado de insolvencia del empresario como requisito para la consiguiente declaración de quiebra, estableciendo que éste «se manifiesta con incumplimientos u cualquier otro hecho externo, los cuales revelan que el deudor será incapaz de satisfacer en lo sucesivo sus propias obligaciones» [*Legge Fallimentare*, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, art. 5] y cuya solución sería la liquidación del activo. Asimismo, dentro de la misma *Legge Fallimentare*, en concreto en su artículo 160, se prevé que «el empresario que se encuentra en estado de crisis puede proponer a los acreedores un concordato preventivo» [*ibíd.*, art. 160] o, *ex* artículo 182-bis, «la homologación de su acuerdo de reestructuración» siempre que cumpla con determinados requisitos» [*ibíd.*, art. 182-bis]. La definición del concepto de *estado de crisis* aparece en el último párrafo del citado artículo 160, diciendo que por el mismo «debe entenderse también estado de insolvencia». Por otra parte, fuera de la regulación contenida en la *Legge Fallimentare* y dedicada a los sujetos no contemplados por ésta, no podemos dejar de comentar que existe el procedimiento de reorganización de la crisis por sobreendeudamiento (regulado

por la Legge 3/2012, de 27 de enero, de Disposiciones en materia de usura y de extorsión, así como de la reorganización de la crisis por sobreendeudamiento; con las posteriores modificaciones operadas por la Legge 221/2012, de 17 de diciembre de 2012, de Conversión en Ley, con modificaciones, del Decreto-Ley de 18 de octubre de 2012, sobre las últimas medidas urgentes para el crecimiento del país) que *prima facie* se aproximaría más a la ya criticada tesis del desbalance patrimonial. La motivación del legislador italiano de alambicar el proceso residiría en la condición de los sujetos afectados, cuya participación es menor en la esfera económica y puede requerir un mayor estudio. Ahora bien, la lectura del artículo 6 de esta norma nos revela en realidad un híbrido jurídico que, desde un punto de vista teórico, apenas tiene sentido: se recurre al término de *sobreendeudamiento*, que se define como «una situación de permanente desequilibrio entre las obligaciones asumidas y el patrimonio prontamente liquidable para hacerlas frente, y también la definitiva incapacidad del deudor de cumplir regularmente con sus propias obligaciones» [Legge 3/2012, de 27 de enero, de Disposiciones en materia de usura y de extorsión, así como de la reorganización de la crisis por sobreendeudamiento].

En la legislación alemana, la *Insolvenzordnung* (en adelante InsO) establece en su artículo 17.1 que «la insolvencia será la razón general para abrir procedimientos de insolvencia» [InsO, art. 17.1], añadiendo en su siguiente punto que «se reputará la iliquidez del deudor cuando éste sea incapaz de satisfacer sus obligaciones exigibles» [InsO, art. 17.2] y estableciendo una presunción de insolvencia en aquellos casos en que el deudor haya dejado de cumplir con sus pagos. Además, la jurisprudencia ha terminado de precisar en qué momento se debe entender que sobreviene la insolvencia. Siguiendo al profesor BLECH, se da un margen de «dos a cuatro semanas para satisfacer las deudas que venzan en ese periodo» y estableciendo que «retrasos menores en el pago de deudas pendientes que no excedan el 10% de las deudas vencidas, dependiendo de las circunstancias específicas, automáticamente no desencadenan la insolvencia» [BLECH, U. (2010). «Introduction to german insolvency law particularly with regard to the insolvency topics that are not harmonized under council regulation 1346/2000». En BELTRÁN, E. y SEBASTIÁN, R. (dir.) *European Insolvency Regulations. Application of the European Regulation on Insolvency Proceedings*. Pamplona: Aranzadi / Thomson Reuters, p 179]. Asimismo, junto a este supuesto de insolvencia actual, se admite la insolvencia inminente (artículo 18 de la InsO, apareciendo definido en este precepto como la situación en que el deudor «prevea que será incapaz de satisfacer sus obligaciones en la fecha en que devengan exigibles» [InsO, art. 18]) o el sobreendeudamiento de la persona jurídica (artículo de la 19 InsO, entendiéndose que se dará cuando «los activos del deudor no puedan cubrir las obligaciones que debe satisfacer, a pesar de que sea altamente previsible, considerando las circunstancias, que la compañía siga existiendo» [*ibíd.*, art. 19]) como causas de incoar un procedimiento de insolvencia.

En Francia, por su parte, el Libro VI del *Code de commerce* establece tres procedimientos judiciales para tratar el problema de la insolvencia: el *procedimiento de salvaguarda*, el *procedimiento de restablecimiento judicial* y la *liquidación judicial*. La definición de insolvencia en el país galo la encontramos expresada en el artículo L631-1 del *Code de commerce*, relativo al procedimiento de *restablecimiento judicial*, en el que dice que éste estará abierto para «todo deudor [...] que, ante la imposibilidad de hacer frente a su pasivo exigible con su activo disponible, haya suspendido pagos» [*Code de commerce*, art. L631-1]. Entendemos que este mismo concepto de insolvencia es el que utilizan

a este modelo de una verdadera perfección, cabría contemplar el componente de la *sostenibilidad*. Esto es, aunque el deudor esté pagando religiosamente todas y cada una

los procedimientos de *liquidación judicial* (al ser aplicable, *ex* artículo L640-1 del mismo cuerpo legal, «a todo deudor [...] que haya suspendido pagos y donde el restablecimiento sea manifiestamente imposible» [ibíd., art. L640-1]) y de *salvaguarda* (que, según el artículo L620-1 del *Code de commerce*, «está abierto a solicitud de un deudor [...] que, sin entrar en suspensión de pagos, justifique que se encuentra en dificultades que no está en condiciones de soportar» [ibíd., art. L620-1], añadiendo a continuación que dicho procedimiento «está destinado a facilitar la reorganización de la empresa con la finalidad de continuar la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la depuración del pasivo» [loc. cit.]; lo que podría ser asimilable a una situación de insolvencia inminente). En definitiva, una dejación en el cumplimiento de las obligaciones que, según su gravedad y perspectivas de viabilidad, o bien de su carácter actual o inminente con el efectivo incumplimiento de sus obligaciones, acaba sustanciándose en un cauce procesal u otro.

En la caracterización que se le da al concepto de insolvencia en el Reino Unido, hemos de partir de la premisa de su sistema legal está dividido en tres zonas: el que comprendería Inglaterra y Gales, el de Irlanda del Norte y el de Escocia; basándose los dos primeros en un modelo de *Common law* y el último en una combinación de éste con componentes de Derecho continental. Centrándonos en el sistema de Inglaterra y Gales, que entendemos es el que tiene una mayor trascendencia a efectos prácticos, para encontrar una definición de insolvencia debemos acudir a la sección 122.1.f de la *Insolvency Act* de 1986 (encontrándose dicha sección en la Parte IV de dicho texto, relativa a la liquidación o *winding up*, uno de los cuatro procedimientos que se articulan en la ley junto al del *Acuerdo voluntario de las compañías*, la *Administración* y la *Intervención*). En dicho precepto se indica que «una compañía será liquidada cuando sea incapaz de pagar sus deudas» [Insolvency Act 1986, art. 122.1.f], precisándose a continuación, en la sección 123.1.e del mismo texto legal, la idea de *incapacidad de pagar las deudas* desde un punto de vista contable o de *cash flow*, no teniendo otro sentido que la incapacidad de la compañía de pagar sus deudas en la medida que devengan exigibles.

Por último, entrando a analizar un ordenamiento externo a la Unión Europea, en los Estados Unidos de América se utilizan en paralelo ambas posturas doctrinales según sea el sujeto afectado. La regulación aparece en el Título 11 del *Code of Laws of the United States of America*, relativo a la quiebra o *Bankruptcy*. En concreto, su artículo 101.32 concreta tres definiciones distintas de insolvencia para el término insolvente: la primera (apartado A), «en relación a una entidad distinta a una sociedad o una municipalidad, [es] la condición financiera en la que la suma de las deudas de dicha entidad son mayores que el conjunto de propiedades de la misma, valorados a un precio justo [...]» [Code of Laws of the United States of America, art. 101.32]; la segunda (apartado B), «en relación a una sociedad, aquella condición financiera en la que la suma de deudas de dicha sociedad sea mayor que el aquel conjunto, valorados a un precio justo, de propiedades de la sociedad [...]» [loc. cit.]; y, la tercera, «en relación a una municipalidad, la condición financiera en la que dicha municipalidad esté sobrepasando de forma general sus deudas en la medida que éstas devienen exigibles [...] o sea incapaz de pagar sus deudas cuando éstas devengan exigibles» [loc. cit.].

de sus deudas, si se observase que es a costa de su despatrimonialización también debería poder invocarse la posibilidad del concurso. No en balde, cuanto más se dilate en el tiempo la apertura de este procedimiento, mayores dificultades traerá aparejadas el contentamiento de los créditos.

A modo de desenlace, nuestra anterior exposición debe comprenderse en clave de epítome, en la que hemos intentado describir el núcleo económico y teórico del concepto de insolvencia a un nivel objetivo y abstracto. Obviamente somos conscientes que estas nociones básicas pueden encontrar tantos matices como legislaciones existan a lo largo y ancho del espacio europeo, lo cual se ve exponencialmente incrementado cuando tomamos como punto de referencia al mundo entero. Eso sí, descender a tal dimensión de casuística y detalle supone desgajarnos de un instrumento teleológicamente válido por cuanto que restrictivo para operar en una dimensión transnacional, como haremos posteriormente cuando nos introduzcamos en la disciplina del Derecho internacional privado.

1.2.- El procedimiento de insolvencia como exigencia del sistema jurídico-económico. Breve referencia a sus orígenes históricos y a su evolución en líneas generales.

El hecho de que todo ordenamiento jurídico deba configurar un procedimiento de insolvencia dirigido contra un deudor común es, sin ningún atisbo de duda, una opinión unánimemente sostenida por la más amplia base de ciencia jurídica universal. Hay autores como WARREN en cuyos pensamientos se vislumbra una consideración para nada positiva del Derecho de insolvencia: caracterizándolo como una «materia tenebrosa y deprimente»¹⁴⁶ de la que se colige una legislación «seca y desalentadora»¹⁴⁷, parece considerarla como una suerte de *mal necesario* al que debe someterse los deseos del legislador que debe abordar su correcta regulación. No nos cabe duda alguna de que la activación de los resortes concursales tiene lugar con ocasión de una situación de crisis patrimonial o financiera, lo cual es algo

¹⁴⁶ WARREN, C. (1935). *Bankruptcy in United States History*. Washington: BeardBooks, p. 3.

¹⁴⁷ *Loc. cit.* Ahora bien, hemos de reconocer que este autor reconoce a renglón seguido que los debates en el seno del poder legislativo estadounidense a propósito de la insolvencia se revelan llenos de colorido, al contenerse en ellos los cambios en los puntos de vista acerca de la naturaleza de las relaciones económicas en la historia americana, que es en este caso su universo de estudio.

necesariamente negativo para la persona del deudor, quien se va a ver radicalmente afectado en su esfera económica y va a ver menguada su libertad en este ámbito¹⁴⁸. Ahora bien, este criterio nos parece claramente extrajurídico. Si en algo debe consistir el oficio del jurista es en su desapasionamiento, debiéndose centrar su interés en la resolución de las situaciones que se le plantean. En el caso de la insolvencia, se trata de un hecho social con relevancia estadística: con eso basta para que la ciencia jurídica se vea compelida a actuar, sin necesidad de entrar en apreciaciones subjetivistas que nos enturbiarían por completo nuestro análisis¹⁴⁹.

¹⁴⁸ En un orden de cosas meramente subjetivo y dejándonos invadir por un sentimiento empático, está meridianamente claro que no deberíamos alegrarnos ante tales supuestos. Siguiendo con esa lógica, en un arrebatado de idealismo afirmaríamos incluso que la situación óptima sería no incurrir jamás en causa de insolvencia, aunque ello no es óbice para que el sistema normativo se halle dispuesto para afrontar esas eventualidades. Si lo llevamos hasta el extremo de lo absurdo, este discurso se podría aplicar prácticamente a cuantas instituciones jurídicas podamos imaginarnos y, finalmente, nos quedaría una desastrosa concepción del Derecho así como una visión antropológica un tanto sesgada. En pocas palabras nos encontraríamos ante una disciplina que se impone a la naturaleza humana, dada la incapacidad de esta última de hacer lo correcto por sí misma o por lo alejado de la realidad de lo que según la razón se revelaría como óptimo. Esta visión, cuyo punto de partida son los postulados del idealismo jurídico, según los cuales una realidad imperfecta tiene que ser compelida a seguir los dictados del pensamiento, nos parece poco atinada. Muy al contrario, el raciocinio y el Derecho deben seguir a la realidad y no a la inversa: sólo de esta manera se puede llegar a hacer ciencia.

¹⁴⁹ A modo meramente ejemplificativo de esta realidad estadística que, en consecuencia, no puede dejar de ser apreciada por el ordenamiento jurídico, podríamos citar para el caso de España los datos que trimestralmente recoge el Instituto Nacional de Estadística a propósito de los concursos en iniciados en este país. Si tomamos las cifras totales de deudores concursados en el periodo que va del año 2005 al año 2014, en cuyo interludio ocurre una importantísima crisis económica, observaremos los siguientes resultados:

Tabla I: Número total de deudores concursados en España de 2005 a 2014*:

<i>Año</i>	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
<i>Nº deudores</i>	1001	968	1147	3298	6197	5962	6863	9071	9937	9294

*[Datos obtenidos de INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2015). *Estadísticas del procedimiento concursal*. Cruce de datos de la serie «Deudores concursados: Total» y los periodos de «2005Q1» a «2014Q4» (resultados trimestrales mostrados de manera agregada en años). Recurso en línea, disponible en <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t38/bme2/t30/p219/10/&file=0906001.px> (última consulta: 10 de octubre de 2015)].

Más allá de esto, también encontramos criticable la consideración que este mismo autor vierte sobre la legislación de quiebras. Lejos de verla seca y desalentadora, nosotros la encontramos fecunda y en ella divisamos el valor de la esperanza. Abordar el reto de tratar en toda su amplitud y extensión el estado económico de una persona requiere, desde luego, un instrumento jurídico polifacético y complejo que debe tomar en cuenta múltiples ramas del Derecho y la economía de manera omnicomprendensiva y consonante. Ciertamente, eso se erige como una medida de riqueza o, incluso, de refinamiento científico, no hallando su pretendida *seguridad* en aspecto alguno. Tampoco hallamos desesperanza, pues una buena operatividad concursal ofrece a los acreedores mayores expectativas en el cobro de sus créditos que, de lo contrario, se verían en entredicho (y, *a sensu contrario*, la ausencia de un procedimiento ordenado sería lo que precisamente la provocaría); de igual modo que las perspectivas también pueden ser positivas para el deudor pues, junto con la normal función solutoria de los procedimientos de insolvencia, que se manifestaría del modo más evidente en la liquidación pura y simple de la masa activa remanente para cubrir la masa pasiva, también puede otorgársele la posibilidad de reestructurar su caja y patrimonio para retornar a una situación financieramente sostenible. En definitiva, no podemos comulgar menos con la opinión de este clásico autor norteamericano, por cuanto se aleja en exceso del espíritu que realmente configura la concepción contemporánea de la insolvencia.

Muy al contrario, a pesar de las circunstancias necesariamente dramáticas a nivel humano que toda quiebra trae aparejadas, nuestra visión al respecto de esta fenomenología jurídica es eminentemente positiva. Adscribiéndonos a la tesis que postula la teoría del *Law and Finance*, afirmaremos que los institutos concursales influyen de un modo radical en el desarrollo financiero y en la economía general de los países¹⁵⁰. La razón estriba en que la estructura patrimonial y financiera del deudor

En definitiva, estamos hablando de la regulación de entorno a un millar de situaciones de insolvencia en unas circunstancias de normalidad económica (periodo de 2005 a 2007) a cifras que las multiplican en un orden casi exponencial (periodo de 2008 a 2014). Es obvio que el ordenamiento jurídico no puede ser impermeable a su contexto social, dejando huérfanos de soluciones a situaciones económica y socialmente controvertidas, siendo este el motivo por el que la regulación del concurso de acreedores es una obligación del todo inexcusable para el legislador.

¹⁵⁰ En términos muy generales, la mencionada teoría del *Law and Finance* sostiene que las diferentes tradiciones legales en lo relativo a la protección de los derechos de los inversores constituye el factor explicativo por excelencia para comprender el desarrollo económico-financiero de los países. Una breve

insolvente es de tal complejidad que, presumiblemente, los acreedores no serán capaces de organizarse espontáneamente para ofrecer una salida ordenada al conflicto que nace del incumplimiento generalizado de las obligaciones contraídas. Ese es el título habilitante del Estado para constituir un sistema concursal, el cual actuará en dos niveles distintos: uno distributivo, al dividir los costes de la insolvencia de un modo equitativo entre los distintos miembros de la comunidad crediticia –quienes serán los afectados más inmediatos de la situación de insolvencia–, y otro que garantiza una mayor eficacia en la asignación de los recursos disponibles, por cuanto se simplifica la toma de decisiones a la hora de operar con ellos¹⁵¹. Expresándolo en otros términos, la característica esencial de esta rama del Derecho consiste en que su normativa reguladora disciplina y modula el contenido de la más amplia esfera de créditos que integran la masa pasiva, en la medida que también somete los bienes y derechos que vertebran la masa activa. La utilidad final no es otra que ofrecer un resultado lo más justo posible para que los acreedores, al menos fragmentariamente, puedan ver satisfechos una parte de sus créditos.

Los razonamientos de WESSELS, van precisamente en esa línea, cuando proclama que la legislación concursal se instaura como una pieza central de todo ordenamiento jurídico donde claramente se refleja «el pulso de la economía de una nación»¹⁵². La fortaleza y pujanza del tráfico jurídico es pareja al nivel de seguridad que el ordenamiento pueda ofrecer a sus operadores, con lo que la confianza de los inversores (tanto locales como extranjeros) se vería en la encrucijada si se careciese de un sistema de insolvencia transparente y sólido. Por eso el derecho de quiebras se consagra como «la prueba decisiva del buen funcionamiento ordenamiento civil y mercantil, e incluso de la entera estructura económica de un país»¹⁵³.

pero no menos completa descripción de esta teoría que relaciona íntimamente las disciplinas del Derecho, la economía y las finanzas la encontramos aquí contenida: «Law and Finance», en DURÁN HERRERA, J.J. (dir., 2011). *Diccionario de finanzas*. Madrid: Ecobook.

¹⁵¹ En esos términos, VAN HEMMEN, E. F. (2004). «Los efectos de la legislación concursal sobre el sistema financiero y el crecimiento económico». *Anuario de Derecho Concursal*, T. I, enero-marzo de 2004, p. 276. Es igualmente interesante

¹⁵² WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. Oxford: Oxford University Press, p. 1.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 2.

Este pensamiento no es en absoluto reciente ya que, en el momento en que se alcanza un determinado nivel de desarrollo en los intercambios económicos de índole civil y –sobre todo– mercantil, se hace imperiosamente ineludible articular algún tipo de solución para el problema de la insolvencia. Nos percatamos de ello cuando observamos los dos orígenes que el estudio de la historia nos revela para el Derecho concursal: la ciencia jurídica romana y los modos de proceder de los comerciantes en las Ciudades-Estado italianas en el Bajo medioevo.

Comenzando por Roma, no cabe duda que la razón de su éxito no se ceñía única y exclusivamente al mérito de haber desarrollado una formidable maquinaria de guerra, la cual le proporcionó la fuerza necesaria para conquistar vastos territorios en Europa, África y Asia, sino también a la no menos importante virtud de haber logrado perfeccionar un exquisito sistema político y legal que le permitió mantener dicha posición de dominio y lograr un no menos importante progreso económico¹⁵⁴. En esas circunstancias aparece el primer germen de regulación de la insolvencia que, a pesar de su lejanía en el tiempo, nos resultará bastante familiar por los paralelismos que evidencia su estructura con el modo de hacer moderno¹⁵⁵. Originalmente, todo proceso

¹⁵⁴ En términos análogos, SALVIOLI sostiene que para explicar el desarrollo de la riqueza en la antigua Roma debemos fijarnos en la perfección de su derecho de obligaciones y en el conocimiento de muchas instituciones comerciales que aún hoy utilizamos en la actualidad [SALVIOLI, G. (1906). *Le capitalisme dans le monde antique. Études sur l'histoire de l'économie romaine*. Paris: Giard & Brière, p. 265]. Ahora bien, la que posiblemente sea la expresión más pura por cuanto que primigenia de esta característica esencial del modelo de civilización que Roma lega al mundo se halle contenida en la Eneida. Más que los estudios contemporáneos, que en todo caso deben contentarse con describir el pasado, esa obra inmortal de la literatura universal goza del mérito de haber podido inspirar y modelar el ser de este pueblo. En concreto recordamos un pequeño fragmento, en el que el espíritu de Anquises indica a su hijo Eneas cuál es la misión de la ciudad que va a fundar: «Tú recuerda, oh romano, de regir a los pueblos con tu imperio. Ésas serán tus artes: ponerle leyes a la paz, perdonar a los vencidos y derribar a los soberbios» [VIRGILIO, P. (s.f.). *Aeneis*, L. VI, vv. 851-853. Proyecto Wikisource. Recurso en línea, disponible en <https://la.wikisource.org/wiki/Aeneis/Liber_VI> (última consulta: 3 de abril de 2015)]. En otras palabras, aquí vemos como se articula la vertiente estrictamente bélica –el derribo de aquellos que no reconociesen su imperio, que a sus ojos se definirían como soberbios– con la fundamental tarea civilizatoria: el desarrollo del Derecho y la integración en su sistema de los pueblos sojuzgados.

¹⁵⁵ A fin de facilitar la comprensión, concentramos en esta cita los textos que tomamos de base para abordar nuestra descripción del sistema romano de insolvencia: BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 15 – MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación». *Anuario de Derecho*

de ejecución (tanto singular como universal) se estructuraba en dos fases: la *missio in possessionem rei servandae* (misión de posesión para conservar la cosa) –por la cual los acreedores tomaban la custodia y administración de los bienes del deudor en aras de salvaguardar sus intereses comunes y compartidos– que iba seguida por la *bonorum venditio* (venta de bienes), una subasta pública en la que se procedía a la entrega del entero patrimonio del deudor a una persona llamada *bonorum emptor* (comprador de los bienes), quien a cambio se comprometía a pagar un porcentaje del pasivo. Cabe comentar que esta venta era en bloque porque simbolizaba una sucesión universal, habida cuenta que el procedimiento traía aparejada la *infamia* para el insolvente, que venía a representar una suerte muerte civil tácita al degradarse su honor y privársele de ciertos derechos políticos; por no decir que, tras la transmisión de su patrimonio, seguiría estando obligado al pago de aquella proporción de las deudas que no se hubieran satisfecho. Asimismo, también se preveía que se pudiese nombrar a una especie de administrador o síndico, en aras de que hubiera alguien dispuesto para llevar a cabo los actos conservativos que requiriera la masa activa si lo solicitaba una mayoría de los acreedores, e igualmente se estipulaba la publicidad –las *proscriptiones bonorum* y los *praecones* según fuesen, respectivamente, escritos u orales– para dar conocimiento a los interesados de los distintos momentos por los que pasaba el concurso.

En definitiva, en época clásica ya son reconocibles cuatro características básicas que siguen caracterizando en el sistema de insolvencia moderno: la desposesión del deudor con respecto a su patrimonio, la venta de éste para proceder al pago entre los distintos acreedores de manera armónica, la existencia de un síndico y el intento de dar al procedimiento la debida resonancia social para que alcanzara sus fines. Eso sí, posteriormente y al irse amortiguando la imponente rigurosidad que caracteriza a este modelo primigenio, además de diferenciarse claramente cuando se refiriera a una situación de insolvencia, se dio paso a un sistema que en esencia llega a contemplar el resto de instituciones concursales presentes en la actualidad. Con la *Lex Iulia* (año 17 a.C.) se habilita un innovador cauce procedimental con la *cesio bonorum* (cesión de

Concursal, T. 4, enero-marzo de 2005, p. 316 y ss. – PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2010). «Concurso de acreedores en Derecho Romano. Presupuestos para la apertura del procedimiento». En ARIZA y GALÁN (coord.). *Reflexiones para la Reforma Concursal*. Madrid: Reus, p. 115 y ss. – PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2011). «La publicidad en el procedimiento concursal romano-clásico». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 24, octubre-diciembre de 2011, p. 261 y ss. – WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 3 y ss.

bienes), al permitir que sea el propio deudor quien voluntariamente se declare en insolvencia. Para ello bastaba con que se presentase ante el magistrado y pusiera sus bienes a disposición de sus acreedores, procediéndose entonces a la *bonorum venditio* sin que supusiera una nota de infamia. Más adelante, con la instauración de la *distractio bonorum* (separación de bienes), se eliminaba el requisito de la pública subasta y venta unitaria del patrimonio, encargándose a un *curator bonorum* (curador, encargado de las cosas) su enajenación individual. La última gran aportación científica llegaría en la era justiniana y por influjo de la moral cristiana, apareciendo la figura de las *moratorias*, gracias a las cuales se otorgaba al deudor de un margen de tiempo adicional y suficiente para que pudiese atender al pago de sus obligaciones mediante la espera de sus acreedores. Con esto se terminan de cerrar las estructuras básicas de la insolvencia, que se irán repitiendo bajo distintas formas en los milenios sucesivos.

La caída del Imperio romano occidental y la situación de crisis política prácticamente continua en la que tuvieron que subsistir los restos supérstites del Imperio bizantino significaron una verdadera hecatombe para el desarrollo económico en toda la cuenca mediterránea. En dicho contexto social desarbolado desaparecen los procedimientos de ejecución universal desarrollados en la anterior etapa y habría que esperar hasta la Baja Edad Media, cuando tímidamente la actividad mercantil en Europa empieza a resurgir de sus cenizas y se redescubre el Derecho romano, para volver a encontrarnoslos¹⁵⁶. Es en ese preciso instante, en el marco del Derecho estatutario de las Ciudades-Estado italianas y por efecto de la mera necesidad, cuando vuelven a emerger esta clase de procedimientos. Eso sí, tras un largo periodo de vacío jurídico-práctico, no es de extrañar que se recuperen con un *modus operandi* un tanto distinto y en el que influyen concepciones propias del Derecho germánico, que suponen una involución en lo que había sido el desarrollo previo en el Derecho romano al contemplar la ejecución en la propia persona del deudor y establecer consecuencias para su familia. En esos momentos, en lugar de recurrir a una autoridad judicial pública, el impulso procesal va a recaer en las manos de los propios acreedores o en jueces privados designados por éstos,

¹⁵⁶ De igual modo que hicimos para el procedimiento romano, creemos más útil reunir en una sola nota al pie los diferentes textos utilizados para el análisis de esta nueva etapa histórica: BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 16 – GHIA, L. (2008). *L'esdebitazione: evoluzione storica, profili sostanziali, procedurali e comparatistici*. Roma: Wolters Kluwer, p. 31 y ss. – MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). *Op. cit.*, p. 322 y ss. – PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A. (2008). *Manuale di Diritto Fallimentare* (7ª ed.). Milano: Giuffrè, p. 46 y s. – WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 5 y s.

siendo a ellos a quienes se les va a encargar la llevanza de toda la *quiebra* o *bancarrota*. Por cierto, aunque pueda parecer anecdótico, no podemos dejar de comentar que esos dos términos aparecen precisamente en aquellas circunstancias históricas y, originalmente, eran indicativos de una expresión simbólica. Se explican porque, en el momento en que el deudor devenía insolvente, el resto de comerciantes de la ciudad asaltaba el que había sido su puesto en el mercado y *quebraba*, *rompía el banco* que había ocupado esa persona para señalar que ya no tenía lugar entre sus iguales. Normalmente no se encontraban con ninguna resistencia a su asalto pues el *fallito* (palabra derivada del latín *fallere*, que se traduce como engañar u ocultarse), por miedo a tener que hacer frente a las rigurosas consecuencias personales que su nuevo *status* traía consigo, solía darse a la *fuga*, huyendo de la ciudad o escondiéndose para eludir un quebranto también físico. Ese era el primer signo que exteriorizaba la insolvencia, aplicándose a partir de ese instante la presunción *iuris et de iure* de que el deudor era un defraudador. Por ello se secuestraba su patrimonio y se daba el encargo a un *curator* para que administrase lo aprehendido y procediese a la liquidación de los bienes para satisfacer los créditos en la mayor medida de lo posible mediante el reparto equitativo del producto de la venta.

Este segundo sistema es el que se exporta de Italia al resto del continente por la vía de la *Lex mercatoria*. Ahora bien, a partir del siglo XVIII y en los siglos sucesivos se va experimentando una progresiva transformación de este régimen primigenio. Siguiendo la síntesis elaborada por ROJO y BELTRÁN, esta metamorfosis se resumiría en cinco puntos: primero, el abandono progresivo de esta naturaleza privada para ser imbuido de cada vez más elementos de carácter público; segundo, el sensible incremento de los privilegios (que modulan el principio de la *par condicio creditorum*, al menos en su concepción más radical); tercero, dulcificar los efectos personales que la bancarrota traía consigo; cuarto, admitir que el procedimiento pueda terminar con un convenio con los acreedores y no solamente por la liquidación; y quinto, la reinstauración de las moratorias¹⁵⁷. Siguiendo esas líneas maestras llegaríamos a la era de la codificación, un modelo de regulación que supone el colofón del desarrollo jurídico-técnico de la Ilustración y que, a su vez, se halla íntimamente ligado a la forma de organización

¹⁵⁷ BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 16. Conteniendo igualmente ideas similares, *vid.* BONSIGNORI, A. (1986). *Il fallimento*. Libro contenido en GALGANO, F. (dir.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia* (vol. 9). Padua: CEDAM, p. 10 y ss.

política por excelencia de la Edad contemporánea: el Estado nacional, cuyo poder legislativo se caracteriza por arrogarse unas amplísimas competencias para normativizar intensamente la fenomenología social y económica en su más amplio espectro. La insolvencia no sería una excepción, explicándose así la amplísima diversidad regulatoria existente entre distintos países cuando descendemos al detalle de cada ley concursal, las cuales acabarán siendo caracterizadas por sus condicionamientos ambientales e históricos a pesar de que, en última instancia, persiguen un mismo objetivo: garantizar la satisfacción del acreedor.

1.3.- Sistemas de Derecho de insolvencia

Relacionar un elenco de ordenamientos jurídicos y describir sin más su idiosincrasia sería, a nuestro juicio, un trabajo tan arduo como infructífero. La disparidad normativa que se alza frente a una circunstancia perfectamente homologable desde un punto de vista económico debe ser tomada como un hecho, tanto a escala global como –al menos por el momento– en una dimensión europea. Ahora bien, ello nos no impide realizar un ejercicio de abstracción para poder distinguir grupos de sistemas afines y mitigar, siquiera dogmáticamente, este extraordinario maremágnum legislativo. Aun así, habida cuenta de los múltiples elementos que integran la estructura del procedimiento de insolvencia, nos encontraríamos ante un trabajo excesivamente arduo. Es por ello necesario que nos enfoquemos en los dos elementos que contienen el entramado básico sobre el que se edifica ya no sólo el Derecho concursal, sino toda circunstancia de naturaleza procedimental: los aspectos objetivo y subjetivo de la insolvencia.

Iniciando nuestra disquisición con la faceta objetiva, podríamos remitirnos a lo anteriormente comentado en un apartado anterior acerca de los dos modos en que se puede entender la insolvencia, donde ya indicamos la preferencia de una gran parte de los sistemas por la denominada *concepción funcional* dada la mayor seguridad jurídica que confiere al tráfico jurídico¹⁵⁸. Eso sí, nada impide la convivencia de dicho

¹⁵⁸ De modo anecdótico podríamos referirnos al caso de la legislación concursal tailandesa, que contrariamente a este criterio optó por un modelo de balance. El resultado no fue otro que constituir un sistema poco operativo dado a la desarticulación e incapaz de reaccionar con la debida presteza ante los abusos. Su máximo exponente fue el supuesto de la *Thai Petrochemical Industry*, que en 1997 incurrió en impagos por el nada despreciable valor de 3,4 billones de dólares americanos. Gracias al criterio netamente patrimonial seguido por la Ley siamesa, sus administradores pudieron impedir la declaración

paradigma con el otro modelo de corte patrimonialista, que se vendría a relacionar con los procedimientos de insolvencia incoados por la autonomía voluntad del deudor en la búsqueda de un instrumento útil para corregir un desequilibrio económico de cualquier clase (cuyo colofón último e ineludible, como hemos evidenciado, sería acabar incurriendo en el impago generalizado las deudas a las que estuviere obligado)¹⁵⁹. No obstante, hemos de indicar que nuestra reflexión anterior se ligaba a un criterio para

de insolvencia hasta el año 2000 a base de presentar ante los órganos jurisdiccionales competentes unos balances tan perfectamente equilibrados como poco fidedignos, de donde se dimanó un evidente perjuicio para sus acreedores [vid. MEYERMAN, G. E. (2000). «The London approach and Corporate Debt Restructuring in East Asia». En ADAMS, C., LITAN, R. y POMERLEANO, M. (dir.). *Managing financial and corporate distress*. Washington: Brookings Institution Press, p. 317 – WESTBROOK, J.L., BOOTH, C.D., PAULUS, C.G. y RAJAK, H. (2010). *Op. cit.*, p. 65].

¹⁵⁹ Siguiendo con la lógica del discurso que previamente proponíamos, si la información patrimonial del deudor se encuentra a efectos prácticos bajo su control exclusivo, no debería extrañarnos que argüir el desbalance sea algo que quede en sus manos. La utilidad es evidente, pues cuanto antes se intenten corregir los desequilibrios económicos más fácilmente se podrá hallar una solución para reestructurar las obligaciones contraídas y eludir los efectos dramáticos que toda liquidación conlleva. Esto se encuentra íntimamente relacionado con los institutos concursales, donde se lleva a término una gestión privada de la crisis entre el deudor y sus acreedores con una intervención nula o –en cualquier caso– limitada del poder judicial. Aunque no entraremos a detallar este aspecto, pues vamos a centrarnos exclusivamente en los procedimientos de insolvencia *stricto sensu* en los que sucede un desapoderamiento y hay un efectivo control judicial, sí podemos inferir una interesante conclusión a la que también llega DI MARZIO: la imperiosa necesidad de desarrollar una cultura concursal para el correcto desarrollo del mercado [DI MARZIO, F. (2008). «Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell’impresa». En BONFATTI, S. y FALCONE, G. (dir.). *La nuova legge fallimentare “rivista e corretta”*. Milán: Giuffrè, p. 264 y s.].

En los institutos concursales se observa de un modo evidente, al ser la motivación esencial del deudor querer utilizar un instrumento útil para resolver su crisis y evitar males mayores, aunque el mismo raciocinio sería aplicable al concurso voluntario, en el que es el mismo deudor quien se presenta espontáneamente ante los órganos jurisdiccionales para solicitar tutela. Desgraciadamente, esta cultura concursal brilla por su ausencia en no pocos ordenamientos, donde los procedimientos de insolvencia no han sabido exorcizar esa consideración peyorativa que se tiene hacia ellos. De ello se lamenta tanto DI MARZIO para Italia como BELTRÁN para España. En concreto, éste último autor indica que por esa inexistencia de educación jurídica y económica en lo que respecta a la insolvencia suceden lo que de un modo muy evocador denominaba «concursos del concurso», cuando la inexistencia de masa activa es tal que no puede ni siquiera sostener los propios gastos derivados del proceso [cit. en GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2013). «Retribución de la Administración concursal en el escenario del art. 176BIS.2 de la Ley Concursal». En MARTÍN MOLINA, P. B. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. M. (coord.) *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia*. Madrid: Dykinson, p. 159].

dirimir si se estaba incurso o no en una situación de insolvencia, prefiriéndose optar por la alternativa que aportaba una mejor solución jurídica.

Posteriormente, descendiendo a las circunstancias específicas del caso (como podría ser tener una masa activa suficiente para cubrir el total de la masa pasiva) o de las diferentes soluciones que podrían aportarse a la insolvencia (éstas son, la liquidación del patrimonio o la reestructuración de la deuda), habría dos grandes familias de técnicas legislativas para disciplinar el procedimiento: la *unidad*, si sólo se establece un único cauce procesal para cualquier situación de insolvencia, o, en sentido contrario, la *pluralidad*¹⁶⁰. La primera alternativa permitiría diversificar las vías procesales para disciplinar la insolvencia, dependiendo de cuáles fuesen las características objetivas o subjetivas del patrimonio concursado. Su gran ventaja consistiría en que la respuesta jurídico-procesal se ajustaría mucho mejor a las necesidades específicas del cada supuesto de hecho. Sin embargo, no hemos de perder de vista que este paradigma se construye a expensas de enmarañar el panorama regulatorio con múltiples cauces o instituciones variables, que bien pueden acabar convirtiendo el Derecho concursal en un arcano incomprensible para los no iniciados en la materia. Todo ello por no decir que, en ocasiones, esto puede dar pie a regulaciones *ad casum*, que se apartarían de la debida imparcialidad que la economía exige a las Ciencias jurídicas. Por el contrario, la tesis que sostiene la *unicidad del procedimiento* confía en establecer una sola arquitectura concursal para ofrecer un tratamiento a todas las situaciones de insolvencia. Huelga decir que su virtud es la simplicidad, aunque si se aplicase este arquetipo hasta sus

¹⁶⁰ Dos ejemplos antagónicos y paradigmáticos en este sentido sería la ordenación de la insolvencia en Italia y España. El primer modelo apuesta fuertemente por la pluralidad y la dispersión procedimental en su *Legge Fallimentare*, encontrándonos con seis cauces procesales concretos de naturaleza estrictamente judicial recogidos en el Anexo A del Reglamento (UE) 2015/848, sobre procedimientos de insolvencia: «Fallimento, Concordato preventivo, Liquidazione coatta amministrativa, Amministrazione straordinaria, [...] Procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano), Liquidazione dei beni» [Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia]. España, por el contrario, tras el abandono de la ya caduca regulación decimonónica con la Ley Concursal de 2003, apuesta decididamente por el sistema de unidad. En palabras de PULGAR, «frente a la pluralidad de procedimiento concursales mercantiles y civiles, preventivos y resolutivos de la insolvencia (suspensión de pagos y quiebra, quita y espera y concurso) se introduce e instrumentaliza un único procedimiento concursal, aunque [...] flexible, para toda clase de situación de crisis económica» [PULGAR, J. (2005). *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, p. 136].

últimas consecuencias acabaríamos adoleciendo de una falta de adaptabilidad a los muchos condicionantes que la realidad impone.

A pesar de que nuestra labor en este punto de nuestro estudio se limita a la mera descripción de las distintas realidades que podamos encontrarnos, sí podríamos elevar un juicio de valor al respecto de ambas alternativas: cuanto más sencillo sea el sistema concursal, mayores posibilidades tendrá de alcanzar sus metas. La expresión clásica que contiene este principio –común a las ciencias naturales, sociales y jurídicas– la encontramos en la archiconocida expresión de OCKHAM: «*pluritas non est ponenda sine necessitate*»¹⁶¹; lo que, en términos generales, vendría a significar que la verdadera perfección científica sólo se alcanza en la medida que se simplifique la realidad u orden natural hasta el punto de hacerla inteligible para el orden racional. Aplicado a la disciplina del Derecho de la insolvencia, nos conduciría a no postular excesivas diferencias procedimentales entre causas que comparten un sustrato común tan amplio. Para no perder la versatilidad que hace útil a un procedimiento de suyo tan complejo como el concurso, sería necesario acompañar la *unidad procedimental* de una cierta flexibilidad que rompa el exceso de rigidez de un mecanismo que, en última instancia, debe amoldarse a escenarios económicos de suyo concretos. A nuestro entender, esa sería la metodología más deseable y que se hallaría en un perfecto *aurea mediocritas*: la de un núcleo procesal común, que dote de coherencia y sirva de esquema discursivo al sistema concursal, sobre el cual se lleven a cabo las oportunas matizaciones para incrementar su utilidad específica.

Expresándolo en términos análogos, basta con introducir un poco de elasticidad para permitir que el proceso se amolde a unas circunstancias particulares. Esta idea se relaciona con los pensamientos de PULGAR acerca de cómo debe concebirse la unidad procedimental o de sistema: no como una expresión de «*unitarismo rígido* o una *uniformidad a ultranza*»¹⁶², sino caracterizado por una vocación de flexibilidad y –en consecuencia– de simplicidad. De este modo el concurso se puede adaptar a situaciones muy diferentes sin hacerlo excesivamente complejo desde un punto de vista de

¹⁶¹ Traducida al español como «La pluralidad no se debe postular sin necesidad» [cit. en SCHLAGETER, J. K. (2005). «Guglielmo di Ockham». En FRIES, H. y KRETSCHMAR, G. (dir.). *Il pensiero medievale*. Milán: Jaca Book, p. 137].

¹⁶² PULGAR, J. (2005). *Op. cit.*, p. 137.

estructura orgánica¹⁶³. En conclusión, a nuestro juicio será más eficaz articular la seguridad jurídica hacia los acreedores cuanto menos ramifiquemos las sendas procesales a las que éstos deberían acudir en la pretensión legítima de satisfacer sus créditos. Si se nos permite la metáfora, toda bifurcación en un camino exige realizar una elección, y toda elección requiere de un conocimiento para ser provechosa y no conducir a la pérdida o la ruina. Por lo tanto, en la medida que reduzcamos divergencias soslayables, las cuales no dejan de ser óbices para el buen transcurso del proceso, mayores serán las posibilidades fácticas de que lleguemos a alcanzar el éxito.

Por otra parte, atendiendo ahora al aspecto subjetivo, debemos preguntarnos de quiénes procederá ser declarados en insolvencia. Siguiendo el hilo de nuestros razonamientos previos –que se sintetizaría en el postulado de que los procedimientos concursales son una derivación de las obligaciones incumplidas cuando el método de la ejecución singular no basta–, *a priori* proclamaríamos que todos aquellos que participen de algún modo en el mercado serían susceptibles de incurrir en causa objetiva de insolvencia. En este sentido, se construye una división primordial que distingue entre dos tipologías muy claras de sujetos actuantes en la economía: los de Derecho público y los de Derecho privado. Dejando momentáneamente a un lado el supuesto de las personas enteramente privadas, la primera duda que se nos suscita es si los sujetos disciplinados por el Derecho administrativo en cualquiera de sus formas tienen capacidad concursal activa o pasiva. Tanto si se admite que la administración incoe el procedimiento de insolvencia *motu proprio* como si éste se viese promovido a instancia de un acreedor, lo cierto es que se daría pie a un conflicto entre dos esferas de intereses por completo dispares: una es la pretendida por el concurso, que persigue la satisfacción de un agregado de beneficios de naturaleza individual (los créditos de las personas que se hayan relacionado patrimonialmente con el deudor común a todas ellas), mientras que la otra se refiere a la misión que toda administración tiene encomendada, relativa a lograr la consecución del interés público¹⁶⁴ (que, por definición, afecta a toda la sociedad en su conjunto)¹⁶⁵.

¹⁶³ *Loc. cit.*

¹⁶⁴ Un acertado concepto de *interés público* lo encontramos en los pensamientos de GARCÍA DE ENTERRÍA, en relación al modo en que debe entenderse el ser de la administración pública contemporánea. Para este insigne administrativista español, la administración no se revela como «un “mal necesario”, sino [como] una fuerza creadora de bienes, justamente el instrumento más eficaz para una verdadera elevación de la

La preponderancia de este segundo valor (de naturaleza pública) sobre las reglas generales de la insolvencia (de alcance privado) se juzga por razón de su objeto: el despliegue de la actuación administrativa en la búsqueda del bien común de la ciudadanía, que estaría por encima del provecho particular de una serie de acreedores singulares. Con base en este criterio se puede negar la meritada capacidad concursal –un auténtico privilegio que hunde sus raíces en el criterio de inembargabilidad, sea singular o universal, de los bienes de la administración por el fin que tienen encomendados y que les salvaguarda en su integridad patrimonial– o, en menor medida, tamizarla¹⁶⁶; todo ello según lo estime pertinente cada poder legislativo competente según sus propios principios institucionales y cultura jurídica subyacentes¹⁶⁷.

vida social» [GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007). *La administración española. Estudios de ciencia administrativa* (7ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas, p. 57]. En otras palabras, la finalidad última de la administración es lograr el progreso social, deduciéndose de ahí su título habilitante para operar en el mercado.

¹⁶⁵ Manteniendo esta mismas ideas, *vid.* CARLÓN, M. (2004). «Las Administraciones Públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva ley». *Revista de Administración Pública*, núm. 164, p. 99.

¹⁶⁶ Un interesantísimo exponente a nivel ya no sólo administrativo, sino de orden constitucional, lo encontramos en el artículo 132 de la Constitución Española de 1978. En él se proclama el principio de inembargabilidad de los bienes de dominio público y de los comunales, el cual debe ser visto en relación con el artículo 128.1 de la misma Carta Magna: «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general» [art. 128, *Constitución Española de 1978*]. Siguiendo la acertada interpretación de SAINZ MORENO, si bien todos los derechos de índole patrimonial (incluyendo a la propiedad privada) estén en esa situación de subordinación, algunos de ellos lo están de un modo sensiblemente más enérgico dado su fin de utilidad pública: «los bienes destinados especialmente al interés público, bien mediante su afectación [...], bien, menos intensamente, mediante su incorporación al régimen administrativo de los bienes patrimoniales» [SAINZ MORENO, F. (1999). «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”». *Revista de Administración Pública*, *Revista de Administración Pública*, núm. 150, p. 479]. O lo que es lo mismo, hasta cierto punto sería extensible la protección constitucional de la inembargabilidad de los bienes de dominio público –destinados a un uso o servicio público directo– a los bienes patrimoniales –que, en términos generales, serían todos los demás bienes cuya titularidad recaiga sobre la administración–. En definitiva, nuevamente nos aparece el criterio de utilidad pública como criterio iluminador de qué bienes patrimoniales de la administración deben ser especialmente salvaguardados de la voracidad privada.

¹⁶⁷ El sistema de insolvencia de los Estados Unidos de América es un claro exponente de ordenamiento que admite la concurrencia en una situación de insolvencia jurídicamente declarada de una tipología de

Cuanto acabamos de explicar es aplicable *ipso iure* a la administración, en tanto que esté desarrollando de un modo directo e inmediato las políticas públicas que sirven a intereses generales en virtud de sus potestades atribuidas por ley. Sin embargo, la problemática emerge en aquellos territorios fronterizos entre lo estrictamente público y lo que comenzaría a asemejarse al ámbito privado. Esto se manifiesta de un modo muy evidente en todo el entramado societario que rodea a la administración pública en sentido estricto, cuya titularidad recae sobre sujetos de naturaleza jurídico-pública pero que se rigen en sus relaciones internas y externas por institutos de Derecho privado¹⁶⁸. La pregunta de si este conglomerado empresarial formaría parte de la administración pública y –por consiguiente– sería susceptible de tener capacidad concursal activa o pasiva dispone de todos los componentes para erigirse en un arduo objeto de debate. Lejos de ello, sin apartarnos del análisis teórico que acabamos de exponer, creemos que es suficiente con aplicar un sencillísimo criterio de manera bastante estricta: distinguir las empresas de titularidad totalmente pública que, a su vez, desempeñen funciones de

sujeto de derecho público: las municipalidades. De esta forma se estipula un régimen jurídico *ad hoc* para lograr el reajuste del pasivo de las municipalidades caracterizado por los amplios poderes que se conceden al deudor público en la negociación colectiva [desarrollado en Título 11, Capítulo 9, del *United States Code*], aunque su declaración de insolvencia siempre se verá supeditada a la propia voluntad de dicha municipalidad –capacidad concursal activa, no pasiva– y a la necesidad de que su *status* de insolvencia sea reconocido por una Ley estatal o una agencia reconocida en tal sentido (§109.b., Título 11, *United States Code*).

El modelo europeo, por el contrario, no es precisamente proclive a la posibilidad de que los distintos componentes de su administración pública puedan ser declarados en concurso. Un ejemplo inmejorable se encuentra en la Ley Concursal española, de carácter fundamentalmente omnicompreensivo a nivel subjetivo, donde su artículo 1.3 excluye tajantemente la actividad concursal activa y pasiva de las administraciones públicas en estos términos: «no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público» [Ley 22/2003, *leg. cit.*, art. 1.3].

¹⁶⁸ La convivencia en el seno de las administraciones públicas de elementos regulados tanto por el Derecho privado como por el Derecho público no es una situación extraña ni sorprendente, pues el Derecho administrativo sólo es aquel que disciplina los poderes exorbitantes, las prerrogativas especiales y los actos que toma con valor de autoridad [CASSESE, S. (2010). *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milán: Giuffrè, p. 64]. Por eso, dada la mayor flexibilidad que permite el Derecho privado, se ha dado el fenómeno conocido como la *fuga o huida del Derecho administrativo*: un progresivo abandono de éste último en la búsqueda de soluciones análogas en un terreno donde no gobierne el principio de vinculación positiva a la ley.

interés público¹⁶⁹. A mayor abundamiento afirmaremos que esta alternativa es la que resulta más congruente con los principios directivos emanados del Derecho de la Unión Europea a propósito del derecho de la competencia. Recordando el artículo 107.1 de su Tratado de Funcionamiento, hemos de entender incompatibles con el mercado interior toda forma de ayuda que un Estado pueda ofrecer a una empresa o producción que falsee o amenace la competencia¹⁷⁰. Obviamente, si un ordenamiento nacional concediese a una sociedad mercantil que desarrolla una actividad privada el privilegio de convertirse en «intocable» a efectos de responsabilidad y embargo por el mero hecho de que entre sus titulares se encuentre una administración pública, tal actuación debería considerarse como una forma de ayuda ilegítima que vulneraría dichos axiomas y, por consiguiente, debería ser inmediatamente proscrita.

¹⁶⁹ De un modo técnico, tomando como ejemplo el ordenamiento español cabe diferenciar dos tipos de sociedades de titularidad pública regidas por el Derecho privado: las entidades públicas empresariales y las sociedades estatales. Las primeras pertenecen al sector público institucional en tanto que, junto con el ejercicio de potestades administrativas, «desarrollan actividades prestaciones, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación» [Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, art. 103.1]; mientras que las segundas son sólo sociedades mercantiles cuyo capital social pertenece en todo (capital íntegramente público) o en parte (capital público-mixto) a la administración, sin que desarrollen actividades de interés público y, por supuesto, no teniendo en absoluto arrojadas ningún tipo de potestad administrativa. En el mismo sentido, dentro de un ámbito estrictamente de Derecho de la insolvencia, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). «Artículo 1.3. Presupuesto subjetivo». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. I. Valladolid: Lex Nova, p. 91 y s.

Asimismo, la jurisprudencia española –dadas las características de su legislación concursal– puede ayudarnos a comprender mejor estos fundamentos teóricos. Son en concreto destacables el Auto 230/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia –en el cual se desestima la apelación del archivo de una sociedad mercantil con capital completamente público al entenderse que, a pesar de su carácter mercantil y privado, su finalidad y objetivo se subroga a las actuaciones del órgano municipal del que dependen y, consiguientemente, desempeñan unas funciones públicas– y el Auto núm. 73/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid –que desestima la apelación contra una resolución que considera que no ha lugar al archivo y debe continuarse con la sustanciación de un procedimiento concursal contra una sociedad mercantil mixta de participación municipal minoritaria, invocándose una aplicación restrictiva del artículo 1.3 de la Ley concursal española (que excluye del concurso a los sujetos de derecho público) al entender que la participación privada supone *ipso facto* un impedimento para acogerse a él–.

¹⁷⁰ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículo 107.1. Como ejemplo de aplicación expresa en el Derecho nacional español, *vid.* Auto 73/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid, punto 5.

Haciendo un breve paréntesis en nuestra exposición, de lo anteriormente descrito se infiere una categoría doctrinal abstracta que, en un momento ulterior, también tendrá su particular relevancia a la hora de explicar por qué se limita la normativa general europea sobre insolvencias en determinados supuestos por razón del sujeto concursado. El nombre más apropiado sería el de «el problema de la conexión administrativa», puesto que el influjo del Derecho público en una materia de suyo disciplinada por el Derecho privado acaba perturbando los fundamentos generales que para él rigen. Acabamos de observarlo de un modo muy evidente en la no concursabilidad de los entes que integran la administración pública, a los que afecta de un modo pleno el Derecho público por pretender con sus actuaciones fines de interés general. Ahora bien, hay entidades privadas que pretenden objetivos igualmente privados pero que tienen una fuerte carga de control administrativo sectorial por la tipología de actividades que desempeñan, dada su más que destacada resonancia social. Hablamos, por supuesto, de las empresas de seguro y las entidades de crédito e inversión¹⁷¹. Como es natural, de ellas no se va a predicar directamente su no concursabilidad, aunque sí se modularán los cauces en virtud de los cuales se efectúe el procedimiento de insolvencia, en aras de adecuarse a la intervención y vigilancia que la administración despliega sobre las mismas también en sede concursal.

Habiendo determinado ya las especificidades que se derivan del carácter público de determinados sujetos en los procedimientos de insolvencia, el siguiente punto al que hemos de dedicar nuestra atención es al otro grupo de sujetos que hemos aludido al inicio: los disciplinados por el Derecho privado. La dicotomía clásica nos llevaría a distinguir entre personas físicas y jurídicas aunque, para lo que ahora nos es relevante, resultaría más específico dividir la categoría entre *comerciantes* y *no comerciantes* o, en un sentido más técnico, consumidores. En realidad se trata de un remanente histórico, el cual se retrotrae hasta los tiempos medievales y tiene que ver con esa concreta concepción del concurso tan peculiar de aquel momento: la de un proceso al que sólo podían concurrir los comerciantes. Hemos aquí el punto de partida de dos alternativas

¹⁷¹ Dentro de la legislación europea sobre insolvencias, se limita el ámbito de aplicación de la normativa general contenida en el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia a estas entidades [vid. Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 1.2], mientras que, en paralelo, la actuación europea se ha centrado en desarrollar instrumentos de armonización para esa intervención administrativa [vid. p. 219 de la presente investigación].

teóricas: una es considerar que no todas las personas están provistas de aptitud concursal, mientras que la otra, *a sensu contrario*, les admitiría esa capacidad activa o pasiva. Respectiva y dogmáticamente hablaremos entonces de la *pluralidad* o *unidad de disciplina*.

Hay diversas consideraciones críticas que nos surgen al hilo de lo que acabamos de exponer. Nuestra primera apreciación consiste en una censura, pues nos resulta incomprensible que haya determinados escenarios económicos que, aun hallándose en una situación objetiva de insolvencia, se vean privados de un procedimiento oportunamente diseñado para ofrecerles una solución equitativa y justa. Este desconcierto se acrecienta todavía más cuando la *ratio legis* se fundamenta en una motivación tan pobre y denostadamente arcaica como aducir las características del sujeto de quien se predique dicha realidad. El porqué estriba en que toda persona actúa en el tráfico jurídico con una mayor o menor intensidad y, si el legislador negase a algunas de ellas disponer de la aptitud de ser declaradas insolventes, se acabaría desprotegiendo al mercado en alguna de sus facetas. Obviamente, los acreedores tendrían que contentarse con acudir a instrumentos procesales inidóneos que, fundados en el instituto de la responsabilidad patrimonial simple y de ejecución singular, no se adecuarían tanto a la idiosincrasia de su situación como lo haría un procedimiento de ejecución de alcance universal. En definitiva, se provoca una alteración injustificada y perfectamente prescindible al monumento de la seguridad jurídica¹⁷².

¹⁷² La posibilidad de que la situación patrimonial de un consumidor pueda ser objeto de un procedimiento de insolvencia es una opción legislativa deseable. De acuerdo con los estudios llevados a cabo por el BANCO MUNDIAL, los cuales suponen una fuente de información de primer orden y a tener muy en cuenta dentro de este ámbito de estudio, son muchos los beneficiarios y desde puntos de vista muy distintos. Las ventajas son perfectamente evidentes para los acreedores, que verán incrementadas las posibilidades de aumentar colectivamente sus cobros al reforzarse una distribución justa del activo remanente entre ellos, pero también para los deudores y sus familias: ellos sufren de primera mano los efectos de la insolvencia, que en este caso se manifiesta en su más cruda humanidad, dándoseles una salida distinta a la simple «persecución individual» *in hilo tempore* de cada uno de sus acreedores en el vacío legal de la insolvencia. Todo ello por no referirnos a la utilidad que tiene para sociedad en su más amplia esfera, al reducirse los costes sociales y financieros que nacerían de estos impagos. [BANCO MUNDIAL (2012). «Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons». The World Bank, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, p. 19 y ss. Recurso en línea, disponible en:

Incluso podríamos ir más allá y discutir la necesidad de que deba concurrir la personalidad como requisito *sine qua non* para declarar el concurso. Recordando la exposición previamente realizada, el patrimonio se compone de dos elementos sustanciales: el sujeto –que desempeña una función directiva– y su finalidad –que le atribuye una utilidad teleológica–¹⁷³. Pues bien, al poner el acento sobre el segundo elemento de la ecuación patrimonial, la persona se acabaría concibiendo como el centro de imputación de un entramado de derechos y obligaciones de contenido económico¹⁷⁴. Así se evidencia que la persona física o jurídica en sí misma considerada no es el objeto del procedimiento de insolvencia. Por el contrario, lo que le interesa disciplinar al Derecho es ese agregado de naturaleza económica que sirve al individuo de *nexo* para

<<http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>> (última consulta: 11 de junio de 2015)].

No obstante, a pesar de sus ventajas, todavía no es una opción universalmente contemplada por todos los ordenamientos jurídicos. Según se evidencia del estudio de Derecho comparado sobre la insolvencia del consumidor realizado por la misma organización internacional, 37 de los 58 países tomados en cuenta para la muestra disponían de un sistema de ejecución colectiva para estos sujetos. Asimismo, hay una diferencia cualitativa en estos datos según el nivel de desarrollo económico: de los 25 Estados con ingresos altos, sólo 4 no tenían un procedimiento de insolvencia para el consumidor, mientras que los 33 países de ingresos medios o bajos se distribuyen a partes prácticamente iguales (16 con esa posibilidad y 17 sin ella) [BANCO MUNDIAL (2011). «Survey on consumer insolvency». The World Bank, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, p. 4. Recurso en línea, disponible en: <<http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/Jan11-CI-Rouillon.pdf>> (última consulta: 11 de junio de 2015)]. En conclusión, aunque la tendencia es positiva y llama al optimismo, todavía queda bastante camino por avanzar hasta abandonar definitivamente aquellos condicionamientos que todavía perviven desde la Edad Media.

¹⁷³ Vid. p. 34 de la presente investigación.

¹⁷⁴ Las ideas aquí expuestas evidencian una clarísima analogía con la teoría propuesta por KELSEN a propósito del sentido jurídico que contiene el término *persona*. Siguiendo las palabras literales de este autor, «el concepto de persona no significa otra cosa que un punto de referencia, esto es: un centro de imputación» [KELSEN, H. (2013). *Dottrina generale dello Stato*. Milán: Giuffè, p. 166]. O lo que es lo mismo, la persona actuaría como un vértice gravitacional en torno al cual orbitan derechos y deberes que le son normativamente asignados. No interesa entonces el sujeto *per se* –sea en la interioridad antropológica de la persona física o en la conciencia colectiva de la persona jurídica–, sino que exclusivamente debe apreciarse su faceta externa: la posibilidad de atraer hacia sí derechos y obligaciones para, a continuación, operar con ellos en el tráfico jurídico. Esos son, respectivamente, los conceptos de personalidad jurídica y capacidad de obrar dogmáticamente relevantes para el Derecho.

interrelacionarse materialmente con su cosmos material y social¹⁷⁵. Si además entendemos que el aspecto finalista hace del patrimonio una estructura hasta cierto punto autosustentable, entonces podríamos incluso prescindir de la persona como elemento indispensable para declarar la concursabilidad de una masa patrimonial en la que no hubiere un titular¹⁷⁶. Esto último ampliaría sensiblemente nuestro marco causal para incoar un procedimiento de insolvencia, hasta el punto de abarcar todas las

¹⁷⁵ En tal sentido, *vid.* p. 28 de la presente investigación.

¹⁷⁶ El exponente más claro lo encontraríamos en la capacidad concursal de la herencia yacente. Se trata de una masa de derechos y obligaciones que, a causa del fallecimiento de la persona a la que se le imputaban, siguen manteniendo una cierta unidad transitoria con el fin de incorporarse plenamente en un momento posterior a otro patrimonio. Aunque no habría un titular como tal –pues quien se encargara de la administración provisional del caudal relicto tendría el *status* de mero interino, limitándose a conservar su valor sin asumir esas relaciones jurídicas–, nada impide que este patrimonio se halle en una situación objetiva de insolvencia y sea merecedor de un procedimiento específico para resolver su casuística.

Históricamente, el Derecho estatutario medieval no impedía que la quiebra se siguiese sustanciando tras la muerte del deudor común. De hecho, por la lejanía que muchas veces mediaba entre las tierras que conectaba el comercio, no era infrecuente que se tuvieran noticias de su óbito una vez incoado el procedimiento. Asimismo, la *fuga* del deudor para evitar los rigores que la Ley imponía a la bancarrota era igualmente equiparada con un deceso (pues, a efectos prácticos, el comerciante también acababa desapareciendo del mundo de los vivos) [PARRA LUCÁN, M. A. (2009). «Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores». En ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. *Aspectos civiles de Derecho Concursal*. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 87]. En definitiva, por el modo eminentemente con que la *lex mercatoria* entendía la práctica del Derecho, se creía absurdo considerar la muerte como un óbice procesal que impidiese el normal desarrollo del instituto de la quiebra.

Un ejemplo legislativo actual en que expresamente se prevé esa posibilidad se halla en el ordenamiento español, en el cual se concede la declaración de concurso de la herencia «en tanto que no haya sido aceptada pura y simplemente» [Ley 22/2003, *leg. cit.*, art. 1.2]. Esto es, mientras no se haya producido una confusión entre los derechos y obligaciones del causante y causahabiente, será posible que la primera masa de bienes y obligaciones pueda acceder a este cauce jurisdiccional sin necesidad de verse imputados a una persona. A propósito del sistema sucesorio español en relación a la concursabilidad de la herencia, *vid.* HIDALGO GARCÍA, S. (2004). «Artículo 1.2. Presupuesto subjetivo». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. I. Valladolid: Lex Nova, p. 75 y ss. – ORDUÑA, F. J. (2004). «La capacidad concursal de la herencia». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 155 y ss.

circunstancias económico-patrimoniales que teóricamente puedan necesitar de esa regulación¹⁷⁷.

En nuestra opinión, la alternativa legislativa óptima sería la de una *unidad de disciplina*, ya que es la opción que concede la máxima capacidad concursal posible. No hace falta añadir nada más a la consideración de que ninguna persona puede ser sustraída de ese método de protección del mercado, pues la seguridad jurídica se vería perjudicada al dejar abierta la puerta a disfunciones en la protección global que se merece el crédito. El mismo principio sería aplicable a las situaciones donde la subjetividad apareciese como un elemento difuso o incluso abstracto, pues los derechos y obligaciones coaligados a una finalidad también disponen de una no menor relevancia económica. Que exista la oportunidad para ordenar el pasivo de toda masa patrimonial nos parece, al menos *a priori*, una medida positiva. Ahora bien, dependiendo de la concreta figura jurídica con la que se haya sistematizado ese acervo económico, a renglón seguido también deberemos valorar si el ordenamiento admite acudir a la eventual responsabilidad solidaria o subsidiaria de aquellas otras personas que, por así decirlo, se hallen parapetadas detrás de dicha construcción jurídico-económica. En esa tipología de casos –y muy especialmente cuando exista una responsabilidad solidaria, con lo que no habría necesidad de agotar el patrimonio afecto a un fin para agredir a otras masas–, por estipularse una operativa procesal excesivamente redundante, sí cabría limitar el axioma que acabamos de citar. No en balde, en la medida que los acreedores puedan actuar contra terceros, invocando la respectiva responsabilidad de éstos últimos, ya existirá una vía procesal con aspiración ejecutiva. De este modo, al quedar lo suficientemente garantizada la confianza crediticia, no habría inconveniente en omitir la concursabilidad de determinados tipos de patrimonios no estrictamente personales.

¹⁷⁷ PARRA LUCÁN identifica algunas de esas masas patrimoniales problemáticas a efectos de su personalidad, pero que efectivamente actúan en el tráfico jurídico y tendrían relevancia a efectos concursales. A título meramente enunciativo, nos encontraríamos con las comunidades de bienes, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, las sociedades irregulares, las uniones de empresas y los patrimonios separados de destino o autónomos (como el patrimonio protegido de personas con discapacidad) [vid. PARRA LUCÁN, M. A. (2009). *Op. cit.*, p. 126 y ss.].

2.- El procedimiento de insolvencia

2.1.- Jurisdicción e insolvencia: contextualizando los procedimientos concursales

Anteriormente hicimos una sucinta referencia a los tres modos con los que, al menos en teoría, el Derecho permitiría resolver las controversias sociales y económicas: la *autotutela*, la *autocomposición* y la *heterocomposición*. En aras de ofrecer la contextualización debida al procedimiento concursal de índole jurisdiccional –que es, en definitiva, el que nos interesa a efectos de nuestra investigación y que vamos a describir en el presente epígrafe– creemos útil observar qué sucedería al aplicar cada uno de estos métodos a la problemática específica de la insolvencia.

Comenzando con la *autotutela*, no hace falta señalar que se trata de un instrumento prácticamente desterrado por el sentir del Derecho patrimonial contemporáneo. La alternativa de que una persona tuviere la potestad de ejercer directamente una compulsión de cualquier tipo sobre otros sujetos para lograr así la realización de su crédito se nos revela, *ipso facto*, como un comportamiento impropio con el modo de ser de nuestra civilización contemporánea. Ese mecanismo adolece de un evidente vicio de antijuridicidad, pues entra en conflicto con uno de los más sagrados cánones que inspiran nuestra forma de entender el Derecho: el principio de sólo el Estado tiene arrogada la facultad tuitiva máxima de recurrir a la fuerza¹⁷⁸. Ahora bien, nada nos

¹⁷⁸ Una teoría clásica que permitiría explicar el motivo de esa concentración de la violencia socialmente legitimada en manos de las instituciones del Estado se hallaría perfectamente plasmada en los pensamientos de HOBBS. Al examinarla con atención, nos percatamos de que su criterio de base es eminentemente utilitarista, pues todo se orienta a una finalidad última que cobra un carácter absoluto: el mantenimiento del orden. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, que el *Estado-Leviatán* aglutine todo ápice de potestad tuitiva sería una premisa acertada, habida cuenta que se asegura la paz social al canalizar el ímpetu resarcitorio por un cauce objetivo y reglado: el poder judicial. En palabras de este pensador inglés, la esencia del Estado consistiría precisamente en la posibilidad de que «pueda utilizar la fortaleza y medios de todos [los ciudadanos que le hayan atribuido su soberanía], como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común» [HOBBS, T. (1980). *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (2ª ed). México: FCE, p. 141].

Estos principios tienen su resonancia en la doctrina contemporánea. Así las cosas, ALCALÁ-ZAMORA afirmaríala como regla general del Derecho que la «autodefensa debe considerarse proscrita por la existencia misma del Estado» [ALCALÁ-ZAMORA, N (1991). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso* (3ª ed.). México: UNAM, p. 36], aunque este apotegma luego pueda contemplar excepciones tan comprensibles como numerosas (puesto que el Estado no es una

impide recurrir a la imaginación y plantearnos cómo se manifestaría esa situación. Automáticamente nos hallaríamos frente a panorama bastante familiar y que vendría a resumirse en la siguiente escena: la de una turba de acreedores que, hartos del impago y ante la perspectiva de que tal vez no quede suficiente activo para saldar sus créditos, se pongan de acuerdo para despojar de sus bienes y derechos al deudor común de todos ellos para, acto seguido, repartirse equitativamente el botín de su asalto. Efectivamente, parece que no hacemos sino redundar en la descripción de aquel arcaico *modus operandi* propio de los comerciantes medievales¹⁷⁹.

No obstante, sin negar en ningún momento la dureza con que el ordenamiento jurídico trataba al comerciante insolvente, incurriríamos en un error si lo tomásemos como una mera manifestación de violencia de la comunidad crediticia hacia la persona del deudor. En un primer momento, cuando las estructuras de la *lex mercatoria* todavía se hallasen en una fase embrionaria y sus instituciones no estuviesen del todo desarrolladas, el «asalto» al puesto que tenía el deudor en el mercado bien podría tener una *eficacia real*. Frente al agravio del impago, la ira y la impotencia conduciría a los acreedores a arremeter impetuosamente contra los bienes remanentes del *fallito* para, acto seguido, proceder de un modo perfectamente lógico: distribuirse el activo supérstite entre ellos para intentar satisfacer, al menos en parte, el contenido sus créditos. Posteriormente, en cambio, nos parece que la razón de ser de estas actuaciones debería ser interpretada más bien en clave simbólica: se trata de una *ritualización de la quiebra*, por medio de la cual se daba publicidad de la condena al ostracismo del comerciante insolvente (para lo que se rompía el banco donde se sentaba) ante los terceros interesados (sus colegas comerciantes, presentes en el mercado) y a continuación se derivaba un verdadero procedimiento heterocompositivo (sustanciado ante los tribunales consulares)¹⁸⁰.

suerte de deidad, a diferencia de lo que venía a sostener HOBBS). La motivación de fondo para este jurista y político español se sintetizaría en la idea de que con tal prohibición abstracta se refrenan «posibles extravíos del impulso individual» [*loc. cit.*], por no decir que la interdicción de la violencia individual resulta perfectamente congruente con otros dos elementos del ordenamiento jurídico: la sanción penal de tales conductas ilícitas y el papel que ocupa el Estado en el mantenimiento del orden público.

¹⁷⁹ A este respecto, *vid.* p. 93 y s. de la presente investigación.

¹⁸⁰ A propósito del fenómeno de la ritualización, no nos resistimos a elaborar siquiera un esbozo de esta singular construcción a la que el Derecho debe parte de su esencia. Siguiendo la definición del Diccionario de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, por *rito* hemos de comprender tanto una «costumbre o

En conclusión, por el carácter universal de la insolvencia –que exige sujetar la masa activa a la vez que se modulan las exigencias individuales de la masa pasiva– es muy difícil que las expectativas económicas de un grupo más o menos amplio puedan verse equitativamente colmadas recurriendo a un instituto como la *autotutela* que, por definición, tiene un matiz eminentemente individualista. Al final, el egoísmo acabaría jugando haciendo acto de presencia y el afán por el beneficio individual ocuparía un lugar de honor en toda esta dinámica, desembocándose en una serie de pseudo-ejecuciones individuales sin orden ni concierto, que iría en clarísimo detrimento del conjunto de la masa pasiva.

Similares dificultades nos hallaríamos con la *autocomposición*. Si un acuerdo estrictamente bilateral entre un deudor y su acreedor ya resultaría harto complicado de alcanzar (pues el segundo debería aceptar una espera para el cobro o, directamente, una quita en su crédito), no hace falta decir que la tarea se vuelve exponencialmente más compleja cuando los acreedores deben sacrificarse conjuntamente para optimizar sus posibilidades relativas de satisfacción del crédito. Nos parece una entelequia que se proceda a actuar de tal modo a menos, claro está, que los interesados en la insolvencia

ceremonia» [«Rito», en RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://dle.rae.es/?id=WWY3A7w|WWYSKxR>> (última consulta: 1 de noviembre de 2015)] como el «el conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonias religiosas» [*loc. cit.*]. A los efectos que nos interesan y refundiendo ambos significados en un enunciado ecléctico, por ritualización entenderemos el efecto de dotar de normas a una costumbre. Así surge la idea de ceremonia como respuesta pautada a un determinado evento o circunstancia social o humanamente relevante. Antropológicamente halla su sentido en la idea de aportar un sentimiento de certidumbre al ser humano, no dejando que los sucesos de su entorno le acaben sobrepasando: suceda lo que suceda, pase lo que pase, siempre tendrá a su disposición un mecanismo al que acudir para enfrentarse a la realidad. El nacimiento, el matrimonio o la muerte serían algunas de estas grandes efemérides para los que el rito sirve como una suerte de «manual de instrucciones» para comprender el arcano de la existencia.

El Derecho procesal civil vendría a ser heredero de estas dinámicas, aunque en un orden infinitamente más profano por cuanto que de naturaleza patrimonial y crematística. Específicamente, la insolvencia no dejaría de ser uno de esos eventos para los que el *rito procedimental* resultaría francamente útil. En vez de reaccionar caótica y arbitrariamente, consagrar una «liturgia de la insolvencia» permite encauzar la violencia y maximizar los activos con los que el conjunto de afectados podrán proceder al resarcimiento de sus créditos. No sin razón, en la *fuga* del deudor, el asalto a su puesto del mercado y la ruptura de su banco como símbolo de su muerte civil e inicio del reparto de sus bienes y derechos reconocemos un arquetipo con su consiguiente secuencia. Al seguirla se alcanzan unos resultados globalmente positivos, que vencen al imperio de la incertidumbre y ayudan al universo económico a seguir adelante.

encuentren un estímulo para acudir a esta vía. Curiosamente, este acicate requiere la existencia de un procedimiento concursal al uso, que puede ser interpretado como un mal a evitar. De cara al deudor, que se proceda a desposeerle total o parcialmente de sus atribuciones patrimoniales para someter sus bienes y derechos al pago de sus deudas no es, en absoluto, una perspectiva atractiva; por no hablar de que el estatus de «concurtido» carece de predicamento en el mercado y condena a su titular prácticamente a un ostracismo en lo económico¹⁸¹. Por su parte, los estímulos de los acreedores podrían estribar en la agilidad –al reducir el tiempo necesario para llegar a percibir el porcentaje de los créditos que les correspondieran–, el ahorro de costes procesales que el concurso trae implícitos –que les permitiría aumentar el porcentaje a percibir de sus créditos– o un control más estrecho en el ejercicio de sus prerrogativas – que, en caso de recurrir a los órganos jurisdiccionales y de nombrarse una administración concursal, quedaría más lejano–. Sin duda, todos ellos son bienes jurídicamente legítimos que pueden verse reforzados con esta alternativa.

Recapitulando, al menos en lo que se refiere al plano concursal, la autocomposición debe interpretarse como una respuesta a un modelo heterocompositivo que conceptual e

¹⁸¹ El sentimiento de confianza que despierta en la comunidad económica un sujeto concursado es, en no pocas ocasiones, tendente a cero. Entre los que podríamos denominar como los *efectos morales* de la insolvencia, el más poderoso es precisamente esa suspicacia hacia el sujeto que ya tiene un fracaso en su haber o, más si cabe, si todavía se halla incurso en ese complejo trance procesal de resolución incierta. Esto revela una deficiente cultura concursal que, siguiendo a los profesores DI MARZIO y GARCÍA CRUCES, nos impide reconocer que la crisis de insolvencia es una situación perfectamente normal, pues se trata de una consecuencia lógica del funcionamiento habitual del libre mercado al que no debe colegirse *ipso facto* una consideración negativa [DI MARZIO, F. (2008). *Op. cit.*, p. 250 y s. – GARCÍA-CRUCES, J. A. (2004). «Declaración de concurso y administradores de la persona jurídica concursada». En GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 1970].

Ahora bien, en ocasiones la sanción desborda lo exclusivamente social y acaba siendo revestida de efectos jurídicos. Un ejemplo paradigmático lo encontramos en el ordenamiento español, concretamente en el artículo 60.1.C del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*. Con base a este precepto, se prohíbe contratar con el sector público a aquellos que hayan solicitado la declaración de concurso voluntario, que hayan sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, que se hallen declaradas en concurso (salvo que esté en fase de convenio), que estén sujetos a intervención judicial o que medie inhabilitación en virtud de la Ley concursal. Obviamente, si un empresario alberga expectativas contractuales con la Administración Pública, no podrá menos que intentar eludir esa mácula.

históricamente le preexiste. Prueba de ello sería la presencia de un remanente jurisdiccional, cuya sola existencia resulta contradictoria con la pureza teórica de la autocomposición: la intervención del órgano judicial que sería conocedor del hipotético concurso, en aras de favorecer la negociación o de dotar de virtualidad al acuerdo al que el deudor llegase con algunos de sus acreedores para extenderlo a toda la comunidad crediticia. Es más, si un ordenamiento no reconociese y juridificase la opción autocompositiva, nada impediría que un único acreedor acabase finiquitándola por sí solo, ya fuese vaciando de contenido la masa activa del deudor mediante acciones ejecutivas singulares o, directamente, solicitando la declaración de concurso¹⁸². En virtud de todo lo anterior concluiremos afirmando que, en la realidad de la insolvencia, exclusivamente hallaríamos una *pseudo-autocomposición*, habida cuenta que es preciso articular legalmente un cauce con cierta trascendencia jurisdiccional para posibilitar su subsistencia.

A nuestro parecer, por esas características que definen a la insolvencia y las correlativas necesidades que en ella deben contemplarse, el procedimiento concursal es connaturalmente *heterocompositivo*: para llegar a buen puerto, imperiosamente tiene que mediar un tercero imparcial que disponga el poder suficiente como para disciplinar esta amalgama de derechos enfrentados. Desde un punto de vista teórico, el poder ostentado por este tercero puede tener dos naturalezas muy distintas: puede atribuírsele

¹⁸² Un clarísimo ejemplo de lo que acabamos de narrar se halla en la regulación que el Derecho concursal español da a esta categoría de negociaciones, a las cuales denomina *acuerdos de refinanciación*, en las cuales la intervención del poder judicial está omnipresente. En primer lugar, en aras de favorecer esta categoría de transacciones, se suspende la obligación del deudor de solicitar la declaración de su propio concurso; siempre, claro está, que lo comunique al juzgado que sería competente para conocer de la insolvencia [Ley 22/2003, *leg. cit.*, art. 5.1 y 5.2]. Otro beneficio consiste en el bloqueo de los procedimientos de ejecución judicial o extrajudicial de bienes o derechos que sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta en tanto en cuanto no se resuelva esta situación interina [*ibíd.*, art. 5.4]. Asimismo, para mantener la confidencialidad de dichas negociaciones y eludir los *efectos morales* de la insolvencia, se faculta al deudor para que pueda solicitar que no se ordene la publicación en el Registro Público concursal de dicha comunicación o, en su caso, del acuerdo extrajudicial de pago –que, de otra forma, se practicarían *ex officio*– [*ibíd.*, art. 5.3]. En segundo término, los meritados acuerdos de refinanciación podrán ser homologados judicialmente siempre que reúnan determinados requisitos de porcentaje de pasivo [*ibíd.*, Disposición Adicional 4ª]. La principal consecuencia de la homologación radica en extender determinados efectos del acuerdo a quienes no lo hayan suscrito [*ibíd.*, Disposición Adicional 4ª.3].

ad hoc por la autonomía de la voluntad de las partes expresada en un contrato, en cuyo caso hablaremos de la figura del arbitraje, o bien puede no necesitar de esa concesión expresa y sustentar ese señorío *per se*, siendo esa la definición de la jurisdicción en que se enmarca el proceso¹⁸³. Dado el carácter eminentemente litisconsorcial que caracteriza a la parte acreedora, es innegable que resoluta bastante complicado suscribir un contrato de arbitraje en clave concursal y con una aspiración universalista, con base en la cual aspira a abarcar el patrimonio del deudor en toda la amplitud de sus masas activa y pasiva. Más sencillo por cuanto que inmediato es recurrir al proceso jurisdiccional que, al ser expresión de la soberanía del Estado, no necesita de ninguna concesión potestativa para conocer de la controversia y ejecutar las correlativas resoluciones que sobre ella recaigan¹⁸⁴.

En el presente estudio vamos a centrarnos en describir ese proceso concursal que sería prototípico, de carácter estrictamente heterocompositivo y llevado a término por el poder jurisdiccional que emana del Estado. En las páginas siguientes procederemos a enumerar sus principios inspiradores y, a continuación, describiremos las principales características procedimentales que lo singularizan. Sólo así podremos llegar a discernir las últimas consecuencias que caracterizan al principio de universalidad.

2.2.- Principios del procedimiento de insolvencia

De igual modo que el acervo genético determina la identidad biológica de un individuo, en los principios básicos de un procedimiento se encarna la esencia misma del Derecho. La analogía nos parece incuestionable, pues ambas categorías de cosas vienen

¹⁸³ A propósito del arbitraje, FAIRÉN GUILLÉN se pronuncia en términos muy similares cuando describe el arbitraje. Para este autor la base actual de este cauce extrajurisdiccional se encuentra en el contrato, a través del cual «los interesados “acuerdan” el someter una o varias diferencias a ese “tercero imparcial” y la dan potestad para efectuar los actos necesarios a tal labor hasta que el conflicto quede *prácticamente* resuelto» [FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). *Op. cit.*, p. 18]. Por supuesto, el corolario de la actuación arbitral consiste en la aceptación de los interesados del laudo que resuelva la controversia.

¹⁸⁴ Citando nuevamente al profesor FAIRÉN GUILLÉN, en sus pensamientos se expresa de un modo inmejorable esta faceta de la soberanía. Así las cosas, «con el concepto de soberanía, aparece históricamente el hecho de la sujeción de una (muchas) personas a toda la organización de un Estado, y en ella, a la “jurisdicción”, o potestad –imparcial, desde luego– de ciertos elementos integrantes del Estado, de “juzgar los conflictos” y de “hacer ejecutar las resoluciones que les pongan fin”» [*ibíd.*, p. 19].

configuradas desde el preciso instante de su concepción (orgánica o legislativa), van a estar presentes durante todo su desarrollo (ya sea como una entidad vital o en tanto que tramitación jurisdiccional) y, finalmente, serán un elemento decisivo para determinar su desenlace. Por esta razón, antes de comentar las características concretas del concurso de acreedores, es absolutamente ineludible determinar cuáles son sus fundamentos axiológicos.

Como hemos venido afirmando desde el inicio de nuestra investigación, tanto la responsabilidad civil como el procedimiento de insolvencia comparten un mismo propósito: asegurar la seguridad jurídica en el tráfico económico. A los efectos que ahora nos ocupan, no cabe duda de que ése es el punto de partida que permite comprender tanto la ontología más profunda como la finalidad pretendida por el concurso de acreedores. Por eso lo calificaremos como un *metaprincipio*, un verdadero eje vertebrador en torno al cual gira no sólo la regulación concursal positiva, sino también el resto de máximas y apotegmas que le sirven de inspiración.

El principio de seguridad jurídica se despliega en una doble vertiente. La primera, de *naturaleza subjetiva*, se refiere al sentimiento de confianza que debe sentir la persona hacia el ordenamiento, el sistema jurídico y el Estado. Esto le permite conocer de antemano cuáles serían las consecuencias de observar una determinada conducta y, en paralelo, prever cuál será el comportamiento de los demás sujetos –pues, en caso de que alguno incurriese en ilicitud, ocurriría una reacción de la Ley en contra del infractor para procurar el retorno a la normalidad–¹⁸⁵. En la segunda, en cambio, se prima su

¹⁸⁵ En este mismo sentido, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, p. 30. Eso sí, siguiendo a este mismo autor, cabe matizar que no debe confundirse la seguridad jurídica con una certeza absoluta e inquebrantable. Lejos de lo que caracteriza a la esfera de las ciencias lógicas y empíricas, determinadas por leyes naturales inapelables o modelos matemáticos inquebrantables, la realidad humana se distingue por ser el escenario en el que actúa el don de la libertad. De ahí nace una infinita multiplicidad de situaciones que, por definición, resultan imposibles de prever y contener en un cuerpo legal.

Esto nos recuerda a una famosa anécdota. Una de las ideas motrices que inspiró el Código Civil francés de 1804 era, precisamente, blindar la seguridad jurídica hasta el extremo. Ello se conseguía aplicando una lógica en apariencia sencilla: bastaría con tomar una determinada situación o comportamiento subjetivo para hacerla pasar por el tamiz del Código e, *ipso facto*, la sola aplicación de norma ofrecería una solución jurídica. Jueces y tribunales pasarían a ser meros operarios, los cuales no tendrían que llevar a término ninguna labor hermenéutica. Pues bien, cuenta la historia que, tras un año de aplicación de esta

valor objetivo. Siguiendo los clarificadores pensamientos de LARENZ, la seguridad jurídica se definiría en este sentido como «la certidumbre de que se puede contar con reglas de derecho, con su igual aplicación y, en determinados supuestos creados o calificados por el Derecho [...], con los derechos adquiridos y su protección por los tribunales»¹⁸⁶. Desarrollando un poco esta orientación doctrinal, aquí confluían tres grandes ideas que se hallan profundamente entretejidas entre sí. Como cuestión primera y elemental nos encontramos con la existencia y virtualidad del Derecho, en tanto que positivamente expresado en las normas que integran el ordenamiento jurídico. De ahí se dimana su consiguiente eficacia y, aunque los preceptos sean posteriormente interpretados para adecuarse a la realidad, constituyen la piedra angular para erigir ulteriores actuaciones. Lo segundo redunda en la previsibilidad de que dicho contenido normativo se aplicará de un modo homogéneo y congruente, pues nadie se halla por encima del imperio de la Ley –que se consagra y actualiza en cada supuesto de hecho o proceso jurisdiccional singular–¹⁸⁷. En último lugar, se habla de cómo se lleva a la

innovadora regulación, el jurista encargado de verificar su funcionamiento se presentó ante Napoleón con un largo memorándum de cambios y mejoras, que se habían suscitado con ocasión de aplicar el Código a supuestos de hecho concretos. Sorprendido, el Gran Corso preguntó: «¿Pero cómo? ¿Es que el Código ha muerto?»; a lo que su interlocutor respondió: «Al contrario, Sire, ¡está muy vivo!» [cit. en JUNG, C. G. (1919). «Carta a Jelliffe, de 25 de agosto de 1919». En BURNHAM, J. C. y MCGUIRE, W. (1983). *Jelliffe: American Psychoanalyst and Physician & His Correspondence with Sigmund Freud and C. G. Jung*. Chicago: The University of Chicago Press, p. 200]. Napoleón, en el fondo, era consciente de que las críticas surgían de la interpretación de la Ley (lo cual, en principio, debería haber quedado superada con la nueva técnica jurídica de la codificación) y, además, evidenciaban una enmienda a las aspiraciones del legislador de agotar con su raciocinio todas las posibilidades de la realidad. El jurista, por su parte y desde una posición realista, intuía que la vida social supera el contenido del Derecho positivo, dotándole así de su auténtico sentido.

En definitiva, la casuística determina y precisa la aplicación abstracta del Derecho, lo cual necesariamente da pie a numerosas zonas grises donde opera un cierto margen de error. Siguiendo a HOLMES, «por Ley se debe entender las profecías que los tribunales concretarán en la realidad» [HOLMES, O. W. (2009). *The path of the Law*. Auckland: The Flotating Press, p. 9] y, en tanto que pronóstico, la previsión no puede ser exacta. Identificar la holgura que necesita la libertad con una *inseguridad* resulta, a todas luces, erróneo, por cuanto que no comprender el Derecho como una mera aproximación sería algo pretencioso y, en última instancia, convertiría la categoría de la seguridad jurídica en un mito inalcanzable.

¹⁸⁶ LARENZ, K. (1985). *Derecho justo*. Madrid: Civitas, p. 46.

¹⁸⁷ En la definición que el Diccionario de la Real Academia Española ofrece a la voz de seguridad jurídica vienen a recogerse estas dos primeras ideas, al entenderse por seguridad jurídica aquella «cualidad del

práctica la función de salvaguarda de la que se reviste el Derecho, la cual tiene por objeto situaciones que tienen resonancia en la realidad intersubjetiva: obviamente, en caso de no respetarse el orden estipulado por la Ley, se abre la vía coactiva que queda en manos del poder jurisdiccional del Estado¹⁸⁸.

Haciendo hincapié en la dimensión objetiva de la seguridad jurídica, pues su valoración efectiva resulta más factible que la interioridad psicológica o moral de los sujetos de derecho, identificamos que se plasma de manera muy diversa en las esferas del Derecho público y del Derecho privado. Para empezar, el Derecho público se fundamenta en un principio de legalidad estricta y en la vinculación de la Administración a la letra de la Ley –o, expresándolo de una forma más simple, los poderes públicos únicamente van a poder actuar si poseen una habilitación normativa expresa–¹⁸⁹. El Derecho privado, en cambio, tiene un punto de partida absolutamente antagónico: la autonomía de la voluntad. Es incontrovertible que en este axioma se contiene una de las más importantes contribuciones jurídico-filosóficas que ha aportado la civilización occidental a la historia, el cual es respetado por la más amplia esfera de ordenamientos contemporáneos. En su virtud entendemos que la persona no necesita de la concesión

ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación» [«Seguridad» en RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://dle.rae.es/?id=XTrIaQd>> (última consulta: 10 de octubre de 2015)].

¹⁸⁸ Todos los elementos que acabamos de mencionar encuentran su reflejo en la definición que ofrece la enciclopedia italiana TRECCANI bajo la voz de *certezza del diritto*, si bien pone especial énfasis sobre las dos últimas nociones. Siguiendo sus términos literales, la seguridad jurídica sería el «el principio en base al cual toda persona debe estar en condiciones de evaluar y prever, en base a las normas generales del ordenamiento, la consecuencia jurídica de la propia conducta, lo que constituye un valor que al que el Estado necesariamente debe tender para garantizar la libertad del individuo y la igualdad ante la Ley [...]» [«Certeza del diritto», en TRECCANI (s.f.). *Treccani, la cultura italiana, enciclopedia on-line*. Recurso en línea, disponible en <<http://www.treccani.it/enciclopedia/certeza-del-diritto/>> (última consulta: 10 de octubre de 2015)].

¹⁸⁹ La doctrina administrativista distingue dos tesis enfrentadas para explicar cómo se vincula la actuación administrativa a la Ley. Por un lado está la idea de *vinculación positiva*, que se definiría con el apotegma de que «lo que no está permitido está prohibido»; mientras que, en un sentido contrario, la *vinculación negativa* diría que «lo no prohibido está permitido» [en iguales términos, *vid.* RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008). *Derecho Administrativo Español*, T. I. La Coruña: Netbiblo, p. 105]. Naturalmente, hemos de decantarnos por la primera alternativa, habida cuenta que es la única que es afín con el principio de legalidad y permite diferenciar claramente el rango de actuación de los poderes públicos del ámbito que, como veremos en este instante, le corresponde a las personas físicas y jurídicas.

graciosa de la Ley para poder llevar a cabo un comportamiento dado sino que, al contrario, el legislador sólo podrá intervenir y enervar el libre albedrío cuando las conductas subjetivas ocasionen alguna perturbación al orden deseado.

Dicho todo lo anterior, en el específico contexto del Derecho patrimonial, la seguridad jurídica tiene una naturaleza bifronte. De una parte, conlleva que el ordenamiento reconozca la capacidad económica de la persona y, en consecuencia, le asegure que podrá interrelacionarse con sus iguales de un modo autónomo en el contexto del mercado. Ése es el origen de lo que denominamos patrimonio: una fuente de poder y de responsabilidad para que los operadores jurídicos dispongan de la aptitud de conjugar sus vínculos jurídicos¹⁹⁰. Por otro lado, en caso de que se llegase a incumplir las obligaciones libremente constituidas por cualquier motivo, el Estado subsidiariamente constituye un cauce coercitivo en el que actuará su poder judicial para que el perjudicado por la transgresión a su confianza pueda ver satisfecho su crédito¹⁹¹. Como no puede ser de otra forma, este procedimiento se adaptará al contexto y circunstancias específicas que rodeen al quebranto patrimonial, siendo la situación de insolvencia una de las más complejas a las que puede enfrentarse el Derecho.

Hecha esta primera aproximación, es el momento de entrar a valorar el catálogo de principios operativos que disciplinan el procedimiento de insolvencia. El más inmediato a lo que acabamos de exponer consiste en lo que podríamos denominar como *principio de obligatoriedad*, pues las actuaciones jurisdiccionales vienen impuestas por la fuerza de la Ley. Desde el punto de vista del deudor, si bien puede estar habilitado para solicitar su propio concurso voluntariamente, de ningún modo aseveraremos que nos encontramos ante una disposición de tipo facultativo. Quien mejor conoce la situación económica de un patrimonio es su titular y, por supuesto, será el primero que advertirá una hipotética situación de desbalance o la inminencia de incurrir en impagos

¹⁹⁰ Vid. p. 25 y ss. de la presente investigación.

¹⁹¹ Formulándolo de distinto modo, podríamos afirmar que la seguridad jurídica orbita en torno a dos formas de entender el principio de *pacta sunt servanda*: desde una perspectiva positiva, consiste en la posibilidad de que las partes intervinientes en un negocio jurídico puedan regular por sí mismo sus relaciones patrimoniales; mientras que desde una perspectiva negativa, cuando ese se vulneren esos pactos, habrá una reacción del Derecho. Para ulterior información acerca de la relación entre justicia contractual y el principio de la autonomía de la voluntad, vid. «CUENCA ANTOLÍN, D. (1996). «El orden público y la justicia contractual». En PRATS, L. (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 2. Valencia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, p. 605 y ss.

generalizados. Dado que una pronta intervención evitaría incurrir en males mayores, no sólo tiene que permitirse al deudor principiarse su concurso sino que, con un mayor énfasis, no sería inoportuno tomarlo como una auténtica obligación a la que se ve legalmente constreñido¹⁹². De cualquier modo cabe imaginarse que, con independencia de la voluntad del deudor de buscar o no su concurso, la decisión final le vendría impuesta por las actuaciones de un acreedor o grupo de acreedores. Ahora bien, a ellos mismos también se les va a acabar aplicando un procedimiento que les va a exigir aceptar un cierto nivel sacrificio –lo que no ocurriría si acudiesen a un procedimiento de ejecución individual–. La razón estriba en favorecer a la comunidad crediticia en todo su conjunto y, además y de un modo mediato, en procurar el bien del mercado y de la economía en general. En resumen, la referida obligatoriedad del concurso nace tanto de la defensa tanto de un interés privado colectivo –y no meramente particular– como de un interés público¹⁹³.

De ahí se deduce el *principio de maximización en la satisfacción de los créditos*, lo cual implica que, si bien el inicio del concurso *a priori* exige un cierto grado de renuncia a los acreedores, el propósito final es beneficiar al conjunto. En los pensamientos de WESSELS encontramos una reflexión que va en la misma línea y puede ayudarnos a definir este principio: «cuando la situación de insolvencia es inminente o ya se ha manifestado [...], los activos del deudor conforman un fondo común, cuyo valor debe ser aumentado para el beneficio colectivo de todos los acreedores»¹⁹⁴. Dicho aumento de valor se consigue atrayendo todos los derechos patrimoniales del deudor al alcance de la comunidad crediticia y, en paralelo, impidiendo que los acreedores individuales

¹⁹² A título estrictamente ejemplificativo, la normativa española distingue entre dos tipologías de concursos: voluntarios cuando los solicita el deudor y necesarios cuando es un acreedor quien acude ante Juez [Ley 22/2003, *leg. cit.*, art. 22.1]. La diferencia entre uno y otro se mide en sus efectos ya que, mientras que en el concurso voluntario rige la intervención de la administración concursal y el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, en el concurso necesario se procede a suspender estas potestades para dejarlas en manos de la administración concursal [*ibíd.*, art. 40.1 y 40.2, respectivamente]; amén de presumirse la culpabilidad del concurso [*ibíd.* Art. 165.1.1º]. En definitiva, no nos hallamos frente a un mero «incentivo» para que sea el deudor quien presente la solicitud del concurso, sino ante el quebrantamiento de una verdadera obligación que trae aparejada su oportuna sanción concursal [en ese sentido, vid. PULGAR, J. (2005). *Op. cit.*, p. 411].

¹⁹³ En términos semejantes, vid. SERRA, C. (2009). *Op. cit.*, p. 340 – BONSIGNORI, A. (1986). *Op. cit.*, p. 117 y ss.

¹⁹⁴ WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 14.

estén habilitados para menoscabarlo y vaciarlo de contenido con sus pretensiones particulares. En definitiva, este axioma nos remite a la regla imperante en los procedimientos de ejecución universal, consistente en procurar una satisfacción colectiva y proporcional a una globalidad de acreedores, en aras de que la absoluta satisfacción de algunos acreedores no impida por completo el resarcimiento de otros. Por ese motivo, de un modo especular y contemplándolo desde su imagen en negativo, también podríamos darle el nombre de *principio de la comunidad de pérdidas*.

No muy lejos se sitúa el *principio de protección de los acreedores concursales*, que se cimienta en el reconocimiento y preservación de los derechos de los acreedores durante el transcurso del procedimiento de insolvencia. A pesar de que, efectivamente, se procede a la reordenación y modulación de sus distintas reivindicaciones de contenido patrimonial, estos derechos no abandonan su eficacia ni dejan de ser salvaguardados por el ordenamiento jurídico en ningún momento. Esto ofrece un sentido de certeza y predictibilidad a los sujetos intervinientes en el mercado, incluso en una situación de suyo adversa como la insuficiencia de activos, lo que representa un aspecto fundamental para el buen desarrollo de las actividades económicas¹⁹⁵.

Asimismo, el *principio de igualdad* entre los distintos acreedores –comúnmente enunciado con el brocardo latino de la *par condicio creditorum*– va a estar muy presente durante la tramitación concursal. Recordando el magisterio del profesor BELTRÁN, con la declaración del concurso sucede el agrupamiento del conjunto de acreedores en la masa pasiva del concurso. Así se habla, «con diferente terminología, del principio de la *par condicio creditorum*, o de igualdad de tratamiento de los acreedores, o de la comunidad de pérdidas o de la concursalidad o de la proporcionalidad»¹⁹⁶. Además, esa igualdad también se manifiesta en un doble aspecto: uno sustancial, con el sometimiento de todos los acreedores a la solución del concurso, y otro formal, con la necesidad de que los acreedores comuniquen su crédito para ser reconocidos en el procedimiento¹⁹⁷. Eso sí, cabe añadir un importante matiz: la equidad en el tratamiento que recibirán los créditos se procurará cuando éstos ostenten igual rango, dándose lugar así a una prelación. Desarrollando un poco esta idea, sobre la base de que existirán unos créditos

¹⁹⁵ Análogamente, *vid. ibíd.*, p. 16.

¹⁹⁶ BELTRÁN, E. (2004). «La integración de la masa pasiva (art. 4)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 990.

¹⁹⁷ *Loc. cit.*

que tendrán una consideración estándar, habrá algunos derechos que manifiesten una preferencia para lograr su cobro y, a la inversa, otros que serán postergados. A cada uno de ellos se denominarán, respectivamente, créditos ordinarios, privilegiados y subordinados. Obviamente, tanto la *par condicio creditorum* como sus inflexiones sirven a un propósito que el legislador considera legítimo, que no deja de ser la protección reforzada de la seguridad jurídica en determinadas relaciones económicas¹⁹⁸.

Íntimamente ligado a lo anterior se constituye el *principio de transparencia y de acceso a la información*. No sin razón, si el concurso no fuese público y estuviere abierto a todos los participantes interesados en el mismo, al final se desvirtuaría el previamente mencionado sentido de igualdad para beneficiar a únicamente a quienes tuvieran una mayor información sobre la situación económico-financiera del deudor. Sólo con el adecuado acceso a la información en tiempo y forma, contando con los medios de

¹⁹⁸ Según comenta CICARELLO, el vocablo privilegio proviene de la expresión latina «*privus-lex*» («*lex in privos lata*») [que] evoca la idea de una Ley excepcional reservada a un sujeto o a una especial categoría de sujetos» [CICARELLO, S. (1983). *Privilegio del crédito e uguaglianza dei creditori*. Milán: Giuffrè, p. 1]. En un sentido similar, aunque obviamente más técnico, se pronuncia el Código Civil italiano de 1865, que ofrece una definición perfectamente clara: «el privilegio es un derecho de prelación que la ley otorga al acreedor en relación a la causa de un crédito» [*Codice Civile italiano, 1865*]. Ahora bien, a los efectos que nos interesan en este instante, nos parece más precisa la idea referida por BIANCA: «el privilegio forma parte de los derechos específicos de garantía, por cuanto constituyen un refuerzo del crédito con respecto a la garantía genérica de los bienes del deudor, de la que gozan todos los acreedores, en base al principio de la responsabilidad patrimonial» [BIANCA, M. (2012). *Diritto civile*, vol. 7. Milán: Giuffrè, p. 15], pretendiendo satisfacer un así interés social, económico o jurídico específico. En otras palabras, por cuanto es un refuerzo de algo ya existente, añadiendo más bienes y derechos a la potestad agresora del acreedor, se puede hacer la analogía con la institución jurídica de la garantía.

La postergación, por el contrario, constituye el reflejo en negativo de la preferencia. Precisamente en esa línea LOCORATOLO los denomina el «privilegio negativo» [LOCORATOLO, S. (2010). *Postergazione dei crediti e fallimento*. Libro contenido en Libonati, B. Y Ferro-Luzzi, P. (dir.). *Quaderni romani di diritto commerciale*, vol. 17. Milán: Giuffrè, p. 25], lo cual no nos parece para nada desatinado pues, gracias a la desmejora de ciertos derechos de crédito, se consigue primar a otra categoría: los créditos ordinarios o estándar.

Casi no es necesario señalar que, en la disciplina de la insolvencia, tanto el privilegio como la postergación son realidades que vienen impuestas por la normativa concursal. Obviamente, se persigue la defensa de un determinado interés jurídico, cosa que queda al arbitrio de cada legislador específico y, en consecuencia, constituye el aspecto en el que existen más hondas diferentes entre los distintos ordenamientos [en ese sentido, *vid.* WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 8 y ss.].

publicidad adecuados, los acreedores podrán insinuar sus créditos y ver sus expectativas protegidas por el procedimiento de insolvencia.

Tampoco puede dejarse de lado el *principio de actuación jurisdiccional* ya que, una vez haya sido incoado el procedimiento concursal, quedará en manos del órgano judicial oportuno encargarse de su oportuna dirección y tutela. No obstante, ello no supone un óbice para que sus actuaciones se vean coadyuvadas por otro agente: la administración concursal. Ambos han de regirse por el *principio de eficacia* que, unido al interés de obtener la máxima satisfacción de los acreedores, se despliega en una doble dimensión: por un lado implica que el procedimiento tenga el menor coste posible y, por el otro, que se lleve a cabo en el menor tiempo. De esta manera se evita la erosión y el deterioro excesivo de los activos del deudor que, si se nos permite la expresión, bien podrían acabar haciendo del concurso un remedio peor que la enfermedad¹⁹⁹.

Finalmente, otro axioma fundamental del procedimiento de insolvencia es el eje fundamental sobre el que trata la presente investigación: el *principio de universalidad*. Ahora bien, dada la importancia que reviste para nuestro estudio, creemos oportuno entrar a describirlo en un apartado específico, que abordaremos una vez hayamos delineado las claves procesales del concurso.

2.3.- *Funciones del procedimiento de insolvencia*

Todo procedimiento está al servicio de una serie de finalidades, que justifican el esfuerzo de su desarrollo legislativo y posterior implementación jurisdiccional. Afirmar lo contrario sería equivalente a considerar que la atribución de estos valiosos recursos del Estado se realiza de manera gratuita o arbitraria, lo que entraría en conflicto con las

¹⁹⁹ WESSELS expresa la interrelación entre eficacia y maximización en los siguientes términos: «para maximizar el valor de los activos de un negocio, el sistema de insolvencia por sí mismo debe proveer una resolución temporánea y eficiente de la crisis financiera. Cuando un negocio se está desangrando en su valor, una intervención a tiempo es obviamente vital para lograr el objetivo de la maximización de activos» [*ibíd.*, p. 15]. Ciertamente, cuando salimos de la letra de la ley y nos situamos ante la realidad práctica del concurso, nos hallamos ante una situación que puede ser desoladora y esa *hemorragia* de activos cobra un sentido verdaderamente trágico. Siguiendo con la analogía médica, de igual modo que una pequeña y oportuna intervención quirúrgica puede ayudarnos a evitar una operación a vida o muerte y de secuelas imponderables, un procedimiento de insolvencia bien desarrollado es esencial para salvaguardar el patrimonio concursal de su disolución en la nada.

más elementales normas que inspiran la economía y el Derecho²⁰⁰. Naturalmente, el concurso de acreedores no es ajeno a esa tónica, la cual describiremos sucintamente a continuación.

Aun a riesgo de resultar redundantes, hemos de situar el procedimiento de insolvencia en el marco que le corresponde dentro del Derecho patrimonial. Como tantas veces hemos comentado, se trata de un cauce de protección de los derechos crédito cuando ocurre un incumplimiento generalizado de las obligaciones o, en su caso, la previsión de que dicha situación va a acontecer de forma inminente. En consecuencia, su aspiración por excelencia será consumir una *función solutoria* o, lo que es lo mismo, satisfacer a los acreedores del modo más eficiente posible²⁰¹. Asimismo, con ese objetivo inmediato –que beneficia a créditos específicos ostentados por acreedores igualmente concretos–, también se protege un bien jurídico indirecto: la seguridad jurídica en el mercado. En conclusión, lo que verdaderamente importa es que el ordenamiento tenga previsto un cauce para proteger los créditos, sea cual sea el *status* financiero del deudor y por más adversas que sean sus circunstancias. Todo ello se canalizará por medio de dos soluciones: por un lado, la liquidación de los activos del deudor y, por el otro, la vía del pacto o convenio entre el deudor y sus acreedores.

Ahora bien, en paralelo también podemos encontrar una segunda intencionalidad. Aludimos a la *función conservativa*, con base en la cual se pretende lograr un efecto sanador sobre el patrimonio afectado por la insolvencia sin que ello suponga su disgregación. Efectivamente, en especial en situaciones de crisis económica, un bien jurídico irreprochablemente legítimo es que el entramado empresarial no se vaya disolviendo lenta pero inexorablemente. En ese orden de cosas, el legislador puede creer pertinente afirmar o reforzar esa finalidad²⁰². Eso sí, siguiendo la doctrina más

²⁰⁰ Hablamos, claro está, del principio de utilización eficaz de los recursos económicos de los poderes públicos. No olvidemos que su principal vía de financiación consiste en la recaudación mediante la vía impositiva que, en el fondo y desde una perspectiva individualista, no deja de significar una disminución del poder económico del contribuyente.

²⁰¹ BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 17 y s. A mayor abundamiento, estos autores añaden que, si por la insuficiencia absoluta de masa activa fuese imposible lograr dicha satisfacción de los acreedores, la misma función solutoria debería determinar la conclusión del concurso [*ibíd.*, p. 18].

²⁰² Aunque no vamos a entrar en un análisis pormenorizado, pues nos alejaríamos en exceso del hilo argumental de nuestro estudio, sí podemos remitirnos a una interesante disertación de derecho comparado a este respecto, que hallamos en OLIVENCIA, M. (1982). «Los sistemas económicos y las soluciones

autorizada, no debe quedar espacio a la duda de la prevalencia de la función solutoria sobre la conservativa²⁰³. De lo contrario, si antepusiésemos el interés de mantener las actividades de una empresa –que bien podría ser perfectamente ineficaz– a salvaguardar los créditos, no haríamos sino quebrar el vínculo de unión del Derecho concursal con su antecedente inmediato de las ejecuciones singulares y, de paso, aumentaríamos la incertidumbre de los acreedores.

Por último, el concurso también contempla una *función de represión* sobre aquellos sujetos que hayan generado o agravado el estado de insolvencia. Ésta podrá recaer sobre el deudor persona natural o, en el caso de una persona jurídica, sobre aquellos que la hayan administrado de alguna forma. A fuer de permitir que se despliegue plenamente la finalidad satisfactiva, la legislación concursal contemporánea ha sido tendente a limitar esta faceta²⁰⁴. No empero, nos parece más adecuado dedicar una pequeña sección para dilucidar el elemento subjetivo del procedimiento de insolvencia.

2.4.- Las consecuencias de la insolvencia en el deudor: breve comentario de su evolución histórica y expresión de su connatural relación con el orden público

Por alejarse en exceso del propósito de nuestra investigación, hasta el momento únicamente hemos hecho alusión al componente objetivo de la insolvencia. No obstante, no podemos dejar de expresar, siquiera someramente, que la conducta subjetiva del deudor tiene una evidéntísima relevancia al momento de determinar las consecuencias jurídicas que se dimanarán para con él durante el concurso, a tenor de cómo haya conducido su patrimonio a tal tesitura. La lógica y –por qué no decirlo– el más sencillo sentimiento de justicia retributiva nos llevan a pensar que no merecen el mismo tratamiento, por un lado, los supuestos en que la insolvencia haya acaecido de un modo fortuito por los azares del mercado que, por el otro, aquellos otros casos en los que haya mediado un comportamiento negligente o doloso del deudor. Ahora bien, esta manera de discurrir parte de ciertos axiomas que son innovaciones relativamente recientes del

jurídicas al estado de crisis empresarial». En Fundación Universidad-Empresa. *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*. Madrid: Civitas, p. 99 y ss.

²⁰³ BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 18 – PULGAR, J. (2005). *Op. cit.*, p. 306.

²⁰⁴ En este sentido, MAMBRILLA, V. (2004). «Artículo 167. Resolución judicial [sobre la sección de calificación]». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. III. Valladolid: Lex Nova, p. 2773.

pensamiento jurídico contemporáneo, que evoluciona en paralelo a una nueva concepción del hombre y la propiedad, y que da pie a una progresiva limitación en los efectos personales que el impago de deudas traía aparejados. Creemos que un conciso repaso histórico nos ayudará a comprender mejor este fundamento del Derecho, convertido a día de hoy en una verdadera norma de orden público en todo Estado civilizado.

Comenzando por los modelos jurídicos arcaicos, el punto de partida era una concepción muy distinta que bien podría sintetizarse en la famosa locución latina de *decoctor, ergo fraudator*²⁰⁵. Ciertamente, en aquel momento se daban una serie de condicionamientos morales y jurídicos que coadyuvaban a que la quiebra tuviese una connotación especialmente rigurosa. Así las cosas, la exacerbación del sentido del honor conllevaba que cualquier incumplimiento personal o patrimonial se tomase como una circunstancia infamante; de igual modo que el carácter profesional de los individuos que podían verse sometidos al instituto de la quiebra, reservada en exclusiva a los comerciantes, convertía al impago de cualquier tipo en un comportamiento absolutamente intolerable. Todo ello acababa impregnando la manera de proceder en el Derecho antiguo. En su sentir se iba más allá de la mera reivindicación material dado que, agotada la masa activa con la que sufragar las deudas del insolvente, todavía se amparaba un cierto *animus vindicandi* del acreedor hacia la persona del deudor.

Esto se observa de un modo perfectamente gráfico en las fuentes clásicas del Derecho romano. Así las cosas, en la Ley de las doce tablas se consagraba la responsabilidad personal por deudas en su máxima expresión, formulada en la facultad concedida a los acreedores de apresar a su deudor para, a continuación, venderlo como esclavo o darle

²⁰⁵ La expresión original nace de la pluma del ilustre jurista medieval BALDO DEGLI UBALDI, descubriéndose una significación más radical si cabe en su versión literal y completa: «Falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis tradi creditoris laniandi [...] Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, unde edictum fraudatorium» («los quebrados son infames, infamísimos, y las más antiguas leyes les entregaban a sus acreedores para que los desgarrasen [...]. No hay excusa para la mala suerte: si [alguien] está quebrado es porque se trata de un estafador. En consecuencia, la ley exige sentenciarlos como estafadores») [UBALDI, B. (1580). *Consiliorum, sive resposorum*, vol. IV [et V], Venecia: Dominicum Nicolinum, & Socios, Consejo nº 382]

muerte²⁰⁶. Si bien posteriormente se relajó la severidad con el insolvente, las consecuencias personales seguían estando a la orden del día, entre las que cabe destacar la conocida como *nota de infamia*, que suponía un menoscabo de la reputación o degradación del honor civil²⁰⁷. En un momento posterior en el tiempo, situándonos en la realidad comercial en la Italia bajomedieval, seguían manteniéndose esas dinámicas: en no pocas ocasiones, que un mercader incurriese en insolvencia se manifestaba por su propia *fuga*, expresiva de su temor hacia las consecuencias económicas y personales que debería enfrentar²⁰⁸. Todo ello continuaría siendo la tónica general en los ordenamientos de la Edad moderna en los primeros años de la Edad contemporánea, aunque endulzándose su trato progresivamente.

Una primera muesca consiste en la diferenciación entre quebrados *inculpables* y *culpables* y, aunque las consecuencias morales de la quiebra pudiesen permanecer invariables –ocurriendo una sanción para los deudores insolventes en el «honor de su crédito, buena opinión y fama»²⁰⁹–, las consecuencias penales en sentido estricto sí que

²⁰⁶ *Leges XII tabularum*, tabla III. En BRUNS, C. G. (1909). *Fontes iuris romani antiqui*, T. I. Tubinga: Mohrii, p. 20 y s. La literalidad del precepto horripilaría nuestro actual sentido de la moral y la justicia, pues llegaba a prever cómo debía ser atado el deudor (con cuerdas o con cadenas de un peso determinado), la manutención que se le debía dar durante el proceso, las veces que debía ir al mercado para hacer pública su deuda y, en última instancia, el modo en que debía venderse como esclavo o darle muerte. A este último respecto, se entendía su pérdida de condición de sujeto de derecho: en caso de entregársele a la esclavitud, esto se producía en tanto que *extranjero* –pues sobre un romano no podía recaer semejante castigo, lo que era indicativo de un destierro–, mientras que si era ejecutado, después se procedía a cortar en partes proporcionales sus despojos –para ofrecer una satisfacción simbólica a sus acreedores–.

²⁰⁷ BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 15

²⁰⁸ *Vid. ibíd.*, p. 16.

²⁰⁹ En esos términos literales se pronuncian las *Ordenanzas de la ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao, aprobadas y confirmadas por las magestades de los sres. D. Felipe V en 2 de diciembre de 1737, y D. Fernando VII en 27 de junio de 1814*, cap. XVII, párrafo 2. Se trata de uno de los texto más importantes en la historia del Derecho mercantil en España pues, al ser aplicable en buena parte de su territorio, supuso un primer conato de armonización de esta rama jurídica frente a la anterior dispersión normativa mientras se procedía a las primeras codificaciones [a propósito de esta transición y del papel desempeñado por la legislación anterior, sirviendo además como una panorámica general de la codificación mercantil española en el siglo XIX, *vid.* ROJO, A. (1991). «La Codificación Mercantil Española». En INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Centenario del Código de Comercio*. México: UNAM, p. 475 y ss.].

experimentaban una importante modulación²¹⁰. Eso sí, se mantenía la presunción *iuris tantum* de fraude y culpa²¹¹ y, al permanecer la infamia tanto para las quiebras fortuitas como para aquellas en las que hubiere mediado culpa o dolo, siempre se exigía un proceso de rehabilitación para que el deudor pudiese retornar a la vida económica²¹². La justificación de este *modus operandi* decimonónico se expresa claramente en la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal para el Reino de Italia de 1806 y, naturalmente, se acaba refiriendo a la salvaguarda de una pretendida buena fe sobre la que se sostiene la seguridad jurídica que requiere el tráfico económico. Siguiendo sus palabras literales, «la quiebra es el delito que más que ningún otro destruye la buena fe, base principal del comercio»²¹³, siendo ésta la razón habilitante para condenar con penas de prisión tanto a las insolvencias que se debieran al dolo como a la culpa²¹⁴.

Los siguientes eslabones en esta cadena de transformaciones históricas se fundamentarían en la eliminación de la presunción de fraude y, a continuación, en el definitivo destierro de todo vestigio de la prisión por deudas. Este cambio de sensibilidad marcaría un punto de inflexión definitivo en lo que se refiere a la concepción de la responsabilidad patrimonial en sí misma considerada, de donde se dimana el Derecho concursal como una derivación lógica. El germen teórico de este cambio no lo hallamos en el ámbito disciplinar del Derecho privado, sino en los pensamientos de uno de los padres del Derecho penal contemporáneo. En el imprescindible *Tratado de los delitos y de las penas*, BECCARIA enunció una idea tan innovadora como revolucionaria: no es la crueldad de las penas el principal óbice para

²¹⁰ Con respecto a los quebrados inculpables, a pesar de que su quiebra hubiera sido fortuita, de ella dimanaba la privación de voz activa y pasiva en el consulado en tanto que no hubiesen satisfecho el total de sus deudas, mientras que a los segundos se les reservaba igualmente su persecución y entrega a la justicia ordinaria «para que sean castigadas por todo el rigor que permite el derecho, a proporción de sus delitos» [*Ordenanzas de la ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao* [...]. *Leg. cit.*, cap. XVII, párrafo 4].

²¹¹ En ese sentido, el Código Penal español de 1822 estipulaba que «el quebrado estará preso hasta que se justifique haber quebrado sin culpa» [*Código Penal de 1822*, art. 763]

²¹² A modo ejemplificativo, *vid.*, *Código de Comercio de 1829*, arts. 1168 y ss. – *Codice di Commercio del Regno d'Italia del 1866*, arts. 715 y ss.

²¹³ En COMMISSIONE INSTITUTA PER LA COMPILAZIONE DEL PROGETTO DI CODICE PENALE (1806). «Progetto del Codice Penale pel Regno d'Italia con rapporto che ne contiene i motivi». Milán: Stamperia Reale, p. 141

²¹⁴ *Codice Penale del 1865*, art. 381.

la actividad delictiva, sino la certeza de que va a ocurrir el castigo; o, siguiendo las evocadoras palabras literales de este autor, «la certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad; porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres [...]»²¹⁵. Eso daba pie a suavizar tanto las penas como, en general, la situación jurídica del presunto criminal durante el proceso. Asimismo, la proporcionalidad y humanidad del Derecho penal son elementos perfectamente congruentes con la finalidad que para BECCARIA tenía el ejercicio del *ius puniendi*: lejos de dañar caprichosamente al delincuente, su objeto debía ser impedirle la comisión de nuevos delitos y, de paso, disuadir al resto de la ciudadanía de incurrir en actividades delictivas²¹⁶. Por supuesto, en la medida que estas teorías fueron imbricándose en el espíritu del Derecho, se irían operando una serie de cambios cualitativos en todos sus órdenes.

Trasladándolo al universo concursal, se advertiría que la presunción *iuris tantum* de fraude suponía un más que evidente agravamiento de la situación procesal del deudor, pues se hacía recaer sobre él la carga de la prueba de su inocencia; de igual modo que con la prisión por deudas, al confundirse la dimensión personal con la esfera estrictamente económica, ocurría una evidente extralimitación en el ámbito objetivo del castigo²¹⁷. Bajo esta nueva luz se daría un auténtico giro copernicano en la comprensión de la fenomenología de la insolvencia, llegándose así a la concepción de la responsabilidad sostenida en la era contemporánea: la no agresión a la persona física del insolvente en sede de Derecho civil, sino al patrimonio en tanto que imagen suya²¹⁸. Por

²¹⁵ BECCARIA, C. (1774). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Ibarra, p. 135 y s.

²¹⁶ Citando nuevamente la tesis de este autor, «[...] deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas que, guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo [*Ibid.*, p. 60].

²¹⁷ En un sentido muy similar nos hallamos con una feroz crítica doctrinal al mantenimiento de la prisión por deudas que, escrita a mediados en el siglo XIX, explica el estado de la cuestión en España; *vid.* PACHECO, J. F. (1843). *Estudios de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Viuda de Jordán e hijos, p. 43 y ss.

²¹⁸ La eliminación de la prisión por deudas fue un proceso paulatino, que se iría desarrollando esencialmente a lo largo del siglo XIX, quedando actualmente sólo unos pocos remanentes ligados a la protección de otros derechos de índole no contractual. En España, siguiendo los estudios del profesor TOMÁS Y VALIENTE, su abolición definitiva llegaría de la mano de la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855* (si bien consideraba que, de facto, su aplicación ya era muy restringida por aquel entonces [TOMÁS Y

lo tanto, la prisión sólo sería aplicable tras un procedimiento de naturaleza estrictamente penal y, por ende, cuando concurriese una actitud subjetiva que, ya fuera por acción u omisión, hubiese provocado o agravado la insolvencia; pero no tendría que ser objeto de penalización física el mero impago en sí mismo considerado.

De esta manera desembocamos en la idea previamente enunciada: la interdicción de la prisión por deudas derivada del incumplimiento de una obligación es considerada, en no pocos ordenamientos nacionales, como una norma de orden público de pleno derecho. Sin ir más lejos, así lo reconoce positivamente el cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en su artículo 1 establece que «nadie podrá ser privado de su libertad por la única razón de no poder cumplir una obligación contractual»²¹⁹. Asimismo, análogamente podríamos extender esa consideración a otras disposiciones que pudieren afectar al ámbito personal del deudor. En definitiva, se trata de proteger al sujeto en tanto que persona física de un castigo o agresión que, en la mayor medida de lo posible, ha de ceñirse a lo estrictamente pecuniario. Solamente se podría atravesar ese umbral cuando, por razón de la conducta o de la especial trascendencia para el orden social, se viesan afectados otros bienes jurídicos dignos de una protección reforzada –para lo que debe mediar el debido juicio de ponderación en relación al orden constitucional existente–²²⁰.

VALIENTE, F. (1960). «La prisión por deudas». *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. XXX, p. 431 y ss.]; mientras que en Italia este paso sería un poco más tardío, dándose con la *Legge 6 dicembre 1877, n. 4166* [vid. RODOTÀ, S. (1997). *Libertà e diritti in Italia: dall'Unità ai giorni nostri*. Roma: Donzelli, p. 45].

²¹⁹ CONSEJO DE EUROPA (1963). *Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al convenio, modificado por el Protocolo nº 11*, art. 1.

²²⁰ A título ejemplificativo, parte de la reforma concursal española de 2003 tuvo que operarse mediante Ley orgánica debido a la afectación de determinados derechos fundamentales del deudor común. La Exposición de motivos de esta norma es perfectamente esclarecedora en este sentido, marcándose una tajante distinción entre el antiguo modo de proceder y el que debe regir en la actualidad en los siguientes términos. En ese contexto se indica que, aunque tradicionalmente la declaración de insolvencia había producido efectos gravosos sobre la persona del deudor, «la reforma concursal ha de orientarse [...] en el sentido de atemperar el rigor de esos efectos, suprimir aquellos de carácter represivo y limitarse a establecer los necesarios desde un punto de vista funcional, en beneficio de la normal tramitación del procedimiento [...], confiriendo al juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias

2.5.- Estructura procesal

Vistos los apartados anteriores, parece claro que el método por antonomasia para resolver la cuestión de la insolvencia consiste en implementar una serie de medidas jurídico-económicas desde resortes de naturaleza procesal. O expresándolo con distintos términos, sólo es posible lograr de un modo pleno los principios y funciones pretendidos por el concurso si en la ecuación interviene el poder jurisdiccional ejercido por el Estado, siguiéndose una serie de pasos reglados a efectos de resolver esta problemática concreta.

En idéntica concordancia se pronuncia COUTURE para definir, en términos generales, el significado de proceso. Por este concepto debemos entender «una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver, mediante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión»²²¹. A esto cabe añadir que, según este mismo autor, «la idea de proceso es necesariamente teleológica»²²², ya que lo que la caracteriza es su fin. En definitiva, lo que verdaderamente identifica al proceso concursal es su pretensión de resolver aquellos conflictos intersubjetivos entre el deudor y sus acreedores, que emergen con ocasión de la situación de insolvencia del deudor común y para los que se intenta conseguir el mayor grado posible de satisfacción crediticia.

Así las cosas, aquí coexisten tanto los intereses privados de la comunidad crediticia y del deudor –que podrán hacer uso de un cauce legal para, respectivamente, realizar su pretensión pecuniaria y ordenar su situación económico-patrimonial– como una utilidad de carácter público –la cual será relevante para el buen funcionamiento de la economía

concretas de cada caso [...]. [*Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, Exposición de motivos, apartado 1]. Esto es, la finalidad de estas medidas consiste exclusivamente en coadyuvar a la eficacia del procedimiento de insolvencia, en aras de lograr la seguridad jurídica de los operadores del mercado ante determinados modos de proceder del deudor insolvente, y sin albergar jamás la pretensión de castigar al deudor. Esto se traduce de un modo pragmático en permitir al Juez español acordar una serie de medidas contra el deudor persona física o contra los administradores de la persona jurídica concursada, tales como intervenir sus comunicaciones, entrar en su domicilio o exigirle residir en la población de su domicilio (incluso mediante arresto domiciliario) [*ibíd.*, art. 1].

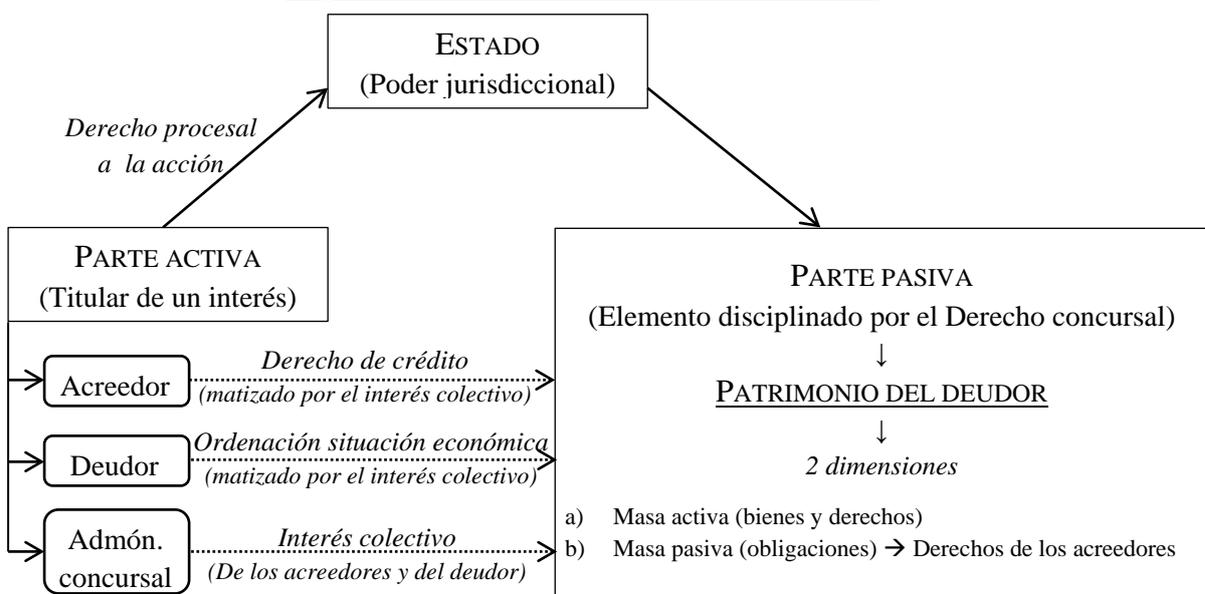
²²¹ COUTURE, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Roque Depalma, p. 121 y s.

²²² *Ibid.*, p. 122.

general al coadyuvar la seguridad jurídica en el tráfico civil y mercantil—. Sin embargo, no podemos perder de vista que la defensa de los intereses públicos se consigue de una forma mediata, con base en la protección del interés colectivo inmediato de aquellos sujetos concretos que tengan algún tipo de interés en el concurso²²³. De ahí nace precisamente el carácter no ineludiblemente oficioso del procedimiento de insolvencia, necesitándose de la actuación del deudor o sus acreedores para poner en marcha la maquinaria jurisdiccional²²⁴.

Por esa razón, nuevamente hemos de recurrir a la ya mencionada figura de la *acción*, pues es la herramienta procesal con el que se promueve el desempeño del poder judicial. Eso sí, por las particulares exigencias que se derivan de la situación de insolvencia, su esquema deberá ser convenientemente matizado y completado:

Esquema 3: estructura de la acción concursal



²²³ A fuer de clarificar nuestro discurso, debemos distinguir tres tipos de intereses: el interés singular, el interés colectivo y el interés público. Tanto los intereses singulares como los intereses colectivos son de naturaleza privada y sólo se diferencian en su extensión: los primeros sólo afectan a una persona, mientras que los segundos se refieren a una pluralidad de personas determinadas o determinables. Por el contrario, los intereses públicos afectan a una universalidad de sujetos que no es necesario individualizar, puesto que se trata de la comunidad sobre la cual recae el ámbito de aplicación de una normativa u ordenamiento jurídico.

²²⁴ En ese sentido, *vid.* BONSIGNORI, A. (1986). *Op. cit.*, p. 94 y s. – ROJO, A. (2004). «Legitimación (art. 3)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 197 y s. Matizando esta idea y considerando el patrimonio como un procedimiento de carácter especial –lo cual hereda ciertas consideraciones del antiguo modo de ser de la regulación italiana–, *vid.* PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A. (2008). *Op. cit.*, p. 29 y ss.

Como podemos observar, nuevamente nos encontramos con la estructura triangular propia de los procedimientos heterocompositivos, en cuya cúspide se halla el poder jurisdiccional del Estado, aunque el resto de elementos experimentan importantes modificaciones.

Comenzando por la *parte activa*, la pretensión procesal se concreta en un *interés*. Éste se plasma de un modo distinto según la persona concreta que ejercite la acción, pues la normativa otorga legitimación activa a distintos sujetos según el instante procedimental en que nos encontremos. Para el acreedor será su derecho de crédito y para el deudor la reordenación de su situación económica –o incluso, de un modo secundario pero no menos relevante, eludir las posibles sanciones patrimoniales que podrían recaer sobre él si no solicitase su concurso a tiempo–; aunque en ambos casos el interés particular reivindicado por las partes se verá matizado en beneficio del interés colectivo. En paralelo y como aludiremos en breves instantes, la administración concursal actuará directamente para la consecución del interés colectivo de las partes afectadas.

La *parte pasiva* va a ser el elemento disciplinado por el Derecho concursal. Como tantas veces hemos repetido, dicho componente consiste en el patrimonio del deudor común desde la doble perspectiva de sus masas activa y pasiva. Por eso, dado que hay una correspondencia inmediata entre las obligaciones del deudor y los derechos de sus acreedores, bien puede suceder que, para maximizar la satisfacción del conjunto de los créditos, todos ellos deban disminuir su pretensión crediticia absoluta. En síntesis, la aplicación del Derecho de la insolvencia va a acabar afectando sustancialmente a las dos partes que constituyen la relación obligatoria original: deudor y acreedor.

De este modo quedan perfectamente patentes las diferencias estructurales esenciales existentes entre, por un lado, los procedimientos de ejecución singular derivados de la responsabilidad patrimonial universal y, por el otro, los procedimientos ejecutivos universales originados *ex concursus*: mientras que en los primeros, invariablemente, la acción de un acreedor se dirigía contra la esfera patrimonial de signo positivo de su deudor para satisfacer una pretensión individual, en los segundos ocurre una operativa más compleja, donde que han de convivir las propensiones particulares con unos intereses colectivos a los que se les dispensa una mayor relevancia. En este orden de cosas, no sólo va a ser el acreedor quien pueda dirigir su acción contra el deudor, sino que el mismo deudor o la administración concursal van a estar procesalmente habilitado

para accionar los resortes judiciales que disciplinen el patrimonio en situación de insolvencia y que, al final, acabarán afectando a aquellos derechos de crédito que contra él se erijan.

Por cierto, no hemos de olvidar la mención a otro rasgo distintivo del concurso de acreedores: su carácter complejo y multifásico, ocurriendo a lo largo del procedimiento una *sucesión de acciones* de muy distinta índole y utilidad específica. En aras de esquematizarlas, dividiremos el proceso en tres etapas que, idealmente, se desplegarán en un orden consecutivo: primero, la apertura del procedimiento con la declaración de la situación de insolvencia, segundo, su tramitación jurisdiccional con el apoyo de la administración concursal y, por último, el ofrecimiento a los afectados una solución operativa concreta.

A tenor de lo anteriormente descrito, está claro que, como cuestión preliminar, debe hacerse aflorar en la esfera jurídica una serie de circunstancias de naturaleza eminentemente económica. En eso consiste la primera acción concursal: la que está encaminada a instar del poder judicial la declaración de insolvencia. Obviamente y aún a riesgo de ser redundantes, esta misión recaerá sobre aquellos sujetos de derecho que tuvieren algún interés pecuniario en una situación patrimonial concreta: el deudor y cualquiera de los acreedores²²⁵. Al primero, en tanto que titular de ese acervo de bienes, derechos y obligaciones, le concernirá garantizar su prosperidad y solvencia –o, en caso de carecer de ella, ofrecer la solución concursal alternativa que programe el ordenamiento–. Los segundos, por supuesto y sin requerir de mayores explicaciones, van a querer hacer efectivo cada uno de sus créditos singulares. Junto a ellos se

²²⁵ Como ya hemos señalado, en el acreedor y el deudor recae el interés privado del concurso. Frente a ellos y de manera excepcional, determinados ordenamientos también pueden legitimar al Ministerio Fiscal para la instar la declaración del concurso. Cabría preguntarse entonces si en tales circunstancias se expresa un interés público directo. A nuestro parecer y siguiendo a BONSIGNORI, mantenemos que el interés público sigue quedando en un segundo plano y que la primera preocupación del Derecho concursal es la satisfacción de los intereses colectivos privados [*vid.* BONSIGNORI, A. (1986). *Op. cit.*, p. 94 y s.]. Es más, a título ejemplificativo y si descendemos a la letra de la normativa concursal italiana y española, veremos cómo es necesaria una conexión con otro procedimiento, el cual tendrá de manera prácticamente necesaria una trascendencia penal: allí, evidentemente, se pretende un interés connaturalmente público [*vid. Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, arts. 6 y 7 – Ley 22/2003, leg. cit., art. 4*].

yuxtapone el interés colectivo, fruto de hacer hibridar los propósitos del deudor con las intenciones –entre ellas excluyentes – de la nebulosa de acreedores que le rodean²²⁶.

En caso de cumplirse los presupuestos objetivos y subjetivos pertinentes, se declararía la insolvencia del deudor común. A partir de ese momento, se dimanarán una serie de efectos sobre el deudor, sus acreedores, los créditos que hubiere contraído y, en definitiva, que afecte a cualquier otro aspecto con relevancia económica y patrimonial. Obviamente, las consecuencias de la declaración de insolvencia serán concretadas por la legislación nacional pertinente, en cuyo marasmo casuístico no vamos a descender. No obstante, existe una medida recurrente que sí merece nuestra atención: el desapoderamiento total o parcial del deudor hacia sus bienes y derechos patrimoniales, lo que conlleva el nombramiento *ab initio* de un administrador concursal para complementar esta carencia sobrevenida.

Imponer limitaciones patrimoniales al concursado y someterle a la vigilancia de un tercero es un patrón habitual en el tiempo y el espacio. La lógica nos lleva a inferir que quien ha incurrido en insolvencia pierde, en mayor o menor grado, el aval de confianza que el resto de operadores en el mercado puedan albergar hacia él; amén de que sus intereses singulares no tienen por qué comulgar ni coincidir con los intereses colectivos del concurso. Eso sí, la naturaleza jurídica de este desapoderamiento siempre debe comprenderse desde un enfoque objetivo y no como una suerte de sanción subjetiva. Como muy acertadamente considera PAU, «las restricciones que pesan sobre el concursado son una limitación vinculada a un patrimonio, que afecta a la persona

²²⁶ PEINADO GRACIA realiza una reflexión muy interesante sobre la problemática a la que se enfrentan el deudor y los acreedores que debe detectar la situación de insolvencia, a los que compara con el ojeador en una partida de caza cuando las presas (léase, los bienes y derechos del deudor) no sean suficientes para dar plena satisfacción al concurso de acreedores. El carácter no oficioso del procedimiento concursal conduce a que sea necesaria esa institución análoga al explorador, para lo que el ordenamiento debe resolver tres problemas: primero, los instrumentos para hacer aflorar esa información, segundo, a quién se habilita para actuar y qué incentivos se le ofrecen y, por último, las señales que debe incentivar el ordenamiento. En tal sentido concluye que, por el menor coste en la obtención de la información, el deudor sería el primer obligado a presentar declaración de concurso; mientras que la incentivación de los acreedores para que no se preocupen únicamente de su contentamiento particular y procuren el interés general. *Vid.* PEINADO GRACIA, J. I. (2006). «Cooperación y pillaje en el concurso». En PEINADO GRACIA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coord.). *Estudios de Derecho concursal*. Barcelona: Marcial Pons, p. 27 y ss.

únicamente en cuanto titular del mismo, y que supone, pues, una limitación objetiva o real»²²⁷; o expresándolo en otros términos: se trata de una prohibición legal para tomar determinadas decisiones con respecto a ciertos bienes y derechos, lo cual se deriva de su relevancia patrimonial para con un procedimiento de insolvencia²²⁸.

Es así como se justifica la intervención de la administración concursal. Naturalmente, su naturaleza jurídica y características ontológicas concretas experimentarán importantes variaciones según el prisma de la legislación con que la contemplemos; si bien, ello no obsta para que podamos convenir una cierta convergencia en su dimensión teleológico-funcional. A modo de resumen, diremos que se trata de un órgano profesional específico del concurso que, en aras de defender los intereses colectivos de la insolvencia, acometerá tres grandes atribuciones: suplir o sustituir al concursado en las atribuciones patrimoniales que se le hubieren restringido, la legitimación para ejercitar las acciones concursales que estime oportunas y, en general, tomar las decisiones que les conceda la Ley para el buen desarrollo del concurso²²⁹. Por consiguiente, desde el preciso instante en que el órgano judicial competente declare la apertura de un procedimiento de insolvencia, el grueso de las actuaciones desempeñadas por la administración concursal tendrán que ver con una intervención sobre las masas activa y pasiva concursales, sea de manera directa o mediante su solicitud al juez en virtud de la acción procesal pertinente. Además, como ya hemos visto en nuestro esquema, este último proceder también podrá

²²⁷ PAU, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid: Beneficentia et peritia iuris, p. 14 y s. En un sentido idéntico se pronuncian URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. (2001). *Curso de Derecho mercantil*. Madrid: Civitas, p. 926.

²²⁸ A la inversa hallamos una tesis más tradicional que sostiene que esa limitación patrimonial debe entenderse como una cierta incapacitación de la persona [e. g., DE CASTRO, F. (1952). *Derecho civil de España*, T. II. Madrid: Instituto de Ciencias Políticas, p. 363 y s.]. En línea con lo que hemos venido defendiendo de que deben primarse los efectos patrimoniales por encima de los personales para explicar adecuadamente el procedimiento de insolvencia, debemos abogar por la primera idea, la cual se sintetiza magníficamente en palabras de BONSIGNORI: «la ley concursal se preocupa de la situación patrimonial de un sujeto, no de la cualidad de un sujeto en relación a su situación patrimonial» [BONSIGNORI, A. (1986). *Op. cit.*, p. 293].

²²⁹ En términos similares, *vid.* BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). *Op. cit.*, p. 42 y s. Sobre este tenor y en relación a la imprescindible profesionalidad de la administración concursal, *vid.* NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2006). «Consideraciones sobre la profesionalidad de la administración concursal». En PEINADO GRACIA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coord.). *Estudios de Derecho concursal*. Barcelona: Marcial Pons, p. 113 y ss.

ser ejercido por el deudor y los acreedores, cuya legitimación nace de ser los sujetos afectados por la situación de insolvencia.

Debemos indagar ahora a propósito de lo que queríamos decir con la idea de *intervención u operativa sobre las masas concursales*. Para ello hemos de partir de la premisa, sobradamente reiterada a lo largo de nuestra investigación, que constituye el epítome del instituto de la responsabilidad civil: cuantos derechos patrimoniales posea o vaya a poseer el deudor servirán para satisfacer las deudas por él asumidas. Si el cúmulo de derechos integra la masa activa y la suma de deudas compone la masa pasiva, en la tramitación del procedimiento de insolvencia debe determinarse en qué consistirá el contenido concreto de uno y otro. Asimismo, al Derecho práctico no sólo le interesa aventurar un catálogo, sino que también le importa que pueda llegar a cumplir la finalidad solutoria. Por eso se llevan a cabo una serie de intervenciones jurídicas, en aras a que el concurso pueda ver consumado su destino y razón de ser.

En lo que respecta a la masa activa, deben englobarse tres ingredientes: los derechos reales, los derechos de crédito y aquellos derechos que hubiesen sufrido un menoscabo a consecuencia de un acto perjudicial del deudor. Sobre todos ellos, en la medida que vayan siendo identificados por los órganos del concurso, se desplegarán una serie de *medidas conservativas* en su más amplio sentido, siendo cada una de ellas adecuada a su particular naturaleza y esencia²³⁰. A propósito de los derechos reales –que se definirían como los derechos que se hallan de manera efectiva y actual en el patrimonio del deudor–, basta con la ya referida desposesión total o parcial *ad cautelam* de las atribuciones de su titular para con ellos y la correlativa habilitación de la administración concursal para gestionarlos. Así se exorciza el temor de que una praxis incorrecta del deudor perjudique los intereses colectivos de la comunidad crediticia. En cuanto a los derechos de crédito –que para su efectiva realización necesitan de la actuación de un tercero–, la administración concursal llevará a término una operativa finalista y estructuralmente análoga a la *acción subrogatoria*: actuando en nombre del deudor frente a los obligados de éste, tendrá como meta un aumento material de la masa activa

²³⁰ Aplicaremos ahora en el terreno de la insolvencia aquella teoría que ya desarrollamos en un punto anterior de nuestra investigación. No en balde, conociendo las estructuras básicas del Derecho civil –las cuales son más fácilmente exportables de un ordenamiento jurídico a otro por ser más inmediatas al sustrato común del Derecho romano–, resulta infinitamente más sencillo comprender su correlato concursal. En este aspecto concreto, *vid.* p. 61 y ss. de la presente investigación.

para un mejor resarcimiento de la argamasa de acreedores²³¹. Por último, para atender la casuística de los actos perjudiciales del deudor –lo que, *de facto*, conllevaría que determinados derechos o bien ya no se puedan localizar de un modo actual en la masa activa o bien hayan sufrido un menoscabo en su valor económico–, el Derecho concursal reacciona concediendo a la administración concursal un cauce procesal con efectos similares a la *acción pauliana* a la que, en sede de insolvencia, denominaremos *acción revocatoria o rescisoria*²³². Nuevamente nos encontramos con un *eventus damni*, que actuará como motivo habilitante para proceder a la afectación de unos derechos ya constituidos, el cual será en este caso la frustración de los intereses colectivos pretendidos por el procedimiento, lo cual se derivaría de la disminución del valor de la meritada masa activa. Asimismo, en esta misma línea, también se procederá a la suspensión de las ejecuciones individuales, pues ese detrimento de activos sería perjudicial en un doble sentido: materialmente –ya que empequeñece la esfera de derechos– y desde un punto de vista relativo –pues un acreedor podrá salir más beneficiado que el resto, rompiendo el principio de la *pars condicio creditorum*–.

La masa pasiva, por su parte, se formalizará por la *insinuación de los créditos* que los acreedores hagan a los órganos concursales. Aquí entra en juego el principio de igualdad en su vertiente de acceso al proceso, para lo que ha de garantizarse una adecuada publicidad y un correcto acceso a la información de todas aquellas personas que, al esgrimir un derecho de crédito, tengan algún interés en la insolvencia. Asimismo, dichos derechos de crédito deberán ser convenientemente verificados y categorizados según el orden de prelación establecido por la legislación concursal para proceder a su cobro.

²³¹ No deja de ser sintomático que, cuando describíamos la acción subrogatoria y definíamos los presupuestos que debían concurrir, indicábamos que era necesaria la inacción del deudor y el peligro de incurrir en insolvencia. Pues bien, en el momento en que se declara la insolvencia, la legitimación de la administración concursal para emprender este tipo de medida conservativa es inmediata, en tanto que una atribución estándar de sus poderes como órgano del procedimiento de insolvencia (*vid.* p. 65 y s. de la presente investigación).

²³² Tal es su nomenclatura en los ordenamientos italiano y español [*vid.* Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, art. 67 y Ley 22/2003, *leg. cit.*, art. 72].

Finalmente, la satisfacción de las deudas se procurará durante la fase de solución del concurso, lo cual se puede lograr mediante dos vías teóricas alternativas: *la liquidación del activo* o *la reestructuración patrimonial* –aparte, claro está, de un sinfín de metodologías eclécticas que sintetizarían factores de ambos modelos–. La liquidación no se diferencia en exceso del ya referido instituto de la ejecución singular forzosa, aunque variará sensiblemente su enfoque. Esto es, mientras que el objeto de los procedimientos ejecutivos singulares recaerá sobre bienes y derechos concretos, el concurso –en su calidad de procedimiento de ejecución universal– tomará en consideración la integridad del acervo patrimonial²³³. Además, la intervención de la administración concursal también favorece la potencial revalorización de los activos, ya sea mediante una tasación más cabal (meta que, en no pocas ocasiones, es difícil de alcanzar mediante el recurso a la usual subasta pública) o disponiendo de unidades productivas completas que mantengan, en la mayor medida posible, la razón de ser funcional de los bienes y derechos que vayan a ser ejecutados²³⁴. La reestructuración patrimonial, en cambio, se acomete en virtud de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores por el que se negocian distintos remedios, alternativos a la liquidación de activos, para buscar una salida a la situación de insolvencia²³⁵. La lógica se deriva de que, si una relación jurídica puede ser disciplinada por las partes, también quedaría a su arbitrio el régimen de responsabilidad derivado de su incumplimiento; aunque, eso sí, con la debida intervención de la administración concursal y del poder judicial para velar por el respeto a los intereses colectivos y dotar al acuerdo de su debida eficacia en el contexto del mercado²³⁶. En este contexto nos son especialmente relevantes las figuras

²³³ De una manera muy gráfica, diremos que los procedimientos de ejecución singular se construyen *desde abajo* –de bienes y derechos desagregados se llega a sujetar el entero patrimonio del deudor– y los procedimientos de insolvencia, *desde arriba* –entendiendo el patrimonio como universalidad, pues se encuentra sometido a un régimen unitario de poder y de responsabilidad, se acaban sometiendo bienes y derechos singulares–. La ventaja del segundo sobre el primero es evidente ya que, si se nos permite la metáfora, un mecanismo completo tiene más valor que la suma desperdigada de sus engranajes.

²³⁴ En ese sentido, vuelven a interesarnos las ideas acerca del *valor en utilidad* y el *valor en cambio* que nos ofrecía SMITH, en el sentido de que hay bienes y derechos que sufren una depreciación en el momento que se les desarraiga de su contexto patrimonial [*vid.* nota al pie número 73].

²³⁵ Hablamos, en el caso de los ordenamientos italiano y español, del concordato preventivo [Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, arts. 460 y ss.] y del convenio [Ley 22/2003, *leg. cit.*, arts. 99 y ss.].

²³⁶ En esta línea, siguiendo la opinión de CASADO RODRIGO, la naturaleza jurídica del convenio concursal podría definirse entonces como un «negocio jurídico *sui generis* de carácter bilateral y oneroso, formado

jurídico-concursales de la *quita y espera*, por las que los acreedores admiten una reducción en la cuantía de sus créditos u ofrecer más tiempo al deudor para que pueda dar cumplimiento a sus obligaciones²³⁷.

Con ambas técnicas se pretende lograr, en primer término, la *función solutoria* del procedimiento de insolvencia. Entendida como una derivación inmediata de la responsabilidad civil universal, se trata de la faceta que verdaderamente interesa a los acreedores. Desde un punto de vista formal, les garantiza la existencia de una vía procesal para realizar sus pretensiones crediticias cuando éstas no hubiesen sido adecuadamente satisfechas y, a su vez, quien estuviese obligado a cumplimentarlas se hallase en la comprometida situación económico-patrimonial de la insolvencia. Todo ello se traduce, desde una perspectiva material, en que el derecho de crédito se podrá ver resarcido total o parcialmente. De este modo se coadyuva el sentimiento de confianza del acreedor singular a la hora de constituirse una primera relación obligatoria, lo cual se conjuga con el interés colectivo de la comunidad crediticia y, en abstracto, con el interés público de la seguridad jurídica que debe regir en el mercado.

La *función conservativa* tampoco resulta extraña en esa fase, entendiéndose como el intento de mantener el acervo patrimonial unido de cara a que pueda seguir desarrollando su destino económico habitual en el mercado²³⁸. Como cabría esperar,

a través de una oferta y su aceptación; negocio en el que el control judicial adquiere un gran protagonismo, pues la Ley Concursal exige su aprobación judicial para dotarlo de eficacia» [CASADO RODRIGO, V. (2014). «III. Las soluciones concursales. El convenio». En HUALDE LÓPEZ, I. (coord.). *Las soluciones a la Situación de Insolvencia*. Navarra: Aranzadi, p. 75]; consistiendo su especial peculiaridad su naturaleza híbrida entre el Derecho privado y el público pues, «aunque nace a través de un negocio jurídico-privado, adquiere validez con la aprobación judicial, acto de carácter jurídico-público» [*loc. cit.*].

²³⁷ Con respecto a la *quita*, hemos de percatarnos que significa un límite al principio general, anteriormente enunciado en sede de responsabilidad patrimonial, de que se responde con los bienes tanto presentes como futuros pues, en caso de que el deudor viniere a mejor fortuna, los nuevos derechos adquiridos dejarían de responder por ese porcentaje de las deudas pretéritas.

²³⁸ Por ello, esencialmente, afectará a concursos en los que se vean envueltos operadores comerciales. El ejemplo paradigmático de este sistema, que dio pie a una nueva tendencia en la concepción del procedimiento de insolvencia y tuvo no pocos imitadores en otros ordenamientos, se halla en la ley francesa de 1985 sobre recuperación y liquidación de empresas en crisis [*Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*]. Ciertamente supuso un cambio de paradigma en la concepción del destino y función que debía contemplar Derecho concursal, pasando el centro de gravedad de la liquidación de la masa patrimonial del empresario a una idea cualitativamente

esta función se plasma del modo en la solución concursal del convenio, si bien en la ya referida venta de unidades productivas concretas que, aunque desprendidas de su titular original, seguirían conservando su utilidad funcional.

En último término y como ya hemos indicado, la *función de reprensión* –sea de índole civil o, con más razón, de carácter penal– debe entenderse separada del componente satisfactivo del procedimiento de insolvencia. Efectivamente, aunque la penalización de determinados comportamientos subjetivos esté al servicio de la seguridad jurídica para desincentivar su comisión y ayudar al buen funcionamiento del mercado, y pese a que algunas sanciones puedan coadyuvar al incremento de la masa activa, hay dos dimensiones bien diferenciadas: una patrimonial y otra personal. La retribución pretendida por el procedimiento de insolvencia operará siempre dentro de los límites materiales del Derecho patrimonial, donde los bienes y derechos servirán para satisfacer las obligaciones.

distinta: la protección de la empresa en cuanto tal para permitir que siga desarrollando sus actividades, pues en ella se fundamentan una serie de intereses dignos de protección –entre los que destacan los trabajadores y el interés general del mercado–. No en balde, su artículo 1 indicaba que la motivación de la ley era establecer «un procedimiento de recuperación judicial que tiene por objeto salvar la empresa, mantener su actividad y sus empleos y sanear el pasivo» [*ibíd.*, art. 1]. Ahora bien, este modelo no tardaría en ser derogado para volver a primar la función solutoria, con la que ahora coexiste. Para ulterior información sobre este particular, *vid.* VALERO LOZANO, N. (2007). *El régimen jurídico del crédito público en la ley concursal*. Madrid: La Ley, p. 33 y ss.

3.- El principio de universalidad concursal

3.1.- Concepto

Hemos estimado oportuno dejar como último punto a analizar en esta sección de nuestra investigación el elemento central en torno al cual se vertebra la esencia del presente estudio: el principio de universalidad en los procedimientos de insolvencia. Como cuestión previa afirmaremos que en este axioma se sintetiza la utilidad del concurso como instrumento jurídico de proyección económica y relevancia social, significando el colofón del desarrollo sustantivo y procesal del instituto de la responsabilidad patrimonial universal. Por ello, antes de entrar a valorar la problemática del Derecho internacional privado en el universo de la insolvencia, debemos darle forma y precisar adecuadamente sus elementos más importantes.

A modo de definición, diremos que se trata un fundamento ontológico de primer orden para explicar el régimen tuitivo del concurso. En su virtud, se permite que el poder judicial ofrezca un tratamiento omnicompreensivo a la entera situación económico-patrimonial del deudor común, tanto desde la perspectiva de la masa activa como de la masa pasiva²³⁹. Llevando esta aseveración hasta las últimas consecuencias y siguiendo la tesis de BENEDETTI, el mismo concepto de *concurzalidad* encuentra su propia base factual y jurídica precisamente en la «universalidad objetiva y subjetiva de la quiebra»²⁴⁰. Esto nos revela los dos componentes esenciales sobre los que este principio despliega su eficacia –uno material, relativo al patrimonio, y otro personal, concerniente

²³⁹ Igual opinión sostiene AVILÉS GARCÍA, para quien el principio de universalidad se consagra como «un postulado básico del concurso, y esto desde la doble perspectiva de los bienes que integran la masa activa del concurso y de los acreedores que forman la masa pasiva» [AVILÉS GARCÍA, J. (2004). «Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos». En GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, p. 421]. De este modo, prosigue el autor, se consigue una integración universal en dos direcciones, «tendente a impedir que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal y que ningún bien se detraiga de la masa» [*ibíd.*, p. 422]. Esta teoría cuenta con el apoyo, si no unánime, sí inmensamente mayoritario de la doctrina científica concursal.

²⁴⁰ BENEDETTI, L. (2012). «Il concorso dei creditori». En PANZANI, L. (dir.). *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, T. I. Turín: UTET, p. 318. Citando otros exponentes de la ciencia jurídica italiana, esta misma postura es compartida y desarrollada por PAJARDI y PALUCHOWSKI, quienes la ligan igualmente al principio de la *par condicio creditorum* en el contexto de un procedimiento para la protección de los derechos subjetivos [*vid.* PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A. (2008). *Op. cit.*, p. 23 y ss.].

a los sujetos intervinientes: los acreedores y el deudor–; aunque el aspecto más importante de este enunciado reside en la idea de que, si la afectación a la esfera patrimonial del deudor carece de un alcance universal y absoluto, de ninguna manera podremos manifestar que verdaderamente existe un procedimiento concursal.

Por encima de cualquier otra hipótesis, la universalidad se postula como el auténtico criterio diferenciador de esta tipología de procesos. Eso sí, su construcción dogmática se enraíza en dos estratos jurídicos superpuestos: primero, la responsabilidad patrimonial universal –que nace del incumplimiento de una obligación y constituye la piedra angular de la sujeción procesal de la masa activa– y, a continuación, las estructuras propias del Derecho concursal –que necesitan de la concurrencia de una situación de insolvencia y una pluralidad de acreedores, terminándose de fraguar la universalidad al entrar a modular también la masa pasiva–. Acto seguido, a modo de repaso y resumen de los diferentes pensamientos que hemos venido elaborando, veremos cómo todas las circunstancias previamente descritas desembocan y se integran en este principio.

3.2.- La universalidad en la responsabilidad patrimonial

En la primera parte de nuestro estudio analizamos el instituto de la *responsabilidad patrimonial universal*, que era la consecuencia con la que el Derecho reaccionaba ante el incumplimiento de una obligación. Se habilitaba así un cauce jurídico-procesal para que el acreedor insatisfecho pudiera beneficiarse de los efectos económicos que, en el hipotético caso de que se hubiera llevado a cabo la prestación, le hubieran acabado favoreciendo. Ello se conseguía mediante el referido sometimiento de la totalidad de los derechos del deudor que tengan aparejados un valor pecuniario positivo al poder de agresión económica de su acreedor²⁴¹. De esta manera se logra el doble objetivo de estimular el cumplimiento voluntario del deudor, quien naturalmente querrá evitar esa incómoda tesitura, y de salvaguardar la confianza del acreedor –y, por extensión, del

²⁴¹ Respetándose, eso sí, los límites que el ordenamiento nos imponga con respecto a los derechos patrimoniales de naturaleza personalísima –que, por definición, sólo podrían ser ejercitados por el acreedor– y los derechos jurídicamente inembargables, que dejan una mínima esfera económica; amén, claro está, de todas aquellas circunstancias extrapatrimoniales o sin contenido económico que en nada podrán ayudar al resarcimiento del acreedor [en ese sentido, *vid* p. 24 de la presente investigación]. Por supuesto, las fronteras de la responsabilidad patrimonial también serán igualmente trasladables al procedimiento de insolvencia.

mercado— de la manera más ponderada y menos lesiva posible, ya que la fuerza del Derecho va a recaer sobre una esfera económica.

Evidentemente, ese ámbito de naturaleza económica al que nos estamos refiriendo consiste en el *patrimonio*. Por él entenderemos el conjunto de relaciones jurídicas pecuniariamente mensurables que se centralizan en una persona, quien —en su doble calidad de titular y obligado— le corresponderá desplegar su poder sobre los elementos activos y responder por los que tengan un carácter pasivo. Se trata, en definitiva, de la expresión material en el orden socio-económico de las dimensiones morales de la libertad y el deber, albergando como finalidad última que el sujeto de derecho pueda actuar en los mecanismos del mercado. Así las cosas, diremos que el ser del patrimonio se funda sobre una valoración económica y una denominación colectiva, lo cual se aglutina en torno a una finalidad y un componente personal que le confiere un sentido de unidad²⁴².

De lo que acabamos de exponer se infiere que el patrimonio, desde la perspectiva de su composición singular, se integra por la *conjugación de todos los derechos subjetivos dinerariamente cuantificables*, los cuales responden a una triple categoría: los derechos reales, los derechos de crédito y las deudas²⁴³. Ahora bien, como ya hemos indicado, a la responsabilidad le interesa sujetar, exclusivamente y por el momento, dos de esos componentes: los derechos reales y los derechos de crédito, pues son aquellos factores que están revestidos de un valor positivo. Las deudas, aunque no van a dejar de estar presentes —habida cuenta que recibirán toda la protección del ordenamiento para salvaguardar la seguridad jurídica—, meramente van a desplegar su exigencia en su integridad, canalizándose su pretensión en el contexto de un procedimiento jurisdiccional.

Desde una vertiente jurídico-práctica, el modo en que el deudor puede hacer efectivo su crédito es, precisamente, recurriendo a las instituciones de derecho procesal. Es por medio del instrumento de la acción con lo que se insta a actuar al poder judicial del

²⁴² Seguimos la que hemos definido como *tesis híbrida* entre personalismo y finalismo que, con su adecuada modulación, nos ofrece un concepto más flexible y completo de patrimonio, de donde se da a luz a diferentes tipologías patrimoniales [vid. p. 36 y ss. de la presente investigación].

²⁴³ De ahí surge la supercategoría de *derecho subjetivo patrimonial*, que abarcaría todas estas tipologías jurídicas. Nos remitimos a las explicaciones ya reseñadas acerca de la composición del patrimonio [vid. p. 44 y ss. de la presente investigación].

Estado, que está habilitado para conminar coactivamente al cumplimiento de un deber. La responsabilidad patrimonial se plasmará en la *ejecución individual* de cuantos derechos del deudor sean necesarios para satisfacer el crédito que hubiese contraído, de igual modo que se podrán practicar las medidas conservativas oportunas para maximizar dicho fin –entre las que destacamos, junto a las *medidas cautelares*, las *acciones subrogatoria* y *pauliana*, en aras de atraer activos que no se hallen inmediatamente al alcance del deudor–.

En conclusión, en el instituto de la responsabilidad se erige una primera etapa del principio de universalidad: la sujeción de la masa activa, constituida por los derechos reales y los derechos de crédito cuyo titular sea el deudor. Asimismo, también se establece la fundamentación procesal que, si bien adaptada para la casuística de la insolvencia, vendrá a repetirse en el Derecho concursal.

3.3.- *La universalidad en el Derecho de la insolvencia*

Partiendo de estas premisas, el régimen de la universalidad experimenta una importante transformación cuando acontece la situación de insolvencia. La concurrencia de una pluralidad de acreedores, unido a la posibilidad de que la masa activa no sea suficiente para colmar todas las deudas que se dirijan contra ella, nos obliga a buscar una solución jurídica distinta. De no hacerlo, el ordenamiento jurídico sólo estaría salvaguardando los intereses particulares de cada acreedor y no los intereses colectivos del conjunto, a los que debemos valorar como un grupo o comunidad crediticia y dispensarles un trato homogéneo: eso es lo que denominamos *par condicio creditorum*. Por esa razón es necesario tomar en consideración la masa pasiva del concurso y modular las pretensiones de los créditos que en ella se integran, en aras de ofrecerles una solución armónica que optimice la justicia distributiva²⁴⁴.

La universalidad se manifiesta en el procedimiento de insolvencia, de naturaleza eminentemente jurisdiccional, que será único para todas y cada una de las circunstancias pecuniariamente relevantes del deudor. O, lo que es lo mismo, afectará a su entero

²⁴⁴ En caso contrario, si un ordenamiento jurídico prescindiera de establecer un sistema de derecho concursal que sirviese a estos fines, dejaría la puerta abierta a múltiples disfunciones financieras y económicas. Por ello afirmábamos que es una pieza central y esencial en todo ordenamiento jurídico [en ese sentido, *vid.* p. 90 y ss. de la presente investigación].

patrimonio y a todos sus componentes: derechos reales, derechos de crédito y, ahora sí, también las deudas. Eso sí, en virtud de este principio, no se debe incluir en el *quantum* a la persona del deudor ni aquellos derechos que inmediatamente le afecten. Aunque pudiera ser distinto en otros tiempos, la persona no forma parte de la masa activa: es su titular y no debe tratarse como cosa²⁴⁵. Todas las operaciones jurídicas que se realicen en el concurso tendrán lugar, en definitiva, en el seno del patrimonio. De ahí que afirmemos que, en conclusión, que el principio de universalidad es de naturaleza estrictamente económico-patrimonial.

Igualmente, observamos que los otros principios de la insolvencia entroncan perfectamente con la universalidad. Empezando por la seguridad jurídica, se entiende que el patrimonio del deudor va a responder por sus obligaciones sin verse vaciado por acciones individuales al existir un tratamiento conjunto de las dos masas concursales. Así se salvaguarda la confianza en el mercado, lográndose igualmente la maximización en la satisfacción de los créditos, pues todos los acreedores de la misma categoría perderán el mismo porcentaje dinerario: en eso, en pocas palabras, consiste la igualdad. Además, la transparencia y el acceso a la información de los interesados en el concurso también redundan en pro de la universalidad, pues así se alcanza la totalidad de la masa pasiva; por no hablar de su carácter obligatorio en el ámbito de un procedimiento jurisdiccional, que contará con los medios suficientes para hacer efectivas las previsiones legalmente establecidas.

Centrándonos la casuística procesal, toda su estructura está al servicio de las ideas que ya hemos venido expresando. Su operativa consiste en agregar las masas pasiva y activa, con el objetivo de lograr las dos grandes metas o funciones del concurso: la *función solutoria* –satisfaciendo del modo más eficiente posible la globalidad de los créditos–, la *función conservativa* –asegurando la continuidad del operador económico en el mercado, sin diluir su patrimonio–²⁴⁶. Las acciones que se pueden elevar ante el órgano jurisdiccional, el desapoderamiento total o parcial del deudor, el nombramiento de un administrador concursal que vele por los intereses colectivos y la puesta en

²⁴⁵ A propósito de las consecuencias del concurso de acreedores en la persona del sujeto, *vid.* p. 123 y ss. de la presente investigación.

²⁴⁶ Análoga consideración podríamos hacer de la tercera función del procedimiento de insolvencia, la *repreñión*, pues, aunque gire en torno de la conducta subjetiva, el conocimiento completo del modo en que el deudor se haya regido en el plano económico ayudará a realizar un juicio más ponderado y preciso.

práctica de la más amplia gama medidas conservativas son, sin lugar a dudas, los medios jurídico-fácticos con los que se pretende alcanzar esa meta. De la misma manera que las soluciones del concurso, vaya por la vía liquidatoria o por el saneamiento y reestructuración, también van a contemplar el entero patrimonio.

3.4.- *La vis attractiva concursus*

La sinopsis general de todo cuanto hemos venido narrando se halla en una construcción dogmática propia del Derecho de la insolvencia: *la vis attractiva concursus*.

Siguiendo a PULGAR, se trata de una atribución concedida al órgano jurisdiccional «sobre la base del carácter universal del procedimiento, lo que conlleva la necesidad de concentrar [solamente en él] el conocimiento de las materias conectadas al concurso, evitando su dispersión»²⁴⁷. Esta primera noción también encuentra su resonancia en el ámbito del Derecho internacional privado, siendo definido por ISRAËL como «el principio [propio] de la legislación concursal según el cual el tribunal que hubiese abierto el procedimiento de insolvencia tendrá o adquirirá la jurisdicción en aquellos asuntos más o menos relacionados con ella»²⁴⁸. Con esto, en apariencia, parece que se trata únicamente de una norma de atribución de competencia, nacional o internacional, que obliga a la concentración de determinado tipo de acciones en un solo órgano jurisdiccional. No obstante, si prestamos la debida atención, nos percataremos de que en realidad se trata de una idea bastante más compleja, donde se viene a representar la consumación jurídico-fáctica del principio de orden abstracto de la universalidad en una doble vertiente, tanto procesal como material.

La más evidente y unánimemente reconocida por la doctrina es la procesal, pues obliga a la acumulación de todas las causas que tengan relevancia para el concurso en manos del órgano jurisdiccional que se encargue de la llevanza del procedimiento de insolvencia. Esto obedece no sólo a un criterio de economía procesal, sino también de seguridad jurídica, efectividad e igualdad. Como explicamos anteriormente, si se

²⁴⁷ PULGAR, J. (2005). *Op. cit.*, p. 533. CALDERÓN también la considera una derivación lógica de la universalidad, pues la *vis attractiva* «se predica de los juicios universales» [CALDERÓN, P. (2004). «Juez del concurso (art. 8)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 304].

²⁴⁸ ISRAËL, J. (2005). *European cross-border insolvency regulation*. Oxford: intersentia, p. 269

permitiese que diferentes acciones pudiesen ir vaciando la masa activa, al final se malograrían los propósitos del concurso. Lo mismo viene a suceder con las actuaciones encaminadas a incrementar esa misma masa activa, pues queda bajo la supervisión de la administración concursal verificar que se están realizando todos los derechos de crédito (voluntaria o litigiosamente) y, en paralelo, puede interesar las acciones rescisorias pertinentes por el bien del interés general.

La faceta material de la *vis attractiva concursus*, por su parte, es una construcción sensiblemente distinta que nos gustaría proponer a efectos de alcanzar un mayor nivel de detalle. Nuestra reflexión se deriva de profundizar en el contenido de la acción que da lugar al proceso pues, para alcanzar el objetivo que con ella se pretende, debe referirse a un fundamento material sustantivo. En la esfera del Derecho patrimonial, ese sustrato consiste en los derechos y deudas, que constituyen los conglomerado de las masas activa y pasiva que va a ser tratadas en el procedimiento concursal. La vertiente material de la *vis attractiva concursus* se referiría, en definitiva, a que los órganos concursales competentes asuman la cognición de todos aquellos elementos patrimoniales singulares que fuesen relevantes para alcanzar el buen fin del procedimiento de ejecución colectiva, pues sólo en la medida que se sometan a un mismo proceso tuitivo podrán cumplir la función económica que se les arroga en sede de insolvencia.

Conclusioni del capitolo II

A sostegno di quanto abbiamo potuto osservare, la procedura concorsuale si consacra quale strumento con cui si tutela la certezza del diritto quando la responsabilità patrimoniale, espresa nelle procedure di esecuzione individuale precedentemente analizzate, risulta insufficiente. Questa situazione avviene quando, esistendo una pluralità di creditori, il debitore incorre nell' insolvenza e diviene incapace di far fronte all'insieme dei pagamenti. Ovviamente, se si facesse ricorso a una concezione individualista della soddisfazione del credito, si potrebbero compromettere gli interessi collettivi della comunità creditizia, i quali sono considerati più importanti del soddisfacimento dell'interesse di una singola persona.

Il motivo è evidente visto che la realizzazione coattiva e disconnessa di alcune prestazioni svuoterebbe il contenuto del patrimonio e impedirebbe una suddivisione degli attivi idealmente più giusta, in cui si dividerebbero le perdite per ottenere un beneficio equitativamente superiore. Per questo motivo affermiamo che la materia concorsuale costituisce una parte fondamentale di tutto l'ordinamento giuridico contemporaneo, poiché grazie alle sue previsioni si evita un grave malfunzionamento all'interno del mercato e si eliminano le incertezze.

È innegabile che la regolamentazione concorsuale subisca profonde variazioni a seconda dell'ordinamento giuridico in cui ci troviamo e che la sua configurazione concreta dipenderà dalle diverse possibilità della politica legislativa. Tutto ciò, non solo danneggerà il modo con cui si disciplinano le situazioni concorsuali o i soggetti e le entità che possano essere sottoposti al regime processuale, ma persino lo stesso concetto di insolvenza. Ora, da un punto di vista teleologico, le discrepanze normative si relativizzano. Non in vano, il procedimento di insolvenza non deve mai perdere di vista la sua finalità: offrire una soluzione razionale a un problema pratico tanto economico quanto patrimoniale. Detta situazione può toccare qualsiasi operatore del mercato esiga dal diritto una risposta effettiva ed efficiente. Partendo da questa premessa, sarà possibile superare le frontiere tra i sistemi giuridici e costruire ponti tra le diverse legislazioni concorsuali, dal momento che tutte perseguono lo stesso scopo sia nella società che nel mercato.

L'obiettivo perseguito da ogni procedura concorsuale è, in fondo, abbastanza semplice: considerare tutti gli elementi patrimoniali del debitore per costituire due masse, una

attiva e l'altra passiva, sottoponendo la prima al pagamento proporzionale rispetto alla seconda. Queste operazioni si portano a termine nel contesto di una unica procedura giurisdizionale di carattere eterocompositivo, poiché solo lo Stato è capace di garantire la doppia portata universale di cui si dovrà incaricare per raggiungere l'obiettivo finale. Per questa ragione, si configura una procedura *ad hoc*, articolata intorno ad una serie di principi orientativi, finalizzati a realizzare funzioni concrete e, in definitiva, dotata di una struttura processuale ugualmente specifica.

Riferendoci in primo luogo ai principi concorsuali, il suo componente principale è la più volte menzionata certezza del diritto. Il suo obiettivo consiste nel permettere che gli scambi civili e commerciali si portino a termine in un regime di massima fiducia, preso atto che le parti che contrattano abbiano la certezza che l'ordinamento, la giurisdizione e lo Stato salvaguardino la possibilità che le relazioni socioeconomiche possano realizzarsi. Ora, questo principio ispira anche le procedure esecutive individuali che, come abbiamo appena indicato, devono escludersi in sede di insolvenza per evitare che la massa attiva si svuoti di contenuto. Dalla necessità che tutti i creditori debbano ricorrere a una sola procedura di esecuzione collettiva per soddisfare il loro credito, si deduce il resto degli assiomi del diritto concorsuale: l'obbligatorietà, la massimizzazione nel reparto degli attivi, la protezione collettiva di tutti i creditori, l'uguaglianza tra i creditori di pari rango, la trasparenza per permettere l'accesso all'informazione delle parti interessate e, in fine, il senso di universalità che è parte integrante di tutte le azioni processuali.

Solo nella misura in cui si rispettino tali fondamenti si potranno ottenere le tre funzioni basilari perseguite dal procedimento di insolvenza: la *funzione solutoria*, che costituisce la sua finalità per eccellenza, la quale persegue la soddisfazione più efficiente della comunità creditizia; la *funzione conservativa*, il cui obiettivo consiste nel sanare il patrimonio del debitore senza ricorrere alla sua liquidazione e la conseguente disgregazione; e la *funzione repressiva*, dedicata a censurare da una prospettiva patrimoniale quei soggetti che con il loro comportamento abbiano generato o aggravato l'insolvenza.

D'altra parte, la struttura processuale del concorso dei creditori si fonda su tutte queste idee. In questo modo, al fine di ottenere la protezione di interessi di natura collettiva, la dichiarazione di insolvenza causerà una serie di effetti su tutta la sfera economico-

patrimoniale del debitore. Tra questi rientra lo spossessamento totale o parziale di quest'ultimo soggetto economico, fino ai beni e diritti patrimoniali e ciò comporterà la conseguente nomina di un curatore concorsuale. Di seguito si identificheranno i diritti che compongono la massa attiva - su cui si implementeranno le opportune misure conservative secondo la natura giuridica e la situazione di fatto - e si insinueranno l'insieme dei debiti che integrano la massa passiva - che saranno debitamente classificati nei diversi ranghi disposti dalla legislazione concorsuale. Alla fine, coniugando entrambe le dimensioni, si procederà alla soddisfazione ordinata dei crediti attraverso due vie alternative: la liquidazione dell'attivo o la ristrutturazione patrimoniale.

Alla luce di quanto detto precedentemente, il principio di universalità occupa una posizione molto rilevante nell'aspetto teorico. Tutto ciò è talmente vero che, se non si tenesse in considerazione il patrimonio del debitore nella sua totalità, o se la cognizione di tutte queste circostanze non si concentrasse in un'unica procedura, in nessun modo potremmo affermare che ci troviamo davanti a una procedura concorsuale. In questo consiste la *vis attractiva concursus*: ovvero, porre tutte le cause processuali e circostanze materiali che siano patrimonialmente rilevanti nella valutazione di un solo giudice, con la finalità che i crediti siano soddisfatti in modo più giusto ed equo.

CAPÍTULO III

LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

Introducción

El aspecto central que nos interesa examinar en la presente investigación consiste en el análisis del principio de universalidad en la insolvencia transfronteriza en el contexto concreto de la Unión Europea. Hasta ahora, en la primera mitad de nuestro estudio, hemos confeccionado una definición teórica propia de este axioma jurídico, tomando como base las instituciones que les son propias al Derecho civil y concursal. En adelante, centraremos nuestros esfuerzos en resolver la segunda incógnita de esta particular ecuación, en aras de determinar cómo se plasma esta máxima en el terreno del Derecho concursal europeo.

Este capítulo ha de comprenderse como un nexo necesario entre dos secciones: la primera, como decíamos, ha girado en torno al análisis de las figuras jurídicas fundamentales del Derecho privado; mientras la segunda tratará sobre la regulación europea del fenómeno de la insolvencia, formulada en su máxima expresión por el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

Ahora bien, antes de entrar específicamente en la esfera jurídico-económica de la Unión Europea, hemos de plasmar el problema en un universo mucho más amplio, relativo a la insolvencia transfronteriza en general. Por eso observaremos las premisas lógicas y doctrinales que nos van a permitir comprender esta casuística y, además, describiremos los modelos que la regulación internacional nos ha brindado para conjugar las normas de Derecho internacional privado existentes en cada foro, en un intento de ofrecer un procedimiento concursal armónico.

A continuación, a modo de introito para el cuarto capítulo, nos concentraremos en el escenario que atañe a la Unión Europea. Ilustraremos cuáles son sus connotaciones específicas –que vienen dadas como consecuencia de la progresiva construcción de la Unión a lo largo del tiempo– y que, a los efectos que nos ocupan, se materializan en dos de los institutos por antonomasia del Derecho europeo: el mercado interior y el espacio de libertad, seguridad y justicia. Sobre estos condicionantes nos referiremos, finalmente, a la cuestión de la insolvencia, definiendo los retos a los que el legislador europeo deberá hacer frente y haciendo un breve repaso por los antecedentes de la regulación concursal europea.

1.- La insolvencia transfronteriza: cuestiones preliminares de su problemática

1.1.- El problema de la regulación de la insolvencia transfronteriza: una difícil conjugación entre la vis attractiva concursus y la vis expansiva commertium

Hasta este momento hemos observado que, en caso de incumplirse las obligaciones contraídas, ocurría una reacción del ordenamiento jurídico para procurar la vuelta al correcto orden económico. Esto se logra activando los resortes del proceso jurisdiccional que, en sede de insolvencia, desplegaba la fuerza coercitiva del Derecho para disciplinar el complejo agregado de derechos y deudas que compone el patrimonio del deudor común. Al añadir el componente del comercio internacional, van a entrar en conflicto los dos espíritus a las que ya hicimos referencia en la introducción: la *vis attractiva*, expresión de la vocación del concurso para abarcar la entera situación económico-patrimonial de la persona en el seno de un solo procedimiento de ejecución colectiva, y la *vis expansiva* del comercio, manifestación del deseo humano de extender su rango de actuación económica al mercado más amplio posible. Al contraponer ambos principios, fácilmente deduciremos que muchos componentes del activo y pasivo concursal quedarían fuera del alcance de la competencia judicial a la que un Estado singular puede llegar por sí mismo.

Elaborando un poco más esta idea, la solución planteada hasta ahora sería ideal si las actuaciones económico-sociales se confinaban en un único foro jurisdiccional, encerrándose en el seguro redil que les ofrece el ordenamiento jurídico y el sistema judicial del Estado. En esto ha consistido la dinámica general de la ciencia jurídica del Derecho desde los albores de la Edad moderna y, en particular, de los últimos dos siglos: en el transcurrir del tiempo ha ocurrido un fortalecimiento de las estructuras y poderes del Estado hasta llegar a lo que denominamos el imperio de la ley. Con el triunfo de este paradigma se ofrecía al sujeto de derecho un sentimiento de confianza incomparable, pues quedaban abiertas las puertas del procedimiento jurisdiccional para procurar la protección de los derechos que, espontáneamente, no se hubiesen satisfecho. Ahora bien, la soberanía, el sustrato sobre el que se edifica este modelo de organización jurídica, se encuentra con un límite más que evidente: las fronteras que le distancian de otros poderes del mismo tipo y, en suma, dividen la potestad tuitiva.

GÓMEZ ARBOLEYA se percató de que el racionalismo y el nacionalismo han venido siendo muy buenos aliados en todo este periodo²⁴⁹. Se identifican así los dos pilares sobre los que se construye el Derecho occidental, los cuales no dejan de albergar un cierto posicionamiento ideológico que implica un juicio de valor: por un lado, la confianza en las obras del pensamiento para ordenar la realidad en cualquiera de sus facetas y, por el otro, la fe en que el epítome del desarrollo humano se halla contenido en el instituto político del Estado nacional²⁵⁰. De este modo, complementando nuestras reflexiones con los pensamientos de ZULETA PUCEIRO, la unidad legislativa –y, por ende, su articulación en los tribunales– es para aquellos Estados que buscan su propia identidad «un camino hacia la unidad nacional»²⁵¹.

De lo anteriormente expuesto se coligen dos efectos perfectamente concatenados. En primer lugar, la constatación de que la virtualidad del principio de universalidad se consigue a cambio de la territorialización sustantiva y procesal del concurso, pues la persona y sus derechos patrimoniales son sometidos a la disciplina de una legislación de insolvencia específica que, además, será desplegada por una jurisdicción también singular. En segundo lugar, siguiendo la lógica puramente nacionalista, dicha disciplina bien podría presentar muy profundas divergencias según el ordenamiento en que nos hallemos, lo que dificultaría más si cabe la operativa que se debería desarrollar conjuntamente sobre masas que se situarían en distintos foros.

En este punto no podemos resistir la tentación de recordar las teorías de la conocida como «Escuela histórica del Derecho». Centrándonos en las reflexiones de SAVIGNY,

²⁴⁹ GÓMEZ ARBOLEYA, E. (1951). «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos». *Revista de Estudios Políticos*, núm. 60, p. 27.

²⁵⁰ En ese sentido nos vienen a la memoria los pensamientos de HEGEL, quien fue sin duda uno de los autores en que se encarna la máxima expresión de confusión entre Estado y una suerte de divinidad. Para este autor toda la historia humana se habría dirigido a la consecución de este concreto modelo de organización política, llegando a afirmar de manera lapidaria que «el Estado no existe para los fines de los ciudadanos. Podría decirse que el Estado es el fin y los ciudadanos, sus instrumentos» [HEGEL, G. W. F. (1999). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid: Alianza Editorial, p. 110]. Aunque no compartimos en absoluto esta idea, si hemos de reconocer que en las décadas sucesivas a su formulación constituiría una de las piedras angulares de la ciencia política, la cual –como veremos en breves instantes– tendría sus obvias derivaciones en el desarrollo del Derecho.

²⁵¹ ZULETA PUCEIRO, E. (1987). «Razón y codificación». *Anuario de Derecho civil*, T. 30, fasc. III, julio-septiembre 1987, p. 583.

uno de sus representantes por excelencia, el fundamento del Derecho se encontraría «en la vida espiritual del pueblo, de suerte que torna su fuerza vital de las mismas raíces que cualquier otro género de actividad anímica y de cultura»²⁵². Debemos resaltar que la idea del *Volkgeist* o «Espíritu del pueblo» sobre la que orbita la anterior valoración es un claro reflejo de la exacerbación de un ideal nacionalista que tiene la vocación de impregnar todas las facetas de la vida social. El problema de esta teoría se encuentra en que cada pueblo se vería impelido por su espíritu particular y exclusivo, dándose pie así a cosmovisiones ontológicamente diversas o, incluso, enfrentadas. No vamos a detenernos en explicar todas las particularidades de esta configuración del pensamiento, aunque sí debemos referirnos a su consecuencia general en la concreta esfera del Derecho: habida cuenta que el sustrato primordial de la ciencia jurídica –que sería esa pretendida alma nacional que con su extraña fuerza impele todo el amplio espectro de las dinámicas sociales– es distinto de una nación a otra, se acabaría deduciendo una separación más acusada, sino insalvable, entre los diferentes ordenamientos jurídicos. Esto es, si cada uno de esos «espíritus nacionales» se consagran como intérpretes supremos de la realidad y determinan la forma de ser del Derecho en un foro concreto, no puede sino valorarse toda figura jurídica nacida a la luz de otro *Volkgeist* con un determinado sesgo de alieneidad. Se introduce así un importante elemento de ofuscación a la hora de proceder al estudio del Derecho extranjero, en la medida que dificulta la observación de estructuras jurídicas análogas en diferentes ordenamientos, las cuales pueden llegar a ser muy similares aunque después vayan a desplegar sus efectos en foros distintos.

Esta visión tiene un interesante contraste con los pensamientos de IHERING, quien nos plantea la siguiente reflexión: «El Derecho existe para realizarse. Lo que no existe más que en las leyes es un fantasma. En cambio, lo que se realiza como Derecho, aunque no esté en las leyes ni el pueblo ni la ciencia lo conozcan específicamente, es Derecho»²⁵³. En estas breves líneas se contiene la sustancia última de la teoría del erudito alemán, que cobra todo su valor cuando se introducen en su contexto doctrinal e histórico. Para IHERING, el Derecho debe entenderse como un producto que de la sociedad emana para

²⁵² SAVIGNY, F.K.V. (1815). «Recensión del libro de N. Th. Göner sobre Legislación y Jurisprudencia en nuestro tiempo». En ATARD, R. (1908, trad.). *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, p. 74

²⁵³ IHERING, R.V. (2005). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, p. 180.

resolver sus lides y ofrecer soluciones a las dificultades que indefectiblemente conlleva la vida colectiva. En otras palabras y según el mismo autor, «el Derecho representa la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado»²⁵⁴; o, lo que es lo mismo, sostiene que el Derecho cumple una función social, a modo de mecanismo con el que la sociedad pretende responder a los conflictos que se derivan por causa de la convivencia.

En definitiva, no vamos a negar que la tradición y la cultura vernácula tienen su peso específico en la elaboración del Derecho, pero tampoco vamos a dejarnos seducir por extrañas fuerzas espirituales de contenido irreal y abstracto. Liberarnos de esta noción caduca del Derecho, imbuida de nacionalismo e idealismo de corte decimonónico, nos puede ayudar a encontrar el verdadero sentido de esta disciplina que, como ya hemos expresado, consiste en ofrecer soluciones a los problemas que se nos presentan en las múltiples facetas de la realidad social. En tanto que las situaciones fácticas sean equivalentes, se pueden atisbar respuestas jurídicas parejas, aunque matizadas por la historia, circunstancias y necesidades de la sociedad concreta ante la que nos encontremos. Tomar conciencia de esta verdad última supone un importante avance a la hora de derribar las poderosas barreras psicológicas que distancian ordenamientos para permitirnos lograr su acercamiento desde su más profundo plano ontológico.

Sólo en la medida que partamos de esta premisa, la cual nos permite aproximar los distintos ordenamientos jurídicos nacionales desde su vertiente teleológica o finalista, podremos llegar a creer que la posibilidad de regular la insolvencia transfronteriza no se nos debe antojar como una entelequia. Muy por el contrario, al tratarse un problema real y estadísticamente relevante en todo cosmos económico, el régimen jurídico de los distintos ordenamientos será, desde luego, análogo en su intención y, muy probablemente, similar en su regulación sustantiva y procesal. De esta manera, el Derecho internacional privado tendrá la aptitud de tender sus puentes, evitando que únicamente sea el vacío legislativo y la incertidumbre carente de justicia lo que llene el espacio existente entre los diferentes foros, que es donde verdaderamente se halla el alma del comercio contemporáneo.

²⁵⁴ IHERING, R.V. (s.f.). *El fin en el Derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodríguez Serra, Editor, p. 274.

1.2.- Concepto de insolvencia transfronteriza y principios doctrinales planteados por el Derecho internacional privado

Una labor ineludible que debemos acometer consiste en ofrecer una definición técnica de la *insolvencia transfronteriza*. No en balde, se trata del concepto en torno al cual vamos a vertebrar de ahora en adelante nuestro análisis y, por lo tanto, es necesario que concretemos los términos en la mayor medida posible.

Lo primero que salta a la vista es que se trata de un término complejo, en el cual se une la realidad ya estudiada de la insolvencia con una nueva dificultad fáctica: la internacionalidad. En tales términos, VANZETTI afirma que nos hallaríamos ante una insolvencia transfronteriza «cuando un deudor entra en contacto con diversos ordenamientos con su propio patrimonio y, una vez [...] se abre un procedimiento concursal, se le pueden reconducir bienes patrimoniales y relaciones jurídicas localizadas en los diferentes ordenamientos con los que haya entrado en contacto»²⁵⁵. Hemos escogido este enunciado por dos. En primer lugar, nos gusta que se ponga el acento en la patrimonialidad de la causa. Ciertamente y en lenguaje coloquial, la insolvencia se predica de un deudor en concreto, si bien es mucho más preciso referirla a su esfera de derechos patrimoniales: sobre ellos trata específicamente el concurso, derivándose los ulteriores efectos hacia la persona como una consecuencia indirecta aunque necesaria²⁵⁶. En segundo término, se indica muy adecuadamente las dos fases que deben concurrir para que se suscite el problema: un momento inicial en que las actividades económicas del deudor le llevan a ponerse en contacto, del modo que sea, con ordenamientos ajenos al que le fuese propio; y un segundo periodo cuando, ya encontrándose en una tesitura concursal, deba hacer frente a las consecuencias jurídico-concursales de dichos derechos y obligaciones. Asimismo, para concretar en qué momento el deudor se hallaría en una situación de insolvencia, deberemos atenernos a la legislación concursal nacional –cuyo régimen de aplicación seguidamente vamos a concretar–.

²⁵⁵ VANZETTI, M. (2006). *L'insolvenza transnazionale: storia del problema*. Milán: Giuffrè, p. 3 y s.

²⁵⁶ Todo lo cual acaba redundando en la idea, expresada en el primer capítulo de este estudio, de que el patrimonio constituye el nexo entre la persona y su cosmos material en su vertiente económica [vid. p. 28 de la presente investigación].

En definitiva, para que un procedimiento concursal esté revestido de una naturaleza *transfronteriza*, bastaría con que sus efectos trascendiesen en más de un Estado u ordenamiento jurídico. Además, este alcance se articula tanto desde la perspectiva de la masa activa, en el supuesto de que el deudor tenga bienes o intereses en más de un Estado, como de la masa pasiva, cuando concurren al procedimiento acreedores extranjeros.

Siguiendo a los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, la disciplina del Derecho concursal internacional se funda en dos realidades: «la internacionalización de la actividad económica [y] la diversidad de legislaciones concursales en el mundo»²⁵⁷. Esto se plasma, en el ámbito estrictamente concursal, en una serie de problemas jurídicos específicos a los que no deben enfrentarse las insolvencias intrafronterizas. El hecho de que cada Estado enarbole su propia regulación, tanto sustantiva como procesal, sobre esta materia y carezcamos de una uniformidad normativa que atienda al creciente proceso de integración económica a nivel global que, *de facto*, se está dando en nuestro tiempo, conduce a dificultades de todo tipo. Podemos encontrarnos desde auténticas pugnas para determinar la competencia judicial para cada relación jurídica específica –y sin la posibilidad de recurrir a una instancia superior común que dirima la controversia– hasta un tratamiento inequitativo o dispar de los derechos y obligaciones que integran las masas activa y pasiva concursales; y eso sin contar con el aumento de costes procesales, al dirimirse las diferentes circunstancias del concurso en una multiplicidad de foros sin el debido orden, ni tampoco con la inseguridad jurídica que va a estar omnipresente a lo largo de todo el procedimiento. En última instancia esto irá en perjuicio del fin último del concurso, que no es otro que la satisfacción del acreedor tanto desde un punto de vista material –con el pago de los créditos que le son debidos– como en la no menos importante vertiente, digamos que intangible o espiritual, de la confianza o la certidumbre. Todo lo contrario al caso en que un concurso sea conocido en una única jurisdicción, regulado por unas normas conocidas de antemano por los operadores económicos y que van a desplegar sus efectos en un *iter* procesal perfectamente definido, en el que se optimizan al máximo los recursos disponibles.

²⁵⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J. (2012). *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Colex, p. 1843.

Ante las evidentes dificultades prácticas de armonizar las reglas de derecho sustantivo y procesal a escala global, es necesario que cada ordenamiento jurídico prevea un sistema concursal internacional fundado en las normas de Derecho internacional privado que crea convenientes. Volviendo a recurrir a la doctrina de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, la ausencia de una adecuada regulación en materia de insolvencia nacional acabaría provocando unas consecuencias del todo desastrosas. Un país que se hallase en ese escenario «carece de *previsibilidad legal* sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, [todo lo cual] obstaculiza el flujo internacional de capitales y desincentiva fuertemente la inversión transfronteriza, el crecimiento económico y en definitiva, el desarrollo social»²⁵⁸. En definitiva, todo Estado que organice su economía basándose en el libre mercado y quiera interactuar con el resto de la comunidad internacional debe procurarse unas normas en tal sentido.

Tradicionalmente, estas normas se han venido configurando en el marco de cada Estado concreto, ocupándose esencialmente de cuatro grandes cuestiones en torno a las cuales orbita toda regulación jurídica de la insolvencia transfronteriza: la determinación de la competencia judicial internacional, el Derecho que será aplicable en cada uno de los aspectos en que se vertebra la insolvencia, la eficacia de las decisiones dictadas por órganos judiciales extranjeros y las de otras actuaciones –siendo especialmente significativas aquellas que fueren llevadas a cabo por la administración concursal– y, en su caso, la coordinación del procedimiento en distintas jurisdicciones²⁵⁹. Desde un punto de vista teórico, la razón nos conduce a dos soluciones lógicas enfrentadas, cada cual con sus propios pros y sus contras. En la doctrina internacional-privatista esto se

²⁵⁸ *Loc. cit.*

²⁵⁹ *Ad exemplum*, en el ordenamiento español las normas de Derecho concursal internacional se recogen en el Título IX de la Ley 22/2003, *leg. cit.*, bajo la rúbrica De las Normas de Derecho Internacional Privado (arts. 199 a 230). Se articula en cuatro capítulos, relativos a: I.- cuestiones generales de competencia judicial internacional y criterios para la aplicabilidad; II.- la ley aplicable –tanto al procedimiento principal como al procedimiento territorial–; III.- el reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia; y IV.- La coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia. En el ordenamiento italiano, en cambio, no se ha desarrollado un elenco específico de normas en ese sentido. Por eso, siguiendo las consideraciones de VELLANI, deben armonizarse las reglas contenidas en la *Legge 31 maggio 1995, n. 218*, de reforma del sistema italiano de derecho internacional privado, con las específicas de su legislación concursal, «salvaguardando las características de especialidad de esta normativa» [VELLANI, C. (2006). *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*. Milán: Giuffrè: p. 359].

estructura en torno a dos grandes principios o modelos de regulación: el que parte de una concepción universal del procedimiento de insolvencia y, *a sensu contrario*, el que defiende la territorialidad del mismo²⁶⁰.

Podemos caracterizar la *tesis de la universalidad* de los procedimientos de insolvencia tomando como esquema los problemas antes mencionados a los que intenta dar respuesta el Derecho concursal internacional. Así las cosas, existiría un *procedimiento concursal único*, en el que sólo tendrían competencia los tribunales de un único Estado –específicamente en el que el deudor tenga su sede social o domicilio, según sea persona física o jurídica– para conocer del asunto y al que deberán acudir todos sus deudores para lograr la tuición de sus derechos. Luego también habría una *única ley* –*lex concursus*– que regularía dicho procedimiento, tanto desde su vertiente sustantiva como procesal, que no sería otra que la del Estado cuyos tribunales fuesen competentes. Por último, se consagraría la *efectividad de las decisiones judiciales* emitidas por el tribunal concededor del caso en todos aquellos foros donde el concurso desplegase sus efectos, tanto en la faceta del reconocimiento como de la ejecución, por el hecho de que allí se encuentren radicados bienes o derechos cuya titularidad sea ostentada por el deudor. En definitiva, se pretende dar un tratamiento igualitario tanto a la masa activa como a la masa pasiva del concurso, sin que haya discriminación por razón de la nacionalidad de las mismas, sujetándolas a un solo cauce procedimental²⁶¹.

²⁶⁰ La contraposición doctrinal viene de muy atrás en el tiempo y ha sido tratada por infinidad de autores y obras. La descripción que hemos presentado en nuestro análisis viene del estudio de las siguientes obras: DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*. Milán: Giuffrè, p. 5 y ss. – ENRIQUES, G. (1934). *Universalità e Territorialità del Fallimento nel Diritto Internazionale Privato*. Roma: Athenaeum, p. 7 y ss. – MERIGGI, L. (1934). Contributo alla dottrina del fallimento in diritto internazionale privato. Génova: Società Editrice del Nuovo Stato, p. 6 y ss. – VANZETTI, M. (2006). *Op. cit.*, p. 7 y ss. – VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 21 y ss.

²⁶¹ En términos muy similares se pronuncia MALTESE, para quien la tesis universalista parte de una premisa muy clara: su vocación intrínseca de abarcar el entero patrimonio del deudor, habida cuenta que la única manera de garantizar la *par condicio creditorum* consiste en sujetar las masas concursales a un único procedimiento. Asimismo, en cuanto a su evolución histórica, este mismo autor añade que esta tesis empieza a triunfar desde finales del siglo XIX, cuando se predica que los procedimientos de insolvencia tienen como objeto, en primer lugar y antes de nada, la capacidad económica de la propia persona insolvente. En consecuencia, «como en el derecho internacional privado la incapacidad en general (que

Todo ello se contrapone a los perfiles procedimentales que delinea la denominada *tesis de territorialidad*. Para los seguidores de esta escuela, lejos de existir un único órgano jurisdiccional competente, habrá tantos como Estados haya donde el deudor sea titular de bienes y derechos, abriéndose entonces una *pluralidad de procesos*. A esto se le añade una *pluralidad legal*, pues cada uno de aquellos procedimientos se regirá sustantiva y procesalmente por la Ley del país cuyo tribunal que conozca del caso. Además, la *eficacia de las resoluciones judiciales se verá limitada* al territorio del Estado donde se emitieron y únicamente podrán afectar a los bienes y derechos que allí se localicen. En suma, lo que se persigue es aproximar el procedimiento al foro en que se encuentran los acreedores, facilitándoles litigar para la satisfacción de sus créditos en el contexto para ellos conocido del procedimiento concursal de su propio país, especialmente de cara a lograr la finalidad solutoria del concurso²⁶².

Por último y desde un punto de vista práctico, no hace falta decir que, junto a estos dos modelos prototípicos puros y ontológicamente antagónicos, bien pueden erigirse un amplio número de construcciones eclécticas o intermedias que combinen las virtudes de una u otra tesis²⁶³.

debe determinarse a partir de la Ley nacional del sujeto) tiene eficacia universal, por lo tanto la incapacidad que se deriva de la declaración de insolvencia no puede dejar de producir efectos más allá de los confines territoriales del Estado que la haya pronunciado» [MALTESE, M. (2013). «Le forme di cooperazione internazionale nelle procedure di insolvenza transfrontaliera». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica, p. 344 y s.]. Esta opinión nos parece acertada, aunque matizable en un aspecto que ya tuvimos ocasión de mencionar: esa incapacidad de la persona se predica únicamente desde una perspectiva patrimonial y vinculada en un sentido estrictamente económico, no viéndose afectada su esfera personal o subjetiva. Por eso, más que incapacidad, debemos hablar de restricción –que no deja de ser igualmente universal– [vid. p. 133 y s. de la presente investigación].

²⁶² Según los profesores VIRGÓS y GARCIMARTÍN, el modelo territorialista se justificaría por un doble motivo que iría en esta línea: el primero, de carácter sustantivo, es que se garantiza la protección de los acreedores locales al no abrir el procedimiento a otros sujetos –los cuales, en la medida que creciesen en número, irían diluyendo la masa activa–; mientras que el segundo, de naturaleza organizativa, facilitaría en determinados casos la solución liquidatoria de determinados bienes y derechos –pues bastaría con realizar aquella parte del patrimonio que se hallase en un Estado para satisfacer a los acreedores que allí se radicasen– [VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 22 y ss.].

²⁶³ A propósito de estos modelos mixtos, VANZETTI identifica tres tipologías especialmente: primero, la que aboga por establecer un procedimiento único con eficacia universal automática, aunque permitiendo

1.3.- Valoración de los modelos

A propósito de las ventajas de cada paradigma, creemos oportuno hacernos eco de las reflexiones de los profesores VIRGÓS y GARCIMARTÍN sobre las aptitudes de cada uno de ellos desde el prisma de su idoneidad político-legislativa.

Comenzando por la *opción territorialista*, la justificación de su puesta en práctica se sustenta en un doble motivo. Uno es de carácter sustantivo, garantizándose la protección de los *acreedores locales no sofisticados* –a quienes se les aproxima material y jurídicamente el procedimiento de insolvencia, disminuyéndose así la incertidumbre que toda contratación trae aparejada– e impidiéndose que los *movimientos estratégicos* del deudor, quien podría cambiar de domicilio en búsqueda de una posición jurídica más favorable, puedan perjudicar el concurso. El segundo, en cambio, es de naturaleza organizativa y facilitaría en determinados casos la solución liquidatoria de determinados bienes y derechos, pues bastaría con realizar aquella parte del patrimonio que se hallase en un Estado para satisfacer a los acreedores que allí se radicasen. No obstante, todo ello se lograría a costa de incurrir en graves ineficiencias, tales como la dificultad en la localización de activos, el peligro de que sean desplazados a otro foro para proceder a su ejecución en perjuicio de la generalidad de acreedores, el encarecimiento de los costes concursales –pues, no sin razón, se multiplicarían los procedimientos para atender una misma causa– y, en la medida que se facilita la liquidación, se acaban complicando los procedimientos orientados hacia el saneamiento de activos²⁶⁴.

la apertura de procedimientos territoriales autónomos –de naturaleza secundaria o con una función auxiliar–; segundo, el que prevé que las actuaciones de un procedimiento puedan producir efectos en otros foros, pero sólo tras el conveniente reconocimiento del foro *ad quem* y limitado a los bienes que el deudor tenga en este Estado, aplicando a la parte del patrimonio la legislación del foro en que se halle ; y tercero, la apertura de un procedimiento auxiliar o paralelo sin masa autónoma [*vid.* VANZETTI, M. (2006). *Op. cit.*, p. 13 y ss].

De todos estos modelos híbridos nos centraremos más adelante en la descripción del primero, pues fue el escogido por el legislador europeo para configurar el sistema de insolvencia transfronteriza en la Unión.

²⁶⁴ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 22 y ss.

El modelo universal, en cambio, proporcionaría una serie de ventajas que los autores definen como *simétricas*²⁶⁵. Con esta operativa se garantizan diversos bienes jurídicos para nada despreciables: la previsibilidad del régimen normativo, que los movimientos de bienes no afecten al normal desarrollo del concurso y la reducción de los costes de tramitación –además de reducir la incertidumbre y las prácticas oportunistas–. Sin embargo, su correcta implementación requiere de un correcto y leal funcionamiento de los órganos jurisdiccionales que tutelan el mercado o, en palabras de los propios VIRGÓS y GARCIMARTÍN, se «exige una actitud sincera de cooperación interestatal»²⁶⁶. Además, otro problema que nos encontramos consiste en el riesgo del *forum shopping*: si no se manda ninguna precaución al respecto, bastaría con que el deudor trasladase su domicilio de un Estado a otro –sin hacer ningún desplazamiento patrimonial– para eludir la aplicación de un determinado ordenamiento concursal. Recordando que la responsabilidad en sede concursal está directamente conectada con la obligación jurídica originalmente establecida, entendemos que no se puede dejar al arbitrio del deudor el cambio de un régimen que debiera ser imperativo. Tal orden de cosas sería completamente contradictorio con los cánones de seguridad jurídica que deben regir en el mercado.

Siguiendo el criterio valorativo del principio de universalidad que debe regir en los procedimientos de insolvencia y de tener que optar por alguna de las dos tesis antes descritas, decididamente deberemos decantarnos, valga la redundancia, por la hipótesis universalista²⁶⁷. Ahora bien y a modo de precaución, en ningún caso debemos confundir ambas realidades. El principio de universalidad constituye un elemento axiomático del procedimiento de insolvencia, de naturaleza sustantiva y procesal, que determina el tratamiento omnicompreensivo del patrimonio del deudor insolvente para lograr las finalidades del concurso. La tesis universalista, en cambio, inspira un método a las normas de Derecho internacional privado en los procedimientos de insolvencia transfronterizos: abrir un único procedimiento de insolvencia, sometiendo el activo y el

²⁶⁵ En ese sentido interpretamos que son aplicables por igual a todas las partes interesadas en el concurso pues, en contraste con el modelo territorialista, no se pretende el beneficio exclusivo y excluyente los acreedores nacionales de un foro determinado.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 25.

²⁶⁷ Compartimos la opinión de WESSELS a propósito de la idoneidad de este modelo, quien considera que «el universalismo es el futuro de la insolvencia internacional, y el futuro puede llegar antes de lo que nos imaginamos» [WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 70].

pasivo del deudor común a un solo régimen de control judicial y normativo. Naturalmente, con ello se da a luz a una tipología procedimental más parecida a la que rige en los concursos nacionales, sin fragmentar las masas concursales según su ubicación y dando la mejor solución posible a los intereses colectivos del concurso²⁶⁸.

En síntesis, el modelo universal constituye el epítome del principio de universalidad en el plano internacional. Eso sí, ello no es óbice para que incurramos en un radicalismo universalista y perdamos de vista el aspecto útil que, en todo caso, ha de revestir a los procedimientos de ejecución colectiva. Por eso el universalismo puede y debe ser convenientemente matizado por elementos de corte territorialista, cuando y en la medida que así lo requiera la seguridad jurídica.

²⁶⁸ En términos inequívocamente iguales, QUEIROLO considera que «la legislación relativa a la insolvencia tiene una vocación intrínsecamente universal, en el sentido que privilegian una resolución colectiva de la crisis de empresa [...]. La circunstancia de que la actividad de la empresa se haya conducido en una pluralidad de países [...] no puede sino derivar hacia un encuentro entre las instancias universalistas de las distintas normativas nacionales» [QUEIROLO, I. (2007). *Op. cit.*, p. 4 y s.].

2.- Modelos de regulación armónica de la insolvencia transfronteriza

De todo lo anteriormente expuesto, lo que nos interesa destacar en este momento es la potencial disparidad que, al menos a nivel teórico, puede presentar la ordenación de las normas de Derecho concursal internacional; todo lo cual luego se puede concretar, en el terreno de la práctica legislativa, en sistemas por completo divergentes. Tal panorama supone un nuevo reto para la disciplina aquí tratada y lleva a preguntarnos por qué medios se puede lograr armonizar, ya sea en un ámbito local o universal, las disposiciones nacionales para evitar discrepancias insalvables entre ellas.

En este epígrafe vamos a referirnos a distintos medios con los que se alcanzaría el objetivo de atemperar la soberanía nacional en la faceta de las normas de Derecho internacional privado. Obviamente, no vamos a evacuar un análisis pormenorizado de todas las vías de conjugación entre ordenamientos, sino que únicamente nos centraremos en dos exponentes que consideramos paradigmáticos: la regulación por la vía del tratado internacional y la Ley Modelo de UNCITRAL sobre insolvencia transfronteriza.

2.1.- Un primer antecedente: tratados internacionales, bilaterales y multilaterales, de ámbito geográfico

El primer instrumento con el que se puede regular la insolvencia en el plano transfronterizo es recurriendo a la fórmula clásica del tratado internacional, pues es el medio por excelencia con el que un Estado expresa la voluntad de conducirse en un determinado sentido²⁶⁹. La especial trascendencia del tratado en el sistema de fuentes del Derecho internacional público queda fuera de toda duda. Siguiendo las reflexiones de DÍEZ DE VELASCO, esto se debe a la inexistencia de un poder legislativo institucionalizado competente para la comunidad internacional en todo su conjunto y a la prevalencia del principio de la soberanía nacional, todo lo cual acaba consagrando la autonomía de la voluntad del Estado como un eje central de las relaciones

²⁶⁹ A propósito de este modelo de regulación, *vid.* WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 71 y ss.

internacionales y, en definitiva, ha acabado confiriendo una importancia primordial a esta figura²⁷⁰.

Si buscamos una definición técnica de tratado internacional, necesariamente debemos recurrir al artículo 2.1.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. En él dice que «se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional [público], ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular»²⁷¹. Siguiendo a ROUSSEAU, la materia objeto de acuerdo determinaría dos categorías de tratados: por un lado, los *tratados-contrato* –cuando la intencionalidad consistiese en la realización de una operación jurídica– y, por el otro, los *tratados-leyes* –cuando se quisiese configurar una regla de Derecho–²⁷². Además, según cuál sea el número de partes que los suscribiesen, diferenciaríamos otros dos tipologías: *bilaterales*, cuando despliegan sus efectos solamente en dos Estados, o *multilaterales*, cuando implicasen a más de dos países. Por otra parte, este enunciado también nos obliga a puntualizar qué debemos entender por *Derecho internacional público*. Volviéndonos a fundamentar en la doctrina de DÍEZ DE VELASCO, aludimos a aquella disciplina del Derecho que siempre «ha pretendido regular las relaciones de la Sociedad Internacional en cuanto grupo social en cada etapa histórica»²⁷³; añadiendo a continuación la interesantísima idea de que, precisamente por esa importancia del componente político-social en cada momento histórico determinado, el Derecho Internacional público «no puede entenderse al margen de los valores y del interés o intereses vigentes o de aquellos emergentes en dicho grupo en cada una de esas etapas»²⁷⁴.

Todo lo anterior se plasma perfectamente en el terreno de la insolvencia transfronteriza. Parece obvio que nuestra atención va a recaer sobre *tratados-ley*, pues en ellos se pretende la regulación de una determinada materia, si bien el acuerdo se podrá plasmar

²⁷⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18ª ed.). Madrid: Tecnos, p. 161.

²⁷¹ *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969*, art. 2.1.a.

²⁷² ROUSSEAU, C. (1953). *Droit international public*. París: Recueil Sirey, p. 19.

²⁷³ DÍEZ DE VELASCO, M. (2013), *Op. Cit.*, p. 87.

²⁷⁴ *Loc. Cit.*

en un instrumento *bilateral*²⁷⁵ o *multilateral*²⁷⁶. Eso sí, lo verdaderamente relevante tiene conexión con una valoración histórica. De este modo identificamos una primera etapa, cuando los intercambios económicos entre Estados concretos eran los suficientemente relevantes –lo cual generalmente se derivaba de su cercanía geográfica–

²⁷⁵ A título meramente ejemplificativo, podríamos hacer mención a una serie de convenciones bilaterales que han girado en torno a la insolvencia transfronteriza. Así, siguiendo al profesor WOOD, ya en una fecha tan temprana como 1204 se firmó un tratado entre Verona y Trento por el que se regulaba la transferencia de activos del deudor insolvente y, apenas un siglo después, en 1306, Venecia y Verona llegan a un acuerdo en virtud del cual se extraditaba al deudor insolvente que se hubiese dado a la *fuga* [WOOD, P.R. (2007). *The Law and Practice of International Finance Series – Principles of International Insolvency*, vol. 1. Londres: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, p. 29]. A lo largo del tiempo, especialmente en la era contemporánea, siguió regulándose esta problemática por medio de este instrumento. Sin ir más lejos, en el artículo 85.1 del Reglamento 2015/848 se relaciona la nada despreciable cifra de 26 convenios que serían sustituidos por este texto con aspectos concursualmente relevantes [vid. *Reglamento (UE) 2015/848, leg. cit.*, art. 85.1]. Por cierto, cabe destacar como circunstancia común a muchos de esos tratados el hecho de que fueron suscritos por países que, además de formar parte del continente europeo, compartían frontera terrestre, lo cual nos permite hacernos una idea de qué modelo de comercio internacional se estilaba en aquellos momentos.

²⁷⁶ Ilustran esta categoría, como primeros exponentes y en base a la relación elaborada por WOOD, los tratados suscritos por diversos cantones suizos y el Reino de Wurtemberg (1826), el Reino de Baviera (1834) y el Reino de Sajonia (1837) [WOOD *Op. Cit.*, p. 291]. Todavía en el siglo XIX, son destacables el Congreso de Anversa de 1877 y el Congreso de Turín de 1880: ambos versaron sobre el tratamiento específico de la quiebra, pretendiéndose el desarrollo del principio de universalidad en este último [en ese sentido, vid. VANZETTI, M. (2006). *Op. cit.*, p. 17]. Ya en el siglo XX hay que destacar de *la Convención Nórdica de 1933* –que desplegaba sus efectos en Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia–, el Acuerdo entre Letonia, Estonia y Lituania sobre asistencia judicial y relaciones jurídicas de 1992 y, aunque ya nos referiremos a ellos con más amplitud posteriormente, el *Convenio de Estambul de 1990* y el *Convenio de Bruselas de 1995*.

Por otro lado, situándonos en la región de Latinoamérica, hemos de hablar de los tratados de Montevideo de 1899 y de La Habana de 1928, por el que se adopta por diversos países el denominado *Código de Derecho Internacional Privado* o *Código Bustamante*. Estas dos últimas reglamentaciones propugnaban igualmente la tesis universalista, como queda perfectamente claro en el artículo 414 del último texto, cuando dice que «si el deudor concordatario concursado o quebrado no tiene más que un domicilio civil o mercantil, no puede haber más que un juicio de procedimientos preventivos de concurso o quiebra, o una suspensión de pagos o quita y espera, para todos sus bienes y todas sus obligaciones en los Estados contratantes» [*Convención de la Habana de 13 de febrero de 1928, por la que se aprueba el Código de Derecho Internacional Privado*. Universidad Rey Juan Carlos (URJC), <http://www.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/coop_judicial/documentos/cj_civil/CJ-CIV-A-I-02.pdf>, consulta el 1 de septiembre de 2013].

pero la sociedad internacional todavía no estaba inmersa en la actual situación de globalización. Es en ese contexto cuando la conclusión de tratados internacionales se revelaba como una solución oportuna y operativa para resolver las diferentes problemáticas y conflictos de índole concursal que pudiesen presentarse.

Sin embargo, en la medida que se profundiza en el proceso de internacionalización de la actividad económica, la vía convencional acaba resultando insuficiente. Para precisar el contenido de estas ideas de globalización y comprender sus causas, nos parece interesante transcribir los pensamientos de los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, quienes se expresan de manera meridianamente clara y concisa. Para estos autores la internacionalización de la vida económica «es un hecho provocado por la desaparición progresiva de las barreras de Derecho Público a la circulación internacional de los factores productivos, y por la creación de “espacios comerciales supranacionales”, como la OMC, UE, NAFTA, Mercosur, etc.»²⁷⁷. El efecto inmediato de esta opción de política fronteriza ha sido el incremento de la actividad económica internacional, lo que se expresa en un doble sentido: «Primero: las empresas y los particulares despliegan sus actividades económicas en multitud de países [...]. Segundo: los operadores económicos llegan, incluso, a instalarse de manera permanente o transitoria en otros países, mediante la creación de filiales, sucursales, agencias, oficinas, etc.»²⁷⁸

En eso ha venido consistiendo la tendencia seguida en el comercio a escala universal tras la finalización de la II Guerra Mundial: la progresiva desaparición de barreras de carácter administrativo y fiscal, que fue derruyendo los cercados de los feudos económicos en que se podían constituir los Estados. La permeabilidad del comercio en estos momentos es total y, ante tal perspectiva, resulta inimaginable mantener una política económica de corte autárquico que haga oídos sordos a esta realidad en la que impera la deslocalización productiva y funcional. De ahí que, en muchas ocasiones, resulte imposible limitar los efectos de una insolvencia a un ordenamiento concreto, o a un pequeño número de ellos más o menos localizados en un espacio geográfico concreto.

²⁷⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J. (2012). *Op. cit.*, p. 1846.

²⁷⁸ *Loc. cit.*

Las dificultades las encontramos en la vertiente jurídica, ya que crisis globales requieren de herramientas del mismo alcance para abordarlas. *Prima facie* podría especularse recurrir a la figura del tratado internacional de índole multilateral y llevarlo hasta el extremo en su formulación teórica, creando una convención de alcance universal para consagrar la aplicabilidad transnacional de las resoluciones en materia de insolvencia y determinar la competencia judicial y la ley aplicable en cada uno de los aspectos del concurso. Ahora bien, llevar a la práctica esa declaración de buenas intenciones es poco menos que imposible. Cualquier Estado sería muy reacio a obligarse internacionalmente –y más en un aspecto tan sensible a nivel económico como la insolvencia– de forma indiscriminada con una universalidad de países de idiosincrasia tan heterogénea y diversa a todos los niveles para, en no pocas ocasiones, desproteger a sus propios nacionales. Negociar un tratado multilateral clásico de tales características obligaría a conjugar tal cantidad de tradiciones jurídicas dispares, intereses económicos enfrentados e, incluso, diferencias culturales abismales que, muy probablemente, harían que todo esfuerzo fuese inútil.

En el mejor de los casos, en la ratificación del hipotético tratado universal sobre insolvencia transfronteriza se formularían una gran cantidad de reservas²⁷⁹. Recordemos que en Derecho internacional existe esta figura con la finalidad teleológica de facilitar la incorporación de Estados en convenios multilaterales al no tener que someterse a todo su clausulado, lo cual se volvería en contra del espíritu del concurso: se acabaría desfigurando el buen fin del acuerdo si se permitiere que cada ordenamiento pudiera mantener su peculiar orientación internacional-privatista en algún que otro aspecto de la materia concursal, al ser ésta tan compleja e interdependiente en su conjunto.

Por ello, en definitiva, hemos de buscar una solución alternativa para lograr el tratamiento homogéneo de la insolvencia transfronteriza a escala general que eluda la mencionada vía convencional, al menos en su formulación más precisa.

²⁷⁹ La institución de Derecho internacional de la *reserva* aparece regulada en la *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*, definiéndose como «una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado» [*Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, leg. cit.*, art. 2.1.d].

2.2.- Ley modelo de UNCITRAL sobre la insolvencia transfronteriza

Ante las dificultades de proponer un texto vinculante para toda la comunidad internacional en materia de armonización de reglas de Derecho internacional privado en el ámbito concursal, inferimos que debemos buscar una fórmula intermedia entre dos soluciones de suyo antagónicas: la vía convencional y la autorregulación interna. Desarrollando un poco esta idea, observamos que cada paradigma sigue su propia lógica interna: por un lado, a través de un tratado, se alcanza el objetivo ideal para el comercio internacional de conseguir un tratamiento armonizado de la insolvencia transfronteriza, mientras que las disposiciones que elabora un país en el marco de su independencia normativa encajan perfectamente con el principio axiomático de la soberanía nacional.

Consciente de esta ambivalencia, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [en adelante UNCITRAL]²⁸⁰ buscó una solución que satisficiera ambas esferas de pretensiones y acometió una verdadera cuadratura del círculo. No se albergaba ninguna duda de que abordar la regulación de la insolvencia transfronteriza a escala universal se hizo, a partir de la década de 1990, una tarea tan impostergable como exigida por el creciente proceso de integración económica, pues éste último también sirve de caja de resonancia para todo tipo de situaciones de crisis.

Esta necesidad de normalización del concurso transfronterizo, a la que ya aludimos en un punto anterior de nuestro análisis, unida a las dificultades a ella aparejadas, aparece perfectamente argumentada a los efectos que ahora nos interesan en la *Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza* elaborada por la propia UNCITRAL. En ella se identifican y sintetizan muchos de los problemas a los que ya nos hemos referido, estructurándolos en dos grandes grupos de casos. En primer término, se halla el escenario en que se incurre en una *ausencia de previsiones legales* que contemplen la faceta internacional de la insolvencia, lo cual entorpece la rehabilitación de empresas en crisis, pone en entredicho la administración equitativa y eficaz del procedimiento, impide la adecuada protección y optimización de los activos del deudor y, finalmente, disminuye la seguridad jurídica en la contratación internacional dada la imprevisibilidad del régimen procesal que acabaría resultando. En

²⁸⁰ Del inglés *United Nations Commission on International Trade Law*. Aunque en ocasiones, para respetar la alusión hecha a esta comisión en determinadas citas bibliográficas a pie de página, también nos referiremos a ella por sus siglas en español de CNUDMI.

segundo lugar, se refiere a las circunstancias en que ocurrirían *diferencias o conflictos entre las normas nacionales* de derecho internacional privado que, en palabras del propio documento, «han creado obstáculos innecesarios para el logro de los objetivos económicos y sociales básicos de los procedimientos de insolvencia»²⁸¹, constatando que las deficiencias en la transparencia –especialmente referidas a reconocimiento de créditos y su prelación, el tratamiento de los acreedores extranjeros y a la Ley aplicable a estas cuestiones– tiene efectos mucho más acusados cuando se le añade una dimensión internacional. Asimismo, se lamenta de la falta de esfuerzos de la legislación interna para reformar sus ordenamientos, del mismo modo que echa en falta la confección de tratados multilaterales con efecto a nivel mundial –limitándose la negociación a diversos tratados regionales, los cuales «solo suelen ser posibles (y adecuados) para países de una región concreta cuyos regímenes de la insolvencia y cuyas legislaciones comerciales generales sean similares»²⁸².

No hace falta decir que la Organización de las Naciones Unidas [en adelante ONU] es, presumiblemente, una de las instituciones mejor posicionadas para asumir este reto, aunque no debemos equivocarnos a la hora de perfilar sus funciones. Por más que en su Asamblea General se encuentren representados la mayor parte de los Estados de la Tierra, la ONU no es sinónimo de comunidad internacional ni tampoco nació con la vocación de erigirse como su supremo órgano legislativo²⁸³. Por el contrario, como su nombre indica, se trata de una organización de Derecho internacional –y, por consiguiente, dotada de personalidad jurídica en tal sentido– de aspiración universal y que tiene como objetivos los consagrados en el artículo 1 de su Carta: el mantenimiento de la paz, el fomento de las relaciones de amistad y «realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario [...; sirviendo] de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes»²⁸⁴. En otras palabras, es un foro de

²⁸¹ UNCITRAL (2009). «Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza». Nueva York: Naciones Unidas, p. 9. Recurso en línea, disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_spanish.pdf> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

²⁸² *Ibid.*, p. 10

²⁸³ En iguales términos, *vid.* GALGANO, F. y MARRELLA, F. (2010). *Diritto e prassi del commercio internazionale*. Padua: CEDAM, p. 63.

²⁸⁴ *Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.*

discusión y cooperación constituido para dulcificar las relaciones internacionales con base en el «principio de igualdad soberana de todos sus Miembros»²⁸⁵, no pudiéndose autorizar a las Naciones Unidas en ninguna disposición de su Carta «a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados»²⁸⁶.

No hay, en definitiva, una cesión de las potestades que les son propias al *ius imperium* de cada país y el Derecho que se deriva de la ONU no les obliga de forma inmediata –a menos, claro está, que lleven a cabo actos concluyentes en tal sentido–. Por ello nos sentimos en disposición de afirmar que gran parte del poder de esta organización internacional no reside en una *potestas* en sentido estricto, sino que emana de una *auctoritas* nacida de un prestigio internacional. Esta faceta es bien conocida en la órbita de los Derechos humanos y de los pueblos, donde la ONU ha dado sustantividad jurídica a numerosas normas de *ius cogens*²⁸⁷. Ahora bien, eso queda excesivamente alejado del campo del Derecho mercantil internacional y de los contratiempos que pueden surgir en las relaciones intersubjetivas de naturaleza privada. Más bien tienen el carácter de *recomendaciones*, aunque ello no les sustrae su cardinal importancia en la configuración del comercio internacional contemporáneo. En conclusión, es de esta manera como hemos de interpretar la normativa emanada de UNCITRAL, que articula su actuación mediante la emisión de *leyes modelo*, en virtud de las cuales se invita a los países miembros a que adapten su legislación interna en un determinado sentido, todo lo cual no deja de ser una forma de lograr el fin armonizador perseguido con la elaboración de tratados internacionales pero de un modo mucho más flexible y factible²⁸⁸.

²⁸⁵ *Ibid.*, artículo 2.1.

²⁸⁶ *Ibid.*, artículo 2.7.

²⁸⁷ En palabras de la Enciclopedia Británica, «*las normas de ius cogens (del latín "leyes de obligatorio cumplimiento") son reglas perentorias de las que los Estados no pueden apartarse, poseyendo un rango más alto que el ius dispositivum (del latín "leyes sujetas a lo que dispongan las partes") o las normas generales de Derecho internacional, y sólo pueden ser alteradas por normas posteriores de la misma jerarquía*» [SHAW, M. (2014), «International Law, hierarchies of sources and norms». En Enciclopedia Britannica, Recurso en línea, disponible en:

<<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233503/Hierarchies-of-sources-and-norms?anchor=ref129015>>, última consulta: 1 de septiembre de 2013].

²⁸⁸ Junto a la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza, a la que seguidamente dedicaremos nuestra atención, UNCITRAL ha intentado regular armónicamente otras materias relevantes para el Derecho

Un exponente arquetípico de esta metodología de ordenar el Derecho es, precisamente, la Ley modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997²⁸⁹. Según sus propias palabras, su finalidad radica en, «establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza»²⁹⁰, con lo cual se lograría la consecución de cinco grandes objetivos: la cooperación internacional entre tribunales y demás autoridades competentes, la seguridad jurídica en el comercio y las inversiones, la administración equitativa y eficiente del procedimiento en defensa de los intereses colectivos del concurso, la protección y optimización de activos y, por último, facilitar la reorganización de empresas en crisis –en interés de la función solutoria y, en paralelo, de la conservación de los puestos de trabajo que se vieses afectados–. Entrando a analizar su contenido, del cual nos centraremos en sus aspectos más importantes, ésta se desarrolla en 32 artículos organizados en cinco capítulos, relativos a: I.- Disposiciones generales, II.- Acceso de representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado, III.- Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables, IV.- Cooperación con los Tribunales y representantes extranjero, y V.- Procedimientos paralelos.

En el *Capítulo I* se establece como ámbito de aplicación aquellos supuestos en que opere la mutua asistencia entre los Estados que hubiesen abierto procedimientos de naturaleza concursal –sea de forma alternativa o simultánea– o cuando acreedores u otros interesados extranjeros accedan a los mismos o los incoen (artículo 1) y se formulan una serie de definiciones para concretar el sentido de algunos términos (artículo 2). Asimismo, también se determina de manera expresa la prevalencia de las

mercantil internacional por medio de esta técnica legislativa. A modo meramente enunciativo, nos referimos al arbitraje y conciliación comercial internacionales (con sus respectivas leyes modelo de 1985 y 2002), transferencias internacionales de crédito (1992), comercio electrónico y firma electrónica (de 1996 y 2002, respectivamente) y contratación pública (cuyo último texto aprobado data de 2011). Esta relación de leyes modelo, junto con el resto de documentos elaborados por el mismo órgano, son accesibles desde su sitio web en: CNUDMI. Textos de la CNUDMI y su situación. Recurso en línea, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

²⁸⁹ UNCITRAL (1997). «Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno». Recurso en línea, disponible en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>>, (última consulta: 5 de octubre de 2015).

²⁹⁰ *Ibid.*, preámbulo.

disposiciones contenidas en un tratado u otra forma de acuerdo internacional suscrito por el Estado por encima de lo que dimanase de la legislación interna (artículo 3), la posibilidad de oponer la excepción de orden público a cualquier medida contraria a este principio (artículo) y la observación de la buena fe internacional para promover la uniformidad procedimental (artículo 8).

Por su parte, el *Capítulo II* consagra la facultad de cualquier agente extranjero, sea representante²⁹¹ o acreedor, a acceder al procedimiento de insolvencia abierto en ante los tribunales de dicho país con independencia de su nacionalidad. Este acceso será directo, pudiéndose comparecer directamente ante los tribunales de dicho país (artículo 9), ya sea para solicitar la declaración de concurso (artículo 11) o para participar en uno ya abierto (artículos 12 y 13). Además, para que no se desvirtúe este derecho, los mencionados agentes extranjeros deberán recibir individualizadamente las oportunas notificaciones por medio de una vía ágil (artículo 14).

En cuanto al *Capítulo III*, se establece un régimen de reconocimiento del procedimiento extranjero fundamentado en su solicitud por parte del representante del mismo (artículo 16). A partir del momento en que éste se resuelva se dimanarán una serie de obligaciones (como deber de información, *ex* artículo 18) y de medidas a tomar por parte del tribunal en aras a garantizar la conservación de la masa activa concursal (artículos 19 a 21).

El *Capítulo IV*, a continuación, redundará en el deber de cooperación que debe existir tanto entre tribunales de distintos Estados (artículo 25) como entre los tribunales y el órgano de administración concursal extranjero (artículo 26), debiéndose cimentar el mismo en la regla de la comunicación directa –entendida como la exigencia de intermediación de otros agentes, nacionales o extranjeros, con la finalidad de reducir en la mayor medida posible los costes del proceso– y estableciéndose a modo ejemplificativo unas concretas formas de colaboración (artículo 27).

Por último, el *Capítulo V* ilustra el régimen de apertura y coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia (artículos 28 a 30). Para ello se diferenciará

²⁹¹ Por representante extranjero, según se define el artículo 2.d de la Ley aquí analizada, «se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero» [*Ibíd*].

entre el denominado «procedimiento principal», para el que tendrán competencia los tribunales del Estado en que el deudor tenga radicado el «centro de sus principales intereses»²⁹², y los «procedimientos extranjeros no principales», que se sustanciarán en aquellos foros donde el deudor disponga de un «establecimiento»²⁹³. Es así como, para dar coherencia al sistema, se configura una presunción de insolvencia una vez reconocido el procedimiento extranjero principal (artículo 31) y se establece una regla de pago para procedimientos paralelos en virtud de la cual el acreedor que haya percibido un pago en un procedimiento secundario no podrá lograrlo en el principal cuando el resto de acreedores de la misma categoría hayan obtenido un pago proporcionalmente inferior al conseguido por éste (artículo 32).

En este punto es oportuno referirse al denominado modelo *mixto* o de *universalidad moderada* para la regulación de la insolvencia transfronteriza, intermedio entre las antes citadas tesis o concepciones *universalista* y *territorialista*. Este caso sería un claro exponente: a pesar de que se abra un procedimiento de vocación omnicompreensiva sobre el patrimonio del deudor, al que pueden acudir en pie de igualdad acreedores tanto nacionales como extranjeros del Estado en cuyos tribunales se conozca del asunto, es posible plantear otros procedimientos en aquellos países en los que el deudor posea ciertas categorías de bienes –estructurados bajo la forma de un establecimiento secundario o sucursal de las actividades económicas por el desempeñadas– que sólo se limitarán a la cognición de estos últimos. Dichos procedimientos reciben el nombre de «secundarios» o «subordinados» por el hecho de depender en determinada forma de un procedimiento principal, como puede ser la prevalencia de las decisiones tomadas por el administrador concursal o el tribunal principal. No cabe duda que este régimen de sumisión es el que se articula en los artículos 28 a 30 de la Ley Modelo, haciendo depender las medidas otorgadas en el procedimiento secundario a la concreta casuística y necesidades del procedimiento principal.

La Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza recibió el pleno respaldo de la Asamblea General de la ONU por medio de la Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, en su 72ª sesión plenaria. De ella cabe destacar su punto 3, donde se aconseja a

²⁹² *Ibíd.*, artículo 2.d.

²⁹³ Por establecimiento se deberá entender la concreción dada por el artículo 2.f de la Ley aquí tratada, entendiéndosele como «*todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios*» [*Ibíd.*].

los Estados miembro que revisen «su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, considera con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rijan los casos de insolvencia transfronteriza²⁹⁴.

Verdaderamente parece haberse cumplido el deseo contenido en esta cláusula, pues la *Ley Modelo* ha tenido una honda penetración en múltiples ordenamientos jurídicos de todo el mundo e, incluso, ha dejado su impronta en otros rangos normativos de carácter internacional²⁹⁵. Por todo ello, a modo de síntesis, podemos afirmar que el texto que

²⁹⁴ *Ibíd.*, Anexo.

²⁹⁵ Por citar el caso español no es difícil observar muchas reminiscencias de la Ley Modelo de UNCITRAL en el Título IX de la Ley concursal hispana, aunque la estructura de las disposiciones y capítulos sean diferentes en una y otra norma. Así el artículo 3 de la Ley Modelo, relativo a la prevalencia de las disposiciones contenidas en un acuerdo convencional, encuentra reflejo en el artículo 199 de la Ley concursal (en el que, por cierto, además se remite expresamente al antiguo Reglamento europeo sobre procedimientos de insolvencia; así como a otras normas europeas o internacionales de relevancia concursal) y la definición de «representante extranjero» es idéntica en ambas regulaciones, tal como se deduce de la lectura de los artículos 2.d de la Ley Modelo y 211.1 de la Ley Concursal. Del mismo modo, la facultad del acceso directo al procedimiento y el deber de comunicación en torno a la cual orbita el Capítulo II vierte su contenido a lo largo de diferentes preceptos, tales como los artículos 212 (legitimación en un concurso territorial), 214 (información de los acreedores en el extranjero) y 217 (comunicación de créditos); sucediendo otro tanto con el Capítulo III, sobre el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia (encontrándose en el capítulo con idéntico número en el Título IX de la Ley Concursal, artículos 220 a 226, entroncándose en el ordenamiento español en torno al procedimiento específico del exequátur), el Capítulo IV, que versa sobre la cooperación con tribunales y representantes extranjeros (encarnado principalmente en el artículo 227 de la Ley Concursal) y el Capítulo V, sobre los procedimientos paralelos (con igual presunción de insolvencia una vez reconocido el procedimiento extranjero principal, contenido en los artículos 31 de la Ley Modelo y 211 de la Ley Concursal, y con la misma regla de pago para procedimientos paralelos, expresada en los artículos 32 de la Ley Modelo y 229 en la legislación concursal española [*cfr.* Ley 22/2003, *leg. cit.*, arts. 199 y ss.]. Ahora bien, cabe comentar que la legislación que se ha dejado impregnar más en el ámbito de la insolvencia internacional por la Ley Modelo de UNCITRAL ha sido la estadounidense. Basta leer el Capítulo 15 de su Código de Quiebras para percatarse de que es prácticamente un calco de la regulación recomendada por la ONU, tanto en su estructura como en el contenido concreto de sus preceptos [*cfr.* *U.S Code, Title 11 – Bankruptcy, Chapter 15*, arts. 1501 y ss.].

Por otro lado, en la vertiente de los textos de origen internacional, también evidenciamos clarísimos paralelismos entre la Ley Modelo de UNCITRAL y los reglamentos europeos sobre procedimientos de

acabamos de analizar es la composición normativa de mayor trascendencia y éxito que ha pretendido ofrecer una regulación sistemática al fenómeno de la insolvencia transfronteriza²⁹⁶, siendo al mismo tiempo el eje central de una extensa y fecunda producción doctrinal en el mismo sentido²⁹⁷.

insolvencia. Ahora bien, por el momento preferimos no adelantar acontecimientos, pues en pocas páginas tendremos ocasión de observar cómo se despliega esta regulación.

²⁹⁶ No podemos dejar de citar los antecedentes a la Ley Modelo de UNCITRAL que no lograron el amplio reconocimiento internacional de ésta, pero que aportaron importantes ideas sobre las que luego se sustentó su proyecto. De esta manera, en 1989 se aprueba por el Consejo de la Asociación Internacional de Abogados, que no dejaba de ser una organización no gubernamental, la Ley Modelo sobre Cooperación Internacional en materia de Insolvencia o MIICA (del inglés *Model International Insolvency Cooperation Act*). Con ella se materializaba un primer intento de *ley modelo*, cuyos caracteres ya hemos tratado anteriormente, para lograr la armonización de la insolvencia transfronteriza sugiriendo la adopción de sus principios a las legislaciones nacionales. Ahora bien, al final no tuvo la resonancia que se esperaba en un primer momento. Tal vez en parte por eso, en los primeros años de la década de 1990 y auspiciado por el mismo comité que elaboró la MIICA, se elaboró el *Cross-Border Insolvency Concordat*, en la que nuevamente se proponen directrices para ayudar a los operadores económicos a abordar el problema del concurso con elementos transnacionales. En este caso tuvo relativo éxito en Canadá y Estados Unidos, al ser aplicado por jueces que habían colaborado en su concreción, y sirvió de modelo a este último para concluir tratados internacionales con otras naciones (como puede ser Inglaterra, Suiza o Israel). En ese sentido, *vid.*

²⁹⁷ Hasta las críticas son benevolentes con este modelo de regulación. Una de ellas la encontramos, por ejemplo, afirma que una consecuencia ineludible de la aproximación legislativa global pretendida por la Ley modelo es la de sólo poder enunciar provisiones parciales y abstractas. Si bien, a continuación reconoce que «en cualquier caso se trata de un gran paso hacia adelante en el desarrollo de la legislación en insolvencia internacional» [WESTBROOK, J.L., BOOTH, C.D., PAULUS, C.G. y RAJAK, H. (2010). *Op. cit.*, p. 250 y s.].

3.- Unión Europea, mercado único e insolvencia

3.1.- Antecedentes y contexto normativo

Como cuestión previa, a fin de comprender la naturaleza jurídica, las características fundamentales y la finalidad teleológica de las normas que han girado en torno a la insolvencia en el contexto del Derecho europeo, hemos de detenernos por un instante en considerar algunas nociones preliminares sobre este nivel de regulación. Para ello, hemos de referirnos a una realidad dinámica y en constante evolución: la construcción europea. Ésta se fundamenta en una serie de tratados internacionales, los cuales contienen una serie de principios que aspiran a la progresiva integración de los Estados que conforman la georregión de Europa a un nivel no solamente económico, sino también político. A tal fin se ha ido creando un mercado supranacional, que ha abarcado áreas de actuación cada vez más extensas²⁹⁸.

Precisamente en ese sentido se pronuncia la *Declaración de Robert Schuman, de 9 de mayo de 1950*. En ella se afirma que «Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho»²⁹⁹; para proponer a continuación la superación de la oposición secular que ha enfrentado a Francia y a Alemania en base a la actuación inmediata sobre un «punto limitado, pero decisivo»³⁰⁰: el control de la producción del carbón y el acero de estos dos países, que estaría sometido a una Alta Autoridad común; y que, a su vez,

²⁹⁸ A modo de contextualizar por qué unimos el aspecto económico a lo político, habría que referirse a las dos tesis que se han venido formulando para conseguir la unidad política del continente europeo: la primera aboga por crear, directamente, unas instituciones políticas comunes para los Estados europeos – siendo la tesis seguida, desde una perspectiva no gubernamental, por el Congreso de la Haya de 1948 y, desde el ámbito gubernamental, por el Consejo de Europa–, mientras que la segunda tiene como punto de partida la institución de unas bases comunes de desarrollo económico, de donde más tarde acabarían deduciéndose unas estructuras políticas [en ese sentido, *vid.*, ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÀ COSTA, B. y OLESTI RAYO, A. (2005). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo* (4ª ed.). Barcelona: Ariel, p. 23 y s.].

²⁹⁹ SCHUMAN, R. (1950). «Declaración de 9 de mayo de 1950». Recurso en línea, disponible en: <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

³⁰⁰ *Loc. Cit.*

se configuraría como un modelo abierto al resto de países de Europa³⁰¹. No hace falta decir que la elección de este específico punto de actuación no es casual, pues el carbón y el acero eran las materias primas por excelencia necesarias para encender los fuegos de la guerra, los cuales ya habían consumido dos veces al Viejo Continente en menos de medio siglo; ni tampoco es fruto del azar la manera en que se aborda el problema. Dado que la exacerbación del ideal nacionalista, catalizado a través del instituto político del Estado, es fuente de conflictos y obstinaciones localistas, qué mejor remedio habría que sojuzgar al *ius imperium* a una autoridad superior, un poder cuya mirada sea capaz de traspasar interpretaciones vernáculas de la realidad y se haga eco de la verdad social y económicamente subyacente: no podemos vivir separados en rediles perfectamente acotados, sea en un plano político o normativo, cuando la existencia misma exige el intercambio para subsistir. La soberanía mutaría entonces en frustración y llevaría al odio entre naciones, en cuyo corolario se daría a luz a nuevos tiempos de angustias.

Sobre estos fundamentos se firma el *Tratado de París*, constituyéndose por medio de este instrumento la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero* [en adelante «CECA»], con el ya mencionado objetivo de controlar la producción y posterior comercialización de estos dos productos en el seno de los países miembros del acuerdo que, además de Francia y Alemania, también sería originalmente ratificado por Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo³⁰². Para lograr sus fines se establecerían un total de cuatro órganos: la meritada *Alta Autoridad*, que sería un órgano ejecutivo de funcionamiento colegiado e independiente consagrado a velar por los intereses generales de la comunidad, el *Consejo*, integrado por representantes de los Gobiernos de cada Estado con la misión de armonizar las actuaciones comunitarias y nacionales; la *Asamblea*, compuesta por delegados parlamentarios nacionales y dotada de facultades de control; y el *Tribunal de Justicia*, constituido por jueces independientes a los que se les encargaría la función de

³⁰¹ El concepto de Europa sobre el que se funda la concepción de SCHUMAN estaba, por cierto, limitado a la franja occidental del continente, pues no hemos de olvidar que la otra mitad de lo que había venido siendo la realidad histórica europea había quedado bajo el influjo de la Unión Soviética. El ideal de unidad, o unificación, que propugnaba esta superpotencia partía de unos fundamentos axiológicos basados en las tesis marxista-leninistas –que no dejaban de ser una adaptación de la ideología comunista a la idiosincrasia nacional de lo que había sido el Imperio ruso– que eran radicalmente distintos a los propugnados por los principios demócrata-cristianos de corte liberal que imperaban en la Europa del Oeste.

³⁰² Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951.

velar por el respeto la correcta aplicación del Tratado. Con arreglo a este modelo de organización la CECA comenzaría a funcionar el año siguiente, realizando sus actividades hasta la fecha prevista para la expiración del tratado, el 23 de julio de 2002, a los cincuenta años de su entrada en vigor.

Un paso que profundizaría aún más en el proceso de integración económica europea se daría cinco años más tarde con la firma en Roma de dos tratados más: el *Tratado de la Comunidad Económica Europea*³⁰³ [en adelante «CEE»] y el *Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*³⁰⁴ [en adelante «CEEA»]. Estas comunidades compartirían idéntica estructura que la CECA, salvo que la Alta Autoridad sería renombrada como «Comisión» –dada la disminución de sus potestades a favor del Consejo–. Asimismo, en virtud del *Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas*, firmado en la misma fecha que los anteriores, se establecía que la Asamblea y el Tribunal de Justicia fuesen comunes a las tres comunidades, además de constituirse un Comité Económico y Social común a la CEE y a la CEEA³⁰⁵.

Centrándonos en la CEE, por medio de esta institución se vertebra el instrumento de integración económica de naturaleza más omnicompreensiva. En el artículo 2 de su Tratado constitutivo se hacía referencia tanto a los elementos en torno a los cuales se articularía esta misión, el *mercado común* y la *aproximación de las políticas económicas*, como a los objetivos que debe promover: «un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y

³⁰³ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

³⁰⁴ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957.

³⁰⁵ El Comité Económico y Social aparece regulado en los artículos 193 y siguientes del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*, habiendo múltiples menciones a él a lo largo del todo el texto como órgano consultivo de las diferentes instituciones comunitarias. La mejor concreción de sus características la encontramos en la definición que el Comité Económico y Social se hace de él mismo en su página web: «El CESE es un órgano consultivo de la Unión Europea. Fundado en 1957, ofrece un asesoramiento especializado a las grandes instituciones de la UE (Comisión Europea, Consejo de la UE, Parlamento Europeo). [...] Nuestros miembros representan un amplio abanico de intereses económicos, sociales y culturales en sus países de origen, [...] construyendo] el puente entre la UE y las organizaciones de la sociedad civil de los Estados miembros» [COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE). Sitio principal. Recurso en línea, disponible en: <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.home>> (última consulta: 5 de octubre de 2015)]

equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la integran»³⁰⁶. De aquí nos interesa destacar, además de la ya mencionada búsqueda de unidad entre las naciones europeas a través de una instrumentalización de la esfera económica, el ya referido concepto de «mercado común». Aunque posteriormente será objeto de un análisis más profundo (refiriéndonos al concepto más completo de «mercado interior»), afirmaremos que por este término debe entenderse un espacio económico de ámbito y alcance supranacional que tiene como meta la unificación de los distintos mercados nacionales, liberándolos de obstáculos para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Además, para el correcto funcionamiento de este mercado, es necesario constituir una unión aduanera –que, por un lado, elimine los aranceles intracomunitarios y, por el otro, establezca un arancel común para con los bienes que provengan del exterior; yéndose con esta última medida un paso más allá de lo que caracterizaría a una mera «asociación de libre comercio»– y garantizar también que el régimen de libre competencia no será falseado –ya sea por los operadores económicos que concurran en el mercado o por los específicos intereses de los Estados miembros–.

Sobre este sustrato normativo, formulado por los tres tratados fundacionales arriba mencionados, se operarían diferentes modificaciones a lo largo del tiempo en base a una serie de acuerdos internacionales del mismo tipo que los anteriores. Así el *Tratado de Fusión*³⁰⁷ buscaba la racionalización en el funcionamiento de las tres Comunidades, creando órganos comunes para la CECA, la CEE y la CEEA, y el *Acta Única Europea*³⁰⁸, de 17 de febrero de 1986, pretendía el doble objetivo de mejorar a esas mismas instituciones y de evitar la parálisis en la toma de decisiones limitando los procedimientos en que la unanimidad en el Consejo era necesaria –lo cual, *de facto*, acababa estableciendo un derecho de veto³⁰⁹–, además de ganar progresiva importancia

³⁰⁶ Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, *leg. cit.*, art. 2.

³⁰⁷ Tratado de Fusión, de 8 de abril de 1965.

³⁰⁸ Acta Única Europea, de 17 de febrero de 1986.

³⁰⁹ La necesidad de esta medida se entiende por la progresiva ampliación de los países miembros de las Comunidades Europeas, que provocaba que conseguir la unanimidad fuese una tarea cada vez más difícil. Deteniéndonos un instante en describir este proceso, ya en 1973 se incorporan el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, extendiéndose en 1981 a Grecia y en 1986 a España y Portugal (siendo uno de los objetivos del *Acta Única Europea* precisamente el modelar la estructura de las Comunidades para facilitar la acogida de estos países). Posteriormente siguieron dándose nuevas adhesiones: aparte de la extensión del

la vertiente de la cooperación política y establecerse el objetivo de constituir un *mercado interior* que profundizase en las proposiciones del mercado común³¹⁰.

No obstante todo lo anterior, es en 1992 cuando se logra un nuevo hito en el propósito de coaligar de una manera más profunda las esferas económica y política de los Estados miembros: la constitución de la Unión Europea, con la firma del *Tratado de la Unión Europea* [en adelante «TUE»] (o *Tratado de Maastrich*). Su posterior desarrollo fundamentaría su funcionamiento en la teoría de los «tres pilares»: el *pilar comunitario*, que reuniría a las tres comunidades que ya se habían fundado –renombrando a la CEE

espacio comunitario a la antigua República Democrática Alemana, en 1995 se añaden a la lista Austria, Finlandia y Suecia; y ya en los primeros años del siglo XXI, como consecuencia del derrumbamiento del sistema soviético y el posterior desarrollo a nivel político y económico de esos países, se produce en 2004 una gran ampliación hacia el este del continente que abarcaría a nada menos que a 8 Estados de la antigua órbita comunista (a saber: Polonia, República Checa, Hungría, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia y Lituania) y a las islas mediterráneas de Chipre y Malta. Por último, en 2007 se dio la bienvenida a Bulgaria y Rumanía, completándose el proceso hasta la fecha actual en 2013, con la llegada de Croacia.

En definitiva, hemos pasado de los seis Estados fundadores a una unión de alcance continental que abraza a un total de veintiocho naciones, albergando en su seno uno de los mercados más importantes a escala universal en volumen de negocio y potenciales consumidores. Por cierto, plasmando estadísticamente esta afirmación según los datos aportados por la CIA, la suma agregada de países de la Unión Europea arrojan un total de población de casi 514 millones de personas en 2014 (en tercera posición a nivel mundial, sólo después de China e India), con un PIB de 18,12 billones de US\$ en 2014 (siendo la primera economía del globo, seguida de Estados Unidos con 17,35 billones en el mismo periodo) y un PIB per capita de 39,400 US\$ [CIA, THE WORLD FACTBOOK (2015). *European Union*. Recurso en línea, disponible en: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ee.html> (última consulta: 10 de enero de 2016)]. Estos datos vienen a ser aproximadamente coincidentes con los arrojados por EUROSTAT [cfr. EUROSTAT (2015). *GDP at current market prices*. Recurso en línea, disponible en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:GDP_at_current_market_prices,_2003%E2%80%932014_and_2012%E2%80%932014_YB15.png (última consulta: 10 de enero de 2016) – EUROSTAT (2015). *Population statistics*. Recurso en línea, disponible en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population_statistics_introduced (última consulta: 10 de enero de 2016)].

³¹⁰ A propósito de esta primera fase de integración europea, *vid.* ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. Turín: Giappichelli, p. 17 y ss. – CONVERTI, A. (2005). *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*. Matelica: Halley, p. 24 y ss. – GIRÓN LARRUCEA, J. A. (2002). *La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 25 y ss. – SÁNCHEZ, V. M. (2010). «Breve historia de la Unión Europea». En SÁNCHEZ, V. M. (dir.). *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens, p. 15 y ss. – TESAURO, G. (2012). *Diritto dell'Unione Europea* (7ª ed.). Padua: CEDAM, p. 4 y ss.

como «Comunidad Europea»– para hacerlas funcionar como un mecanismo de integración económica en el marco de un mercado interior sobre el que se profundizaría aún más; el *pilar de Política Exterior y de Seguridad Común*, diseñado para coordinar la acción gubernativa de cara al exterior de la Unión, y el *pilar de Cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior*, que a continuación detallaremos por su particular incidencia en el campo que nos ocupa³¹¹. A su vez, con este tratado se sentarían las bases para la posterior construcción de una unión económica y monetaria, se intentaría reforzar la eficacia de las instituciones dotándolas de una legitimidad democrática y se instauraría el concepto de «ciudadanía europea», otorgándose una serie de derechos por el simple hecho de ostentar una nacionalidad de la Unión.

Entrando a valorar el *pilar de Cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior*, hemos de partir de una premisa fáctica: la tensión que se origina al establecer unos objetivos comunes en un ámbito de carácter supranacional a la vez que se mantiene una multiplicidad de sistemas judiciales o ejecutivos internos, orientados a garantizar su tuición en la práctica. No hace falta decir que toda realidad social o económica tiene su correlato jurídico, que pretende estipular una regulación concreta en aras de brindar una protección específica a una serie de derechos. Lo que aquí sucede es que hay materias dignas de protección que están armonizadas, cuyos efectos van más allá las esferas nacionales particulares sobre las que se desarrollan los concretos procedimientos tanto administrativos como judiciales. Consciente de que las decisiones que se tomen en un foro determinado bien pueden tener incidencia transfronteriza, es de rigor que se adopten medidas orientadas a garantizar tanto una seguridad jurídica como un tratamiento ágil a las diferentes problemáticas que se inscriban bajo esta categoría de materias. De esta manera el Título VI del *Tratado de Maastrich* se encargaba de regular las disposiciones relativas a este tercer pilar del Derecho comunitario. Las materias sobre las que recaería eran las relacionadas en el artículo K.1, que, en suma, se vendrían a resumir en tres políticas: las de inmigración, residencia, trabajo y circulación de personas en el territorio intracomunitario, las de cooperación policial y la cooperación judicial en las vertientes penal y civil. A continuación, en los siguientes preceptos con la misma letra de orden, se desarrollarían los procedimientos por los que las instituciones europeas deberían tramitar las disposiciones en esos ámbitos de actuación.

³¹¹ Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.

Siguiendo con la relación de tratados constitutivos de la Unión Europea, el *Tratado de Ámsterdam* crea el Banco Central Europeo, profundiza en la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia común, se propugna la aproximación de la Unión a la ciudadanía y el establecimiento de cooperaciones reforzadas, persigue la búsqueda de un funcionamiento más eficiente de las instituciones comunitarias ante las nuevas circunstancias políticas y económicas (previendo el advenimiento de nuevos Estados) y, además, simplifica y renumera los artículos de los Tratados ya existentes³¹². A continuación, el *Tratado de Niza* redonda en las reformas ya iniciadas con el anterior Tratado, atendiendo a resolver los problemas institucionales y, en particular, a procurar un funcionamiento más ágil y eficaz de la jurisdicción europea³¹³.

Finalmente, en el año 2007 se firma el *Tratado de Lisboa*, de 13 de diciembre, con el que se culmina el proceso de integración europea hasta el momento y se realizan las últimas modificaciones sobre los textos vigentes: el TUE y el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea*, renombrándose este último como *Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión* [en adelante TFUE]³¹⁴. Con su entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009, la Unión Europea adquirió personalidad jurídica como tal (fusionándose con la Comunidad Europea e integrándose en ella los antiguos tres pilares para la actuación europea) y se estipula un nuevo reparto competencial unido a una correlativa capacidad de legislar de las instituciones de la Unión³¹⁵.

Entrando a comentar este último apartado, el artículo 2 del TFUE establece tres ámbitos de competencias: *exclusivas*, cuando únicamente la Unión pueda legislar sobre una materia³¹⁶, *compartidas*, cuando en la regulación de un aspecto de la realidad puedan

³¹² Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.

³¹³ Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001

³¹⁴ Tratado de Lisboa, de 13 de enero de 2007.

³¹⁵ Para una descripción doctrinal y teórica de esta segunda fase de la integración europea, *vid.* A propósito de esta primera fase de integración europea, *vid.* ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Op. cit.*, p. 20 y ss. – CONVERTI, A. (2005). *Op. cit.*, p. 101 y ss. – GIRÓN LARRUCEA, J. A. (2002). *Op. cit.*, p. 35 y ss. – TESAURO, G. (2012). *Op. cit.* Padua: CEDAM, p. 9 y ss.

³¹⁶ Ámbito competencial exclusivo que recaerá sobre «(a) la unión aduanera; (b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; (c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro; (d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común; [y] (e) la política comercial común». [TFUE, art. 3].

concurrir tanto la Unión como los Estados miembros³¹⁷, y *de apoyo*, con el ánimo de complementar o coordinar las acciones de los Estados pero sin pretender sustituir su competencia³¹⁸. Al mismo tiempo, se establecen unas competencias especiales para definir y coordinar las políticas económicas y de empleo de los países miembros, así como para «definir y aplicar una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política común de defensa»³¹⁹, que no deja de ser una profundización en el antiguo pilar de Política Exterior y de Seguridad Común.

A propósito de la legislación europea, todos los Tratados anteriormente descritos se inscribirían, atendiendo a la categorización de fuentes del Derecho europeo, en el denominado Derecho originario. Éste se compone por los acuerdos internacionales directamente suscritos por los Estados, sean los Tratados constitutivos o los convenios modificativos de éstos. A fecha de hoy son cuatro los Tratados constitutivos, que conforman la denominada «constitución material» de la Unión Europea: los ya mencionados TUE, TFUE, el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica*³²⁰ y la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*³²¹.

³¹⁷ Siendo de aplicación en las siguientes materias: «(a) el mercado interior; (b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado; (c) la cohesión económica, social y territorial; (d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos; (e) el medio ambiente; (f) la protección de los consumidores; (g) los transportes; (h) las redes transeuropeas; (i) la energía; (j) el espacio de libertad, seguridad y justicia; [y] (k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado» [*ibíd.* art. 4]. A éstos deberán añadirse, además, todas aquellas materias no mencionadas como materia exclusiva o de apoyo y sin perjuicio de que los Estados puedan desempeñar sus propios programas en los ámbitos de investigación, desarrollo tecnológico y espacial o de ayuda humanitaria con independencia de que la Unión pueda llevar a la práctica los suyos propios.

³¹⁸ Éstas son, «(a) la protección y mejora de la salud humana; (b) la industria; (c) la cultura; (d) el turismo; (e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte; (f) la protección civil; [y] (g) la cooperación administrativa». [*ibíd.*, art. 6].

³¹⁹ *Ibíd.*, artículo 2.4.

³²⁰ Comunidad que, si bien comparte sus órganos de funcionamiento con los existentes en la Unión Europea, no ha diluido su personalidad jurídica en ésta y se mantiene como un sujeto de derecho diferenciado.

³²¹ Texto que, por su escasa relevancia en lo que respecta a la insolvencia, no hemos considerado oportuno entrar a valorar antes. Basta decir que, como su nombre indica, su contenido gira en torno a los derechos inherentes a todo ciudadano de la Unión Europea y que, por ello, servirán de principios orientadores a la legislación y actuación comunitaria.

El resto de convenciones tienen carácter modificativo o complementario, incluyéndose dentro de esta categoría los *tratados de adhesión*, en tanto que modifican el régimen de funcionamiento de los órganos de la Unión y amplían el alcance del Derecho comunitario.

En paralelo al Derecho originario se encuentra el Derecho derivado, que es producido por las propias instituciones europeas en virtud de las disposiciones de los Tratados que así lo autorizan. Este ámbito de regulación se plasma en cinco instrumentos normativos concretos: el *reglamento*, la *directiva*, la *decisión*, la *recomendación* y el *dictamen*³²². Si queremos perfilar la concreta idiosincrasia de cada una de estas vías de ordenación debemos atender a tres características, relativas a su alcance, su régimen de obligatoriedad y el modo en que se aplicará su contenido. De esta manera el *reglamento* sería lo más semejante a un acto legislativo a escala comunitaria, al tener un alcance global y ser de obligado cumplimiento en cada uno de los puntos que lo integran, siendo además directamente aplicable en cada Estado miembro sin que deba intervenir ningún poder legislativo nacional. La *directiva*, por su parte, va a dirigirse expresamente a los Estados miembros, obligándoles a adaptar su legislación en un determinado sentido y necesitando de su actuación para plasmar en cada ordenamiento jurídico el desarrollo concreto de la norma mediante un *acto de trasposición*. En cuanto a la *decisión*, es obligatorio en todo su contenido y no necesita de la participación de las autoridades nacionales para perfeccionarse, diferenciándose del reglamento en su alcance, ya que limitará sus efectos a unos individuos determinados. Por último, las recomendaciones y dictámenes no son vinculantes para sus destinatarios, radicando la diferencia entre uno y otro en su terreno de actuación: mientras que en el primer caso se quiere suscitar una determinada conducta a los Estados, con los dictámenes se pretende formular los principios que deben regir en un campo de actuación comunitaria para lograr una armonización³²³.

Junto a esta estructura jurídica de taxonomía europea *stricto sensu*, no podemos dejar de hacer mención a una nebulosa de normas propias del Derecho internacional que tendrían una relevancia no menor sobre la esfera europea e, igualmente, formarían parte del acervo del Derecho europeo. En esta categoría, en primer lugar, se encuentran los

³²² Vid. TUE, art. 288.

³²³ En tales términos, vid. ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Op. cit.*, p. 160 y ss. – TESAURO, G. (2012). *Op. cit.*, p. 136 y ss.

tratados internacionales concluidos por la Unión Europea según lo previsto en los artículos 216 y siguientes del TFUE. No hemos de olvidar que, en tanto que organización internacional, la Unión Europea –y con anterioridad las diferentes Comunidades Europeas– está investida de personalidad jurídica internacional propia e independiente de los Estados que son parte de ella y, en consecuencia, tiene capacidad jurídica para celebrar acuerdos internacionales en aquellos ámbitos competenciales que le hubiesen sido transferidos. Los derechos y obligaciones que de ellos se deriven vincularán tanto a las instituciones comunitarias como a los Estados miembros, en virtud de las competencias que éstos han conferido a la Unión para la consecución de unos intereses comunes³²⁴.

Por último, está la herramienta ahora en desuso de los «convenios complementarios», que se podrían definir como aquellos acuerdos celebrados entre los Estados que forman parte de la Unión Europea con una autonomía formal del Derecho europeo –aunque se negocien en el seno del Consejo y luego se confiera al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la tarea de interpretarlo– y cuya finalidad radicaba en proveerse de un sistema de Derecho internacional privado común a todos ellos. En otras palabras, eran una multiplicidad de tratados multilaterales sometidos al régimen general del Derecho internacional público, regulándose en ellos materias necesarias para el correcto funcionamiento del tráfico comunitario que, al no haber sido directamente contempladas en el Derecho originario en un momento dado, debían disciplinarse por este cauce para obtener una respuesta homogénea y armonizada de todos los países interesados³²⁵.

³²⁴ Un ejemplo paradigmático en este sentido serían los acuerdos de pesca, que negocia y suscribe directamente la Unión en virtud de la competencia que le es atribuida en exclusiva sobre la política pesquera común.

³²⁵ El fundamento jurídico de esta categoría de convenios se encontraba, como veremos posteriormente, en la antigua regulación de la CEE. Allí se establecía el deber de los Estados, en tanto que fuese necesario, de entablar «negociaciones entre sí, a fin de asegurar en favor de sus nacionales: [...] la simplificación de las formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales» [Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, art. 220, renumerado como art. 293 en el Tratado de la Comunidad Europea y hoy día inexistente]. Un ejemplo paradigmático a los efectos que ahora nos ocupan se encuentra en el Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ratificado mediante este instrumento y para el que se añade un protocolo para que su interpretación fuese llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [*Vid.*

3.2.- Marco jurídico-económico: el equilibrio entre libertad y seguridad

El supuesto de la Unión Europea es un caso singular y paradigmático a escala universal. No sólo se trata de una organización internacional o de un puro espacio económico abierto en mayor o menor medida al intercambio comercial, sino que su espíritu alberga una aspiración mucho más profunda: lograr la unidad política de una serie de Estados que, a pesar de que hayan podido ser enemigos seculares, comparten el legado cultural, religioso y humanista común que nace de formar parte del Viejo continente, cuna indiscutible de la Civilización occidental. Como ya hemos expresado, el procedimiento que mayores frutos ha dado a las aspiraciones europeístas ha consistido en la vía que propugnaba una integración progresiva, que se iniciaría en el plano económico con la creación de un mercado único de naturaleza supranacional que fuese logrando un acercamiento progresivo de los distintos países³²⁶. Podemos decir que ese propósito se alcanza a finales del siglo pasado y principios del presente, lográndose una unidad económica y monetaria que no ha hecho sino espolear la *vis expansiva comertius* hasta niveles insólitos en el espacio intraeuropeo.

La faceta económica debe entenderse entonces como un componente fundamental de la construcción europea, que se plasma materialmente en su máxima expresión en la constitución del *mercado interior*. Siguiendo el artículo 26.2 del TFUE, por esta institución hemos de comprender «un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados»³²⁷. De esta manera se elimina todo tipo de obstáculo a los intercambios transfronterizos de las *mercancías* y los *factores de producción*, de manera que el mercado que se desarrolla en el seno del territorio europeo sea análogo al de un mercado nacional³²⁸. Además, la importancia de estas

Protocol concerning the interpretation by the Court of Justice of The Convention of 27 september 1968 on jurisdiction and enforcement of Civil and Comercial Judgements, signed at Luxemburg on 3 June 1971].

³²⁶ En un sentido similar, *vid.* ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Op. cit.*, p. 453

³²⁷ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 26.2.

³²⁸ En ese sentido se ha pronunciado muy repetidamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Un caso paradigmático lo encontramos en el asunto *Schul*, donde el tribunal afirma que el objetivo del mercado común tiene por finalidad «la eliminación de todos los obstáculos a los intercambios intracomunitarios con el fin de fundir los mercados nacionales en un mercado único estableciendo condiciones lo más próximas posibles a las de un auténtico mercado interior» [Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1982, asunto C-15/81, *Schul*, punto 33].

normas se constata por su carácter absoluto e incondicionado, ya que no admiten que ningún óbice que pueda llegar a desvirtuarlas en lo más mínimo³²⁹. Creemos interesante, aunque sólo sea de un modo sobrio y muy concreto, hacer un breve repaso por cada una de estas libertades consagradas por el ordenamiento jurídico europeo.

Empezando por la *libre circulación de mercancías*, TESAURO indica que en virtud de este derecho quedarían amparados «todos los productos evaluables en dinero y que, por eso, son ideales para ser objeto de una transacción comercial»³³⁰. De esta conceptualización podemos distinguir dos significaciones. La primera hace referencia al ser ontológico del objeto, que pone el acento en una idea de corporeidad o materialidad y, en paralelo, va unida a su posible conversión en una magnitud de índole dineraria. Esto inmediatamente nos trae a colación una categoría jurídica ya estudiada: aquello que en derecho civil se denomina *bien o cosa*, en la medida que tienen la aptitud para que sobre ellos recaiga un derecho real y son patrimonialmente relevantes. Por su parte, la segunda parte del enunciado nos remite a su finalidad teleológica, relativa a que van a ser objeto de un intercambio económico inmediato. Asimismo, la puesta en práctica de dicha libertad se lleva a término a través de la *unión aduanera* que, con base al artículo 28 del TFUE, «abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente»³³¹; o lo que es lo mismo, todo producto que ya se halle en el interior del espacio europeo podrá ser exportado o importado de un Estado a otro sin que pueda mediar un recargo fiscal o cualquier clase de impedimento para dificultar su tránsito transfronterizo³³².

Atendiendo a la *libre circulación de los factores de producción*, este componente se constituye por las tres piezas arriba enunciadas: las personas, los servicios y los capitales. Todas ellas encajan como si fuesen un mecanismo, en aras de permitir el buen

³²⁹ En tales términos, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 1989, asunto C-49/89, *Corsica Ferries France*, punto 8].

³³⁰ TESAURO, G. (2012). *Op. cit.*, p. 371.

³³¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 28.

³³² Sin embargo, este principio general sí podrá enervarse en determinadas circunstancias, según prevé el artículo 36 del TFUE. En este precepto se dispone la posibilidad de que se prohíba o restrinja la importación, exportación o tránsito en determinadas circunstancias para proteger determinados bienes jurídicos dignos de tutela; aunque, en ningún caso, estas prohibiciones o restricciones podrán ocultar un medio de discriminación ni una restricción encubierta del comercio transfronterizo en la Unión.

desarrollo de las actividades económicas internacionales que se despliegan en el interior de la Unión, las cuales son necesarias para evitar que la institución europea del mercado interior quede en una mera construcción formal y vacía de contenido. Por un lado y en este contexto exclusivamente económico, las personas son entendidas en su dimensión concreta y específica de *trabajadores*, quienes en esa calidad no deberían enfrentarse a ninguna traba ni discriminación a la hora de responder una oferta de trabajo o de organizar una actividad por su propia cuenta en otro Estado miembro³³³. Esto último se halla íntimamente ligado a las siguientes dos libertades: se garantiza que los operadores económicos independientes tengan la opción de establecerse en un Estado distinto al de su origen para desarrollar sus actividades, ya sea de un modo estable y continuado –a lo que denominamos *libertad de establecimiento*³³⁴– o bien de manera puntual –que sería la *libertad de prestación de servicios*³³⁵–. Por último, con la *libertad de circulación de capitales y pagos* se proscribe la restricción en los movimientos dinerarios que se efectúen de un Estado a otro de la Unión. Se procura así una total liberalización financiera, que permite lograr una agilización en los intercambios civiles y mercantiles.

Ahora bien, retornando por un momento al aspecto de la libertad de circulación y establecimiento de las personas, tenemos que hacer referencia a la evolución histórica que ha vivido la regulación a lo largo de las décadas. Así las cosas, el progresivo desarrollo de la idea de ciudadanía de la Unión Europea ha permitido independizar estas esferas potestativas de su vertiente y función puramente crematística. En estos momentos, partiendo del artículo 21 del TFUE, ser ciudadano de la Unión trae de suyo aparejado el reconocimiento del «derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»³³⁶, aunque siempre ateniéndonos a las limitaciones y

³³³ ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Op. cit.*, p. 485. Siendo regulados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 45 y ss.

³³⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 49 y ss.

³³⁵ *Ibíd.*, arts. 56 y ss.

³³⁶ *Ibíd.* art. 21. Además, para definir a quién se le puede considerar ciudadano de la Unión, cabe indicar que el artículo 21.1 del mismo texto establece que lo será «toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro [...] y que la condición de ciudadano de la Unión] se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla» [*ibíd.*, art. 21.1]. En otras palabras, se trata de una realidad superpuesta a la propia ciudadanía nacional, cuyos beneficiarios van a ser *ipso facto* todas las personas físicas que presenten el requisito previo de ser ciudadanos de un Estado miembro.

condiciones estipuladas por la normativa europea³³⁷. Todo ello supone el colofón del proceso de avance hacia la consumación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad, de la que no sólo van a beneficiarse los operadores económicos *stricto sensu*, sino también los propios consumidores.

Las anteriores medidas deben entenderse referidas a la consecución de unos fines determinados, en los cuales se asienta su razón de ser y su epítome exegetico. En lo que se refiere al mercado interior, el artículo 3.3 del TUE expresa claramente que ese objetivo gravita en torno a un desarrollo económico sostenible en la Unión, cuya base axiológica última reside en alcanzar el bienestar de la ciudadanía y el progreso social en todos sus matices.

Desarrollando un poco este enunciado, debemos indicar que el catálogo de objetivos contenidos en el primer párrafo del precepto antes citado se estructura de un modo significativamente más complejo, expresándose su contenido en cuatro grandes puntos: el crecimiento económico equilibrado –en el que se contiene específicamente la estabilidad de precios–, el establecimiento de una economía social de mercado altamente competitiva –donde encuentran su sitio el pleno empleo y el progreso social–, la conservación y salvaguarda del medio ambiente y potenciar el progreso científico-tecnológico³³⁸. A pesar de que aparece como la segunda meta de la Unión, creemos que la mención al concepto de *economía social de mercado* alberga el verdadero *leitmotiv* del mercado único en el actual momento de la construcción europea. No se trata de una pura economía de mercado de corte liberal clásico –ni tampoco, por supuesto, de la tesis antagónica que aboga por el colectivismo radical–, donde acaba sucediendo un fenómeno de masificación de la persona para tenerla como un mero instrumento para fines estrictamente crematísticos y se enerva el deber de preservar el bien ontológico de

³³⁷ Esta previsión se encuentra desarrollada en la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Aunque no vamos a entrar en el análisis pormenorizado de esta regulación concreta, pues nos alejaríamos en exceso del objeto de estudio que ahora nos ocupa, sí podemos decir que en este texto se establece las condiciones del ejercicio a la libre circulación y a la residencia (transitoria o permanente) de los ciudadanos de la Unión, lo cual se extiende a los miembros de su núcleo familiar, además de indicar las razones por las que estos derechos pueden ser limitados para proteger algún otro bien jurídico –lo cual se fundamentará en razones de orden, seguridad o salud públicos– [*vid. ibíd.*, art. 1].

³³⁸ Tratado de la Unión Europea, art. 3.3.

la libertad individual. En definitiva, la médula espinal de la construcción teórica de la economía de mercado se halla en una sencilla idea: el ser humano es el núcleo de la economía y no uno de sus medios³³⁹. Por eso afirmamos que es en la búsqueda de los intereses generales de una sociedad libre donde se encuentra el germen del avance colectivo realmente legítimo. Procurar el equilibrio en un crecimiento económico continuo y sostenido –entendido desde la vertiente de que no produzca hondas diferencias sociales ni que pretenda el solo beneficio espurio, de donde bien puede ocurrir una inflación de la que los primeros perjudicados serán los consumidores–, la protección de la naturaleza y fomentar la investigación se conciben como perspectivas de ese bien superior para la persona. Además, como fácilmente podemos inferir, cuando nos situamos en un plano de actuación político-social, todo esto acaba desembocando en la concepción misma de ciudadanía a la que antes aludíamos: una construcción jurídica más completa y avanzada que, en suma, corona la cúspide de aquella primera fase de desarrollo económico en que se fundamentó originalmente la construcción europea.

En tales términos se ordena la libertad, expresada en la Unión como una capacidad de realización económica en favor de la sociedad. Ello nos conduce al segundo punto del que hemos de hablar en nuestra exposición, el cual es mencionado en el artículo 3.2 del TUE como otro objetivo a alcanzar por el ordenamiento europeo, y que se relaciona con el *espacio de libertad, seguridad y justicia*. A modo de introducción, como muy oportunamente valoran ADAM y TIZZIANO, «es necesario facilitar la libertad, aunque no sólo aboliendo las restricciones, sino también asegurando una continuidad, certeza y los instrumentos de tutela para las situaciones jurídicas de los ciudadanos de la Unión, con independencia de su ubicación en otros Estados miembros»³⁴⁰. Esto es, al abrir las fronteras nacionales y hacer de Europa un único espacio económico, no se debe la entorpecer la operatividad de otro bien jurídico igualmente esencial para que los intercambios civiles y comerciales lleguen a producirse: la seguridad jurídica, expresada a los efectos que nos interesan en su dimensión del tráfico económico, que se lleva materialmente a término mediante la intervención del poder judicial. Desde un punto de vista técnico, el *espacio de justicia* se refiere a la tutela judicial en el ámbito del Derecho privado, mientras que el *espacio de seguridad* pone su acento en materia penal. En aplicación de este marco, la Unión posee la aptitud de salvaguardar la armonía en las

³³⁹ En términos análogos, *vid.* ERHARD, L. (1994). *Economía social de mercado*. Madrid: Rialp, p. 49.

³⁴⁰ ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Op. cit.*, p. 531 y s.

relaciones interpersonales en su más amplio contexto, evitando que la libertad derive en libertinaje y haciendo recaer todo el peso de la Ley contra los que transgredan el orden socio-económico establecido.

Abriendo un pequeño paréntesis y tomando prestadas las fuentes del Derecho romano, hemos de afirmar que el referido *espacio de libertad, seguridad y justicia* no es una novedad absoluta, sino que se enraíza en un estrato mucho más profundo de la ciencia jurídica. Por eso, con la finalidad de determinar el significado más profundo de este apotegma tripartito del Derecho europeo, no nos resistimos a la tentación de relacionar su contenido –y además en el mismo orden– con los preceptos que determinaban el ser del Derecho según Ulpiano: «vivir honestamente, no hacer daño al otro y dar a cada uno lo que es suyo»³⁴¹. Sin lugar a dudas, lo que el jurisconsulto romano entendía por «*vivir honestamente*» se correspondía con una visión eminentemente moral de la existencia que luego desembocaba, necesariamente, en su correlato jurídico. Vivir honestamente es actuar conforme al bien, y proceder de tal modo es ejercer la libertad en el sentido clásico del término. No podemos desligar la libertad del juicio moral que en todo momento acompaña a ese vocablo y, al mismo tiempo, lo completa para diferenciarlo del concepto infinitamente más superfluo y vacío de libre albedrío. La libertad es el deseo de obrar el bien y, por qué no decirlo, otorga la posibilidad de buscar la verdad a la propia existencia. Esa, entendemos, debe ser la auténtica vocación del *espacio de libertad* que se formula en los tratados constitutivos: crear un área física en la que el ser humano pueda desarrollar todas las potencias de su espíritu y, de este modo, consiga ser feliz. Por otro lado, la máxima de «*no hacer daño al otro*» contiene el mandato de no buscar el mal del otro, si bien lo que nos interesa es su voz pasiva: el espíritu del Derecho no quedará imposible ante el advenimiento de la injusticia. Ése es el *espacio de seguridad*, consagrándose como garantía de que las sombras de la iniquidad nunca llegarán a prevalecer ante la majestad de la Ley. Finalmente, atendiendo al objeto que le es propio al Derecho y al modo de hacer de quien obra rectamente, llegamos al «*espacio de justicia*» y al precepto del «*suum cuique tribuere*» pues, como bien dice el mismo Ulpiano, «la justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo»³⁴². Nuevamente, si la voluntad y el Derecho no son coincidentes, la tutela

³⁴¹ Siguiendo el original latino, «*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*». Cit. en ORTOLAN, M. (1884). *Op. cit.*, T. I, p. 26.

³⁴² «*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*», Cit. en *ibíd.*, p. 24.

jurisdiccional debe hacer acto de presencia para dirimir el conflicto y, otra vez, retornar a la normalidad que el mercado exige para su correcto funcionamiento. En definitiva, sea consciente o inconscientemente, el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea es un digno heredero de los principios que ya fueron consagrados en Roma y que la hicieron brillar como un faro de civilización en su tiempo y en la historia universal, lo cual es un verdadero motivo de orgullo para quienes creemos en el proyecto europeo.

Retornando a nuestra explicación y centrándonos en el *espacio de justicia*, que concierne expresamente al mercado interior, nos percatamos de la existencia de un contraste: a pesar de la total permeabilidad económica a nivel transfronterizo que predica el Derecho europeo, el sistema jurídico y jurisdiccional se sostiene sobre un modelo de justicia ordinaria preexistente en los distintos Estados³⁴³. Por ese motivo, al mantenerse independientes tanto los ordenamientos como los poderes tuitivos de los Estados miembros, se hace imprescindible articular un sistema de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza cuyo epicentro, siguiendo el artículo 81 del TFUE, gira en torno al principio que permite el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. En tales circunstancias, ese mismo precepto prevé que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten las medidas que estimen oportunas para aproximar y armonizar las disposiciones legales de los Estados miembros que, con sus divergencias, pusieren en riesgo la buena marcha del tráfico jurídico intraeuropeo³⁴⁴. En otras palabras, el TFUE habilita al legislador de la Unión para que constituya un corpus de Derecho internacional privado que atienda a la específica problemática jurídico-económica que tenga lugar en su seno³⁴⁵.

³⁴³ En palabras del TFUE, el espacio de libertad, seguridad y justicia respetará «los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros» [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, art. 67.1], motivo por el cual el ordenamiento europeo no se sobrepondrá hasta eclipsar por completo la organización jurídica y jurisdiccional de los Estados miembros.

³⁴⁴ Esta aproximación legislativa se llevará a cabo siguiendo el procedimiento indicado en el Capítulo III del Título VII del TFUE, artículos 114 y siguientes, que prevé la actuación del Parlamento Europeo y del Consejo para adoptar, mediante el procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, todas aquellas medidas que permitan aproximar los ordenamientos nacionales de los Estados miembros en aras de lograr el buen funcionamiento del mercado interior.

³⁴⁵ El mutuo reconocimiento y el acercamiento entre legislaciones se comprenden mejor a la luz de un tercer componente: la confianza recíproca que debe existir entre los Estados miembros de la Unión, los

De esta manera desembocamos en un fenómeno que los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA han acertado en definir como la «europeización del Derecho internacional privado»³⁴⁶. Siguiendo los pensamientos de estos autores –que sintetizan magistralmente la argumentación que hemos venido sosteniendo a lo largo de las últimas páginas–, para que el espacio de libertad se viese libre de obstáculos que le impidiesen funcionar en su debida forma, era imperioso que «las autoridades de la Unión Europea asumiesen la competencia exclusiva para elaborar “normas de Derecho internacional privado” a través de las cuales pueda crearse un auténtico “espacio judicial europeo”»³⁴⁷. Aquí nos aparece el concepto de *espacio judicial* europeo, que está íntimamente ligado al ya referido espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores. Por él entenderemos aquel área, conformada por los territorios de los Estados miembros de la Unión, en la que se hacen realidad dos grandes aspiraciones: la primera

cuales tendrán la conciencia de que sus resoluciones van a tener eco en otras jurisdicciones, de igual modo que sus homólogas igualmente van a desplegar sus efectos en el seno de su ordenamiento. En la medida que dos sistemas sean análogos y ofrezcan una solución jurídica similar a problemas igualmente parecidos, será más sencillo que un foro reconozca la resolución que allí se haya tomado en otro. Según considera NASCIBENE, «acercamiento y armonización, reconocimiento y circulación (de sentencias y actos), así como la confianza legítima, forman una suerte de círculo virtuoso» [NASCIBENE, B. (2013). «Operatività e limiti del mutuo riconoscimento nella circolazione delle sentenze e degli atti». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica, p. 290] del que, en última instancia, se acaba beneficiando los operadores del mercado único para la satisfacción de sus derechos.

El ejemplo paradigmático a nivel regulatorio de este principio se halla en el Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este texto, en su artículo 36.1, establece como regla general un criterio de reconocimiento directo de las resoluciones que fueren dictadas en un Estado miembro por parte de los demás Estados, sin que a tal fin se requiriese ningún tipo de procedimiento ulterior.

³⁴⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J. (2012), *Op. Cit.*, p. 1865. Igualmente, DE CESARI y MONTELLA se refieren al mismo fenómeno, ocurrido como consecuencia de la asunción del legislador europeo de la actividad legislativa en materia de Derecho internacional privado tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam y superándose así el método de regulación por la vía de los convenios complementarios [vid. DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2009). *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*. Milán: Giuffrè, p. 50 y ss.].

³⁴⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J. (2012), *Op. Cit.*, p. 1865. A lo que acto seguido añaden que lo que hace que el Derecho internacional privado se haga europeo es, precisamente, que es elaborado por las autoridades de la Unión Europea [*loc. cit.*].

se refiere a los ciudadanos, quienes podrán acceder a la jurisdicción de cualquier Estado en las mismas condiciones que su nación de origen, sin que la incompatibilidad o complejidad de otros sistemas operen como un desincentivo para la interposición de las acciones que creyesen pertinentes; y la segunda al efecto de las resoluciones dictadas por cualquier instancia jurisdiccional, que serán convenientemente reconocidas y ejecutadas en cualquier otro foro de la Unión sin que, en principio, haya necesidad de recurrir al exequátur. En definitiva, el *espacio jurídico europeo* ha de concebirse como un correlato necesario para el correcto funcionamiento del mercado único, pues «constituye una zona en la que tribunales de los Estados miembros, aunque pertenecen a jurisdicciones estatales distintas, se comportan como si pertenecieran a una sola organización judicial estatal»³⁴⁸.

Sin embargo, en lo que se refiere al reconocimiento automático de las resoluciones, hay dos grandes límites a los que debemos atenernos: por un lado, el respeto al *orden público* y, por el otro, la infracción por *abuso de derecho*.

Comenzando por la figura del *orden público*, hacemos nuestra la definición elaborada por FERACI, quien lo considera un elemento indefectible de todo sistema de Derecho internacional privado, pues «la apertura a los valores jurídicos extranjeros que asegura las normas de conflicto se justifica, de hecho, sólo en la medida que tales valores no entren en contradicción con las concepciones que informan a un ordenamiento concreto y disponen su funcionamiento»³⁴⁹. En otras palabras, se trata de una barrera cuyo objetivo se orienta a defender la coherencia interna de un sistema jurídico nacional frente a resoluciones provenientes de otros universos legales que, de aplicarse sin las debidas precauciones y salvedades, bien podrían menoscabar los principios fundamentales sobre los que se funda la identidad misma del Derecho de un Estado. Ahora bien, lejos de caer en la tentación de petrificar la noción de orden público, hemos de tratarlo como una idea cambiante y mutable a lo largo del tiempo, sometido a una progresiva transformación según vayan evolucionando las concepciones axiológico-

³⁴⁸ *Loc. cit.*

³⁴⁹ FERACI, O. (2012). *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè, p. 7. Por el concepto de *valores jurídicos* hemos de entender, obviamente, aquel sustrato legal, jurisprudencial y relativo los principios jurídicos sobre los que se asienta una resolución determinada.

jurídicas del Estado al que se refiera³⁵⁰. De cara a un caso concreto nos interesará apreciar entonces el orden público de un momento dado, el cual nace fruto de integrar las normas y principios de Derecho interno con las no menos importantes proposiciones que orientan al Derecho europeo³⁵¹.

En lo que se refiere al límite por *abuso del derecho*, siguiendo los términos literales de NASCIBENE, afirmaremos que «se trata de un principio de carácter general del Derecho de la Unión [...], cuya aplicación conduce a sancionar el comportamiento del sujeto que, a pesar del respeto formal hacia las condiciones impuestas por el ordenamiento de la Unión, pretenda obtener una ventaja a través de la “creación artificiosa” de las condiciones para su obtención»³⁵². Para confeccionar la exégesis de este enunciado deberemos comenzar comentando un fundamento esencial del Derecho: toda norma o construcción jurídica tiene en su punto de mira servir a una determinada bien jurídico o utilidad social que el legislador entiende digno de protección, radicando ahí el motivo por el Derecho otorga un determinado efecto o tratamiento jurídico a una situación fáctica concreta. El abuso del derecho consiste, precisamente, en forzar ese escenario para aprovecharse indebidamente de los efectos legales previstos por el ordenamiento³⁵³. Desde una perspectiva estructural, la figura del abuso del derecho

³⁵⁰ En términos similares, *vid.* LLOPIS GINER, J. M. (1996). «El orden público: módulo general delimitativo de licitud». En PRATS, L. (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 1. Valencia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia, p. 285.

³⁵¹ Siguiendo la tesis de LLOPIS GINER, consideramos que el orden público interno y el orden público internacional –en este caso de alcance europeo– no son en realidad órdenes distintos ya que, en última instancia, la finalidad pretendida por esta figura jurídica tiene por objeto la protección de las estructuras de la sociedad y el ordenamiento jurídico de una sociedad en sentido estricto [*ibid.* p. 287]. Centrándonos en el supuesto de la Unión Europea, los Estados miembros tienen sus propios sistemas y tradiciones jurídicas que, como anteriormente hemos expresado son respetados cuando ocurre su integración en el ordenamiento de la Unión; aunque, por efecto de construcción europea, también se derivan una serie de principios que son integrados como propios por dichos Estados. De este modo, el agregado de elementos que componen el orden público de un Estado tiene dos orígenes: por un lado, unos característicos y distintivos de su propio ordenamiento y, por el otro, algunos que serán comunes al de Estados de la Unión por influjo del proyecto europeo.

³⁵² NASCIBENE, B. (2013). *Op. cit.*, p. 303.

³⁵³ Expresándolo de una manera muy similar, *vid.* MERONE, G. (2014). «Introduzione allo studio del concetto di abuso del diritto nell’ordinamento nazionale ed in quello internazionale». En MERONE, G. (coord.). *L’abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*. Napoles: Editoriale Scientifica, p. 15.

necesita entonces de la concurrencia de dos circunstancias: una de índole objetiva, que sería ese respeto formal al contenido de la norma, aunque a costa de incurrir en una operativa meramente ficticia; y otra de naturaleza subjetiva, fundamentada en la voluntad del sujeto de obtener una ventaja ilegítima de la normativa europea existente sobre cualquier materia³⁵⁴. En el orden civil que ahora nos ocupa, el abuso de derecho consistiría específicamente en un ejercicio que, intencional y deliberadamente, fuese contrario a los fines sociales y económicos que inspiran la regulación europea. El provecho del infractor se traduciría en el menoscabo de unos intereses colectivos o generales, con lo que la reacción de los ordenamientos europeo y nacionales no podría ser más lógica: aplicar al infractor el régimen que pretendía eludir, eliminando así la inoportuna ventaja que hubiese alterado al mercado.

3.3.- El problema de la insolvencia en la Unión Europea

La existencia de una situación de insolvencia transfronteriza parte de una premisa que, aunque evidente, ha de ser convenientemente recordada y destacada: debe existir una relación obligatoria de naturaleza y alcance internacional, en virtud de la cual quedan vinculados un deudor y un acreedor establecidos en foros jurisdiccionales distintos. El procedimiento concursal aparece entonces como el medio con el que el Derecho pretende salvaguardar la seguridad jurídica en el tráfico económico, desde el punto y hora en que sucede el incumplimiento de una pluralidad de obligaciones referidas a un mismo deudor.

El corolario por excelencia que trae aparejado la constitución del mercado interior estriba en que las economías nacionales experimentan un alto grado de integración recíproca. Si estimamos que la insolvencia es un factor estadístico, tanto más tendrá repercusiones transfronterizas cuando suceda un mayor número de intercambios civiles

³⁵⁴ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es bastante clara en este sentido, estableciéndose que los operadores jurídicos «no pueden prevalerse de las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta» [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax*, punto 68]. Además, la comprobación de si existe o no una práctica abusiva recaerá en manos del órgano jurisdiccional nacional, que deberá aplicar la normativa de su propio foro en materia probatoria siempre que no se amenace la eficacia del Derecho europeo; si bien, igualmente, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá aportar las oportunas precisiones para orientar al juez nacional en su interpretación [*ibíd.*, puntos 76 y 77].

o mercantiles, de desplazamientos de los factores productivos, de prestación de servicios transfronterizos o de movimientos financieros. En este orden de ideas, si anteriormente constatamos que el Derecho concursal ocupa un lugar central en todo sistema jurídico y económico, en la medida que el territorio de la Unión Europea se organiza como una unidad a efectos comerciales y se fragua un solo espacio judicial europeo –aunque luego se mantenga la independencia de las jurisdicciones nacionales singulares–, se hace imprescindible una coordinación en el procedimiento concursal que se acuerde con respecto al patrimonio de un deudor insolvente³⁵⁵. En caso contrario, el mercado interior se vería abocado a su inmediata disfunción y consiguiente fracaso, pues cualquier operador económico podría aprovecharse de sus instituciones y principios para, deformándolos a su conveniencia y libre arbitrio, lograr un propósito antijurídico.

Ciertamente y recurriendo al lenguaje metafórico, cuanto más brillante es la luz, más oscura y prolongada resulta la sombra. Esta dualidad se debe a que, por un lado, gracias al régimen de libertad de circulación y establecimiento propugnado por la Unión, se facilita el crecimiento económico para lograr el progreso social; mientras que, por el otro lado, también se acaba facilitando la transferencia de activos y litigios en un ejercicio claramente abusivo, pues el único beneficiario sería el infractor que pretendería una posición más favorable. Hablamos, por supuesto, del fenómeno de la *búsqueda de un foro de conveniencia* o, siguiendo la terminología inglesa, de la práctica del *forum shopping*³⁵⁶.

Siguiendo a GARCIMARTÍN ALFÉREZ, el deudor insolvente, temeroso de un procedimiento de ejecución colectiva, podría incurrir en dos comportamientos –de manera alternativa o acumulativa– para propiciar su huida de los acreedores que

³⁵⁵ En términos equivalentes, *vid.* Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 4 – DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 4 y s.

³⁵⁶ En aras de ofrecer un concepto de *forum shopping*, nos referiremos a los pensamientos de MONDRÉ, quien lo define como aquella circunstancia en la que «las partes litigantes estratégicamente escogen un foro sobre otro para maximizar sus posibilidades de recibir una resolución más favorable [del procedimiento]» [MONDRÉ, A. (2015). *Forum Shopping in International Disputes*. Londres: Palgrave Macmillan, p. 17]. Como resulta fácilmente deducible, ocurre un conflicto entre la jurisdicción que el Estado cree más conveniente –en defensa de los ya referidos intereses generales para con el tráfico jurídico– y el foro que las partes querrían para sí mismas –pues lo estiman más afín para con su provecho singular–.

estuviesen persiguiendo el cobro de sus créditos: por un lado, trasladar su patrimonio a otro Estado y, por el otro, reubicar su sede o domicilio a otro país³⁵⁷. Éste es el fenómeno conocido como *turismo concursal*, con el que se pretende escapar del foro que sería natural para el litigio y situarlo, a su voluntad, donde las normas sustantivas o procesales le fuesen más convenientes. En el territorio de la Unión Europea se facilita sobremanera tanto el traslado de activos –sean bienes o capitales– como de la sede o domicilio –ya sea mediante la libertad de establecimiento a nivel empresarial o, en el caso de los consumidores, invocando los derechos que la ciudadanía europea trae aparejados–, con lo que la práctica del *forum shopping* se convierte en un riesgo todavía más presente. Por eso hay que diferenciar el *uso de un derecho* del *abuso del derecho*, para lo que será determinante fijarnos si la finalidad pretendida con esa actuación se encuentra o no al servicio de unos intereses generales.

Las consecuencias del oportunismo del deudor, sin embargo, no se limitan a este extremo. Sin abandonar los pensamientos del autor antes mencionado, las derivaciones del *forum shopping* también afectarán al comportamiento de los acreedores y del Estado: los primeros, ante la incertidumbre de la internacionalización de la insolvencia, pueden encarecer sus créditos y productos –lo que aumenta los costes económicos y ralentiza la marcha del mercado– o estarán más atentos al estado de cobros para instar una ejecución singular más rápida –que iría en detrimento del resto de la comunidad crediticia y, potencialmente, ocasionaría el inmediato vaciamiento patrimonial del deudor–; mientras que los legisladores nacionales favorecerían medidas de *proteccionismo autárquico*, primando el cobro de sus acreedores nacionales y convirtiendo el espacio judicial europeo en una suerte de reinos de taifas en lo concerniente al Derecho concursal³⁵⁸.

Todo lo anterior constituye, en definitiva, un título habilitante para que el legislador europeo actúe sobre esta materia, procediendo a aproximar las normas de Derecho

³⁵⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2001) «El Reglamento de Insolvencia, una aproximación general». Cuadernos de derecho judicial, núm. 4, p. 229 y ss.

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 229 y ss. En términos muy similares, referidos a las ventajas e inconvenientes de los procedimientos territoriales y universales, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 24 y s. Asimismo, a nivel normativo, en nuestra explicación anterior se halla el desarrollo del considerando quinto del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, *vid.* Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 4.

internacional privado de los distintos ordenamientos nacionales cuando los procedimientos de insolvencia transfronterizos tengan trascendencia en la esfera territorial de la Unión, habida cuenta que es el ámbito geográfico donde se despliega el mercado interior que se pretende salvaguardar.

A mayor abundamiento, encuadrando estas últimas consideraciones en el esquema de obligación y responsabilidad que hemos venido elaborando –según el cual, en el momento en que se constituye una obligación, el acreedor podrá prever el régimen de responsabilidad civil y concursal al que se verá sometido su deudor en caso de incumplimiento, pues la responsabilidad constituye una parte sustancial de la obligación misma–, afirmaremos que la existencia de la dimensión europea no va a afectar, al menos *a priori*, esta estructura ni va a enervar el modelo de seguridad jurídica que sobre ella se funda. La pertenencia de un Estado a la Unión Europea –de donde se deduce que sus operadores económicos y ciudadanos puedan beneficiarse de las libertades derivadas de la pertenencia del mercado interior– no va a conllevar aparejada, ni muchísimo menos, una inseguridad para la negociación ni la contratación: tales circunstancias serían del todo antagónicas para con los principios que inspiran el espacio de justicia. Sin embargo, ello no obsta para que ocurra un traspaso de activos de un foro a otro o, incluso, para que suceda un traslado del domicilio o de la sede social de una persona física o jurídica. Eso sí, semejante actuación nunca debería caber a efectos estrictamente concursales, con la pretensión de eludir la legislación de insolvencia que, por derecho, habría de aplicarse para dar paso un contraproducente turismo concursal. Por el contrario, esto sólo será posible cuando se persigan unos fines legítimos y respetuosos con los intereses económicos generales del mercado pues, de otra manera, se lesionaría de una manera inexcusable la certeza de la que se alimenta el tráfico jurídico civil y mercantil.

4.- Antecedentes regulatorios

Una vez descrito el marco normativo actual sobre el que se asienta el Derecho europeo de la insolvencia, y antes de entrar a analizar la normativa ahora vigente sobre esta materia, nos parece oportuno retrotraernos un poco en el tiempo para abordar la cuestión de cómo se ha venido tratando históricamente el problema de la insolvencia en el cosmos europeo.

4.1.- Primeros intentos: los convenios multilaterales europeos de insolvencia

Atendiendo al desarrollo que hemos formulado en secciones anteriores de este epígrafe, cabe indicar a modo de resumen que en él se plasma perfectamente la finalidad teleológica que aparece expresamente mencionada en la *Declaración de Robert Schuman*, quien concebía el proyecto europeo como una construcción progresiva que, iniciándose en el terreno estrictamente económico, iría abrazando cada vez más campos de actuación hasta llegar a la pretendida unión de carácter político. Iniciándose en el punto especialísimo del carbón y el acero, no tardaría mucho en extenderse al sector de la energía nuclear y de la economía en su concepción más amplia, primero bajo el epíteto de mercado común y, después, tras su refundación con el Acta Única Europea, con el nombre de mercado interior. Esta situación permanecería en un *status* aparentemente inmóvil durante más de treinta años en los que, sin embargo, las instituciones comunes irían ganando cada vez más poder y las relaciones comerciales entre los Estados miembros se irían intensificando. Es ya a finales del siglo XX y principios del XXI cuando, finalmente, se acometen medidas orientadas a lograr la efectiva integración política al añadirse al componente netamente europeo los antiguos «pilares» de *Política Exterior y de Seguridad Común* y de *Cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior*.

Este esquema es igualmente amoldable a la casuística de la insolvencia transfronteriza desde una perspectiva europea. En los primeros años, cuando el mercado común no era más que un embrión y los agentes económicos desempeñaban casi toda su actuación «intramuros» de las fronteras nacionales, la necesidad de regular este tema no era tan

trascendental³⁵⁹. Sólo es en la medida que se realizan los propósitos de los tratados fundacionales y se logra establecer de manera efectiva ese mercado común cuando empiezan a darse las dinámicas propias de la realidad económica o mercantil, entre ellas los fenómenos de crisis e insolvencias transfronterizas. Además, si nos percatamos de qué concretas materias puede tratar el Derecho internacional privado acerca de la insolvencia –esto es, determinación de la competencia judicial y del derecho aplicable, así como del reconocimiento de decisiones judiciales a propósito de la misma y la coordinación del proceso en múltiples foros– no será muy difícil englobarlas dentro del pilar de *Cooperación en los ámbitos de Justicia e Interior* que, como acabamos de decir, se desarrolla en una fecha relativamente reciente.

Así las cosas, no es excesivamente difícil imaginarse que los primeros intentos de abordar el fenómeno de la insolvencia comunitaria se acometiesen desde la óptica de los *convenios complementarios*. La primera mención que se hace al fenómeno de la insolvencia es en uno de los instrumentos más importantes de este tipo: el *Convenio de Bruselas de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*. Ahora bien, esto sólo lo haría para exceptuar de su ámbito de aplicación todo procedimiento de naturaleza concursal³⁶⁰. El motivo por el que no se dejaba resquicio alguno a los procedimientos concursales en este primer gran texto regulador del Derecho internacional privado a nivel europeo era que, ya en 1963, se formó un grupo de trabajo con la misión específica de elaborar una convención que regulase exclusivamente toda la problemática de la insolvencia. Tal como comenta OMAR, la opinión de los expertos era la de que sólo «una convención separada sobre la

³⁵⁹ Como acertadamente consideran los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, los casos de insolvencia internacional durante en el siglo XX existían y no eran en absoluto desdeñables, con el caso de la sociedad *Barcelona Traction* de España como mascarón de proa de los procedimientos de ese tipo en aquella época. Ahora bien, al llegar el siglo XXI y con la increíble internacionalización que ha vivido la economía, «los casos de insolvencia internacional son extraordinariamente frecuentes» [CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J. (2013). «Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado». Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 5, núm. 1, p. 41]. De ahí, en consecuencia, que la regulación de esta categoría de asuntos sea una cuestión impostergable tanto por el legislador nacional como por las instancias internacionales.

³⁶⁰ En términos meridianamente claros se expresa el artículo 1.2 del meritado convenio, cuando indica que «se excluirá [...]: la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores». [Convenio de Bruselas de 1968, de 27 de septiembre, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil].

insolvencia, que tratase tanto a los consumidores, compañías como a otros cuerpos, parecía el único método para lograr una armonización en esta área de la ley»³⁶¹.

Los primeros resultados de este grupo de trabajo llegaron con el *Proyecto de Convenio en materia de quiebras de 1970*, el cual se componía por un total de 82 artículos, dos anexos (que expresaban algunos aspectos que debían ser incluidos en la regulación de la insolvencia nacional) y un protocolo (indicativo de los procedimientos nacionales concretos a los que sería aplicable el convenio)³⁶². Comentando muy sucintamente sus líneas maestras, en él se abogaba por un modelo universalista para el tratamiento de la crisis, propugnando que todo el proceso se desarrollase en una única jurisdicción, y, a fin de determinarla, se atendería al lugar donde se hallase el centro de administración del deudor³⁶³. Ello no obstaba a que, aparte de este foro principal, se pudiesen añadir tantas jurisdicciones secundarias como establecimientos tuviese el concursado, lo cual mitigaba esa universalidad. En cuanto a la ley aplicable, se establecía como norma de conflicto general la *lex fori*, salvo para la clasificación de créditos preferentes o en aquellos supuestos en que hubieren bienes gravados o sometidos a protección registral, en cuyo caso imperaría el principio de *lex loci rei sitae*. Además, una de las piedras angulares de la citada convención era el reconocimiento de las actuaciones judiciales en cualquier otra jurisdicción en la que deberían haber surtido efecto, todo ello con el fin de agilizar el procedimiento y garantizar una unidad en el mismo. La propuesta, por desgracia, fue recibida con duras críticas –especialmente tras 1973, con la incorporación del Reino Unido a las Comunidades, al entenderse que el nuevo Estado miembro debía participar el proceso de formación del texto– y, finalmente, no llegó a cuajar como convenio.

³⁶¹ OMAR, P. J. (2004). *European Insolvency Law*. Farnham: Ashgate, p. 53 y s.

³⁶² COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1970). «Avant-Projet de Convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues», Documento CEE - 3327/XIV/1 /70-F, de 16 de febrero de 1970. Para una explicación completa y coetánea de este proyecto, es igualmente destacable el informe, realizado por NOËL y LEMONTEY, en el que se detalla el porqué de la regulación [Vid. NOËL, J. y LEMONTEY, J. (1970). «Report on the Convention relating to Bankruptcies, compositions and analogous procedures». Recurso en línea, disponible en: <<http://aei.pitt.edu/35331/1/A149.pdf>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015)].

³⁶³ A este respecto, el informe comenta que la regulación se inspira directamente en el principio, generalmente aceptado por el derecho procesal internacional, de *actor sequitur forum rei*, en virtud del cual la jurisdicción competente será aquella donde se halle el domicilio del demandado [*ibíd.*, p. 25].

De esta forma se llega al *Proyecto de Convenio sobre quiebras, los convenios y procedimientos análogos* de 1980, que contaba con 87 artículos, dos anexos y un protocolo³⁶⁴. En él se redundaba en la estructura ya formulada en la anterior propuesta; si bien se aclaraban conceptos y se incorporaban algunas novedades, como fue exceptuar la quiebra de las compañías de seguros del ámbito de aplicación del texto. Esta nueva propuesta de convenio, sin embargo, también fracasó. No olvidemos que en la década de 1980 las Comunidades Europeas estaban en pleno proceso de redefinición para incluir en su seno a nuevos miembros³⁶⁵.

Entonces irrumpió en escena el Consejo de Europa que, aunque ajeno al ámbito que hemos venido tratando hasta ahora, en su calidad de organización internacional de índole territorial bien podía ayudar a la redacción de un convenio multilateral sobre la insolvencia –el cual, además, lograría extender sus efectos a más países que los incluidos en la esfera estrictamente europea, al estar abierta su ratificación para los Estados miembros del Consejo de Europa y su adhesión a los Estados no miembros–³⁶⁶. Su aportación legislativa se concreta en el *Convenio de Estambul sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra*, el cual se compone por un total de 44 artículos y dos anexos (indicativos de los procedimientos a los que será aplicable y las figuras de los distintos ordenamientos que responderían al nombre de *liquidadores*)³⁶⁷. En él se perfeccionan muchas de las circunstancias que luego aparecerían en las sucesivas regulaciones europeas. Para empezar, su ámbito de aplicación, *ex* artículo 1.1, eran los procedimientos de insolvencia que implicasen el desapoderamiento del deudor y el

³⁶⁴ Para el texto completo del Proyecto de Convenio, así como del informe relativo al mismo, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1982). «Quiebras, convenios y procedimientos análogos, proyecto de convenio e informe». Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2/82.

³⁶⁵ Para una descripción doctrinal de los Proyectos de 1970 y 1980, *vid.* ISRAËL, J. (2005). *Op. cit.*, p. 223 y ss.

³⁶⁶ Esto es, siguiendo la clasificación doctrinal previamente enunciada, el Convenio de Estambul se debería considerar como un tratado-ley multilateral abierto, pues permite la incorporación de más partes al mismo una vez se ha perfeccionado el texto.

³⁶⁷ Convenio de Estambul sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, de 5 de junio de 1990. Igualmente, a efectos interpretativos de su contenido, cabe destacar el informe explicativo emitido junto al texto; en CONSEJO DE EUROPA (1990). «Explanatory Report to the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy». Recurso en línea, disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb34a>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

correlativo nombramiento de un liquidador, expresándose concretamente aquellos cauces concursales conducentes a la liquidación de activos. Además, en él se seguía nuevamente el *modelo universalista*, fundamentado en la construcción legal del *centro de intereses principales del deudor* [en adelante «COMI», del inglés *Center of Main Interests*], que habilitaba a los tribunales de la jurisdicción donde éste se encontrase a abrir el procedimiento (artículo 4).

En lo relativo al nombramiento del liquidador, según lo mandado en el artículo 6, tendría efecto inmediato en todos los foros en que debiere haberse desplegado la insolvencia y bastaría con mostrar la copia certificada del tribunal o autoridad competente habilitándole en tal sentido. Además, ostentaría de plenos poderes para ejercitar sus funciones en toda jurisdicción extranjera, siempre que éstos no se contrapusiesen con el *orden público* allí imperante ni fuesen en contra de una garantía real ostentada por un tercero y reconocido por su ordenamiento (artículo 14). Ahora bien, antes de poder ejercer sus potestades, habría un periodo de suspensión de dos meses para permitir a los acreedores del país extranjero que reclamen sus créditos mediante acciones individuales y, de este modo, protegerles de una eventual liquidación intempestiva (artículo 11).

Asimismo, también se establecía la previsión de que se pudiesen abrir procedimientos secundarios de insolvencia –de alcance territorial– en todas aquellas jurisdicciones en las que hubiere un establecimiento permanente del deudor, en el que sería aplicable la legislación de este último foro (artículo 17). La coordinación entre el procedimiento secundario y el principal se garantizaría por un régimen de comunicación entre sus respectivos liquidadores, con la obligación expresa de compartir toda información relevante sobre el proceso (artículo 25). A su vez, para proteger el interés de los acreedores y garantizar en la mayor medida posible el principio de equidad en el trato, se mandaba que, cuando se hayan satisfecho créditos de forma parcial en cualquiera de las piezas del concurso, sólo se tendrá derecho a percibir más en otra cuando el resto de acreedores de la misma categoría hubiesen sido proporcionalmente satisfechos con la misma cantidad (artículo 25). Todo ello sin dejar de lado un régimen de información a los acreedores, en aras de garantizar la seguridad jurídica durante todo el proceso (artículo 30).

Sin embargo, y aunque el texto ha sido formalmente emitido y está abierto a la firma de cualquier país miembro del Consejo de Europa, hasta el momento no ha podido entrar en vigor y, presumiblemente, ya no lo hará nunca. La razón reside en el artículo 34 del mismo Convenio de Estambul, que establece como requisito para su entrada en vigor que al menos tres países procedan a su ratificación. A fecha de hoy, a más de un cuarto de siglo de su aprobación, sólo Chipre ha cumplido esta condición; a lo que debe añadirse que, hasta el momento, sólo hay ocho Estados que hayan ratificado el acuerdo –y no se ha producido ninguna incorporación más desde 1994–³⁶⁸. En definitiva, y a pesar de la flexibilidad e importantes innovaciones que ofrece este instrumento en el terreno de la insolvencia transfronteriza, hemos de constatar que su regulación ha acabado cayendo en el olvido.

Finalmente, retornando al ámbito comunitario, hemos de fijar nuestra atención en el antecedente normativo inmediato a la regulación que desarrollaremos en el siguiente capítulo: el *Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia* de 1995³⁶⁹. No cabe duda de que los esfuerzos realizados por el Consejo de Europa dieron un nuevo impulso a la recién constituida Unión Europea para acometer un último intento de convención internacional que regulase la insolvencia transfronteriza entre los miembros de la Comunidad, tentativas que habían sido abandonados a mediados de la década de 1980 cuando fracasó el segundo anteproyecto de tratado multilateral³⁷⁰. Compuesto por 55 artículos y tres anexos, el nuevo Convenio era heredero del espíritu y de la evolución legislativa de los textos anteriores, actualizándolos a su propia casuística temporal. En esta lógica, su ámbito de aplicación quedaba determinado en su artículo 1, estipulándose que sería aplicable «a los procedimientos colectivos de insolvencia que conlleven el desapoderamiento parcial o total del deudor y el nombramiento de un liquidador»³⁷¹ y

³⁶⁸ Para una lista con el estado de firmas y ratificaciones al convenio, *Vid.* CONSEJO DE EUROPA (2015). *Chart of signatures and ratifications of Treaty 136, European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, (status as of 10/11/2015)*. Recurso en línea, disponible en: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=136&CM=4&DF=&CL=ENG>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

³⁶⁹ Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995.

³⁷⁰ En ese sentido, *vid.* VELLANI, C. (2006). *Op. cit.*, p. 10 y ss.

³⁷¹ Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, *leg. cit.*, art. 1.1. Cabe indicar que la figura del liquidador sería asimilable a la del administrador concursal, pues no sólo se abarcan los procedimientos

excluyéndose los procedimientos de insolvencia relativos a empresas de seguros, entidades de crédito, empresas de inversión que manejen activos de terceros y organizaciones de inversión colectiva. Asimismo, los procedimientos de insolvencia a los que se refiere abarcarían tanto la reestructuración –remitiéndose a la lista desarrollada en su *Anexo A*, para explicitar los procesos concretos en cada legislación– como de liquidación –que se relacionan en su *Anexo B*–.

En cuanto a la jurisdicción, se abogaba por un sistema de *universalidad mitigada*, vertebrada en torno a un procedimiento principal y, en su caso, uno o varios procedimientos secundarios. Para determinar donde se abriría el proceso raíz se recurría a la construcción jurídica del COMI, aplicándose el principio de *lex fori* para determinar la ley que será aplicable a los diferentes aspectos del concurso; aunque para algunos casos se establecían una serie de reglas especiales³⁷². También se preveía, *ex* artículo 16, el reconocimiento de la apertura del procedimiento concursal en todos los países que formen parte del acuerdo, produciéndose desde el punto y hora en que éste fuese efectivo en el Estado de la apertura. Similar norma regía para el reconocimiento del nombramiento del liquidador en el proceso principal, quien podría desplegar todos los poderes que le confiere su ordenamiento en el resto de países comunitarios, bastando con presentar una copia certificada de la decisión por la que se le instituía en su cargo. La defensa de los acreedores también era un punto importante en el Convenio, estipulándose la publicidad de todas aquellas decisiones que fuesen relevantes para el proceso y permitiendo que pudiesen comunicar por escrito sus créditos al concurso principal, fuese cual fuese su país de residencia, con la debida traducción al idioma oficial del mismo.

El régimen de los procedimientos secundarios, que se podrían haber abierto en todo aquel Estado en que el deudor tuviese un *establecimiento* (definido como «cualquier lugar de operaciones donde el deudor lleve a cabo una actividad económica no transitoria con medios humanos y bienes»³⁷³), únicamente se permitía que fuesen de liquidación y sólo afectarían a los activos que se encontrasen en ese foro concreto. Por otra parte, se establecía una coordinación entre los procedimientos principal y

encaminados a la liquidación sino también al saneamiento, remitiéndose a la nomenclatura concreta que recibe esta figura en cada ordenamiento nacional en el *Anexo C*.

³⁷² *Vid. ibíd.*, arts. 4 y ss.

³⁷³ *Ibíd.*, art. 2.h.

secundarios, fundamentados tanto en la comunicación entre los liquidadores como en la preeminencia del liquidador del procedimiento principal para sugerir propuestas en la liquidación de los activos de los procedimientos secundarios.

Por último, en cuanto a la interpretación que debía dársele a la norma, hemos de decir que le acompañaba un *Informe* realizado por los profesores VIRGÓS y SCHMIT consistente en una exégesis de cada uno de los preceptos para determinar su sentido preciso³⁷⁴. Al mismo tiempo, para homogeneizar la manera en que éstos debían entenderse en su aplicación judicial en todos los Estados contratantes, el artículo 44 consagraba al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como supremo intérprete del *Convenio*, estableciendo a tal efecto una lista de tribunales e instancias nacionales que podían elevar cuestiones en tal sentido.

En esta ocasión, y a pesar de que finalmente se había logrado aprobar un convenio y los Estados miembros de las Comunidades Europeas lo tenían a su disposición para ratificarlo, nuevamente las desavenencias hicieron acto de presencia e impidieron la efectiva entrada en vigor del texto: el Reino Unido, en última instancia, optó por no ratificar el *Convenio* en el tiempo que se había estipulado³⁷⁵. De esta forma, aunque quedando más cerca del triunfo que en ninguno de los intentos anteriores, tampoco llegaría a entrar en vigor.

4.2.- La insolvencia transfronteriza europea en el siglo XXI: un cambio de paradigma en la autoridad competente y en el instrumento normativo

No resulta difícil ni descabellado establecer una analogía entre la primera fase de regulación de la insolvencia en antiguo orden comunitario, estructurada en torno a los

³⁷⁴ Traducción al español disponible en VIRGÓS, M. y SCHMIDT, E. (1996). «Informe sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia». En VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 297 y ss.

A este mismo respecto, también es interesante referirse también a otro estudio obra de este autor VIRGÓS, M. (1998). *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider's View*. Países Bajos: Wolters Kluwer.

³⁷⁵ Siguiendo el texto de la norma, los Estados contratantes tenían hasta el 23 de mayo de 1996 para proceder a la firma y ratificación del convenio [Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, *leg. cit.*, art. 49.3]. A propósito de este contexto, *vid.* QUEIROLO, I. (2007). *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*. Turín: Giappichelli, p. 105 y ss.

convenios complementarios que acabamos de describir, y la que ya tuvimos ocasión de observar en un punto anterior de nuestra investigación, en el que analizamos la posibilidad de armonizar las situaciones de crisis del deudor común con base en la figura jurídica del tratado internacional de alcance multilateral. A primera vista parece una solución perfectamente válida, ya que los Estados que forman parte de la Unión Europea no dejan de localizarse en un área geográfica concreta y, en consecuencia, sus tradiciones jurídicas y económicas no son en exceso dispares. Sin embargo, cuando profundizamos en nuestra reflexión y tenemos en cuenta las características del proyecto europeo, nos percatamos de que partimos de premisas fácticas diferentes y, por ello, el tratamiento jurídico que el Derecho les debe ofrecer también es diverso.

Para empezar y como hemos precisado previamente, la comunidad internacional en su conjunto adolece de órganos legislativos propios y, en consecuencia, se debe recurrir a instrumentos internacionales en virtud de los cuales las entidades soberanas se obligan a sí mismas a adoptar una determinada conducta. Esa es la razón de ser de los tratados y su cardinal importancia en el sistema de fuentes del Derecho internacional. Ahora bien, no hace falta decir que la situación en la Unión Europea no es en absoluto la misma: a diferencia de otras organizaciones, por el propósito con el que está diseñada y en virtud de los distintos tratados constitutivos que la han ido conformando, necesariamente debe contemplarse una cesión efectiva de determinadas competencias que le son propias al *ius imperium* del Estado. Todo ello convierte el diseño europeo en una superestructura dotada de verdaderas potestades normativas, debiéndose someter a su regulación el conjunto de entidades nacionales que integran la Unión.

Esto viene dado como una consecuencia lógica del alto grado de integración económica que se ha ido alcanzando entre los Estados miembros de la Unión. Llegados a un determinado punto, la protección de las libertades económicas y ciudadanas europeas sólo podría alcanzarse real y armónicamente mediante actuaciones, valga la redundancia, igualmente europeas. El problema radicaba en que, para afrontar la coordinación de los distintos ordenamientos y jurisdicciones en los que se despliega este mercado transnacional, se recurría a herramientas propias del Derecho internacional público que no terminaban de amoldarse a su específica etiología. Frente a eso, debe ponerse en valor una idea tan sencilla como esclarecedora: el Derecho europeo constituye una categoría jurídica en sí misma, resultando la única esfera legal capacitada

para ofrecer respuestas efectivas a los retos que se planteen en relación a la Unión³⁷⁶. Por eso afirmamos que la naturaleza jurídica del Derecho comunitario derivado no es exactamente la misma que se le puede dar a una norma internacional –al menos en el sentido que acabamos de precisar de instrumento por el cual se formula y concreta el *ius contrahendi* estatal–. Por el contrario, hemos de sostener que tiene conferida una naturaleza jurídica *supranacional*, en tanto que se sitúa por encima del entramado de ordenamientos jurídicos singulares sobre los que se sustenta y, además, prepondera sobre ellos³⁷⁷. Únicamente una norma de tales características puede regular de forma efectiva una *situación supranacional* como la que nos ocupa con el mercado interior

Desde esta perspectiva, recurrir a convenios multilaterales por los que se armonizan las normas de Derecho internacional privado resulta una solución doctrinalmente imperfecta, aunque funcionalmente válida. Durante décadas, la construcción internacional privatista europea se fundamentó precisamente en este *modus operandi*, el cual era previsto por el antiguo artículo 293 (antiguo artículo 220) del Tratado de la Comunidad Europea, mandándose en este precepto la negociación entre los Estados miembros para, entre otras medidas, asegurar a sus nacionales «la simplificación de las

³⁷⁶ En términos muy similares se expresa la más temprana jurisprudencia europea, en la cual ya se consideraba que «la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales» [Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend en Loos*, punto 22]. De ahí se colige el carácter autónomo del Derecho europeo con respecto a los distintos ordenamientos nacionales, con su consiguiente capacidad para generar derechos y obligaciones a los particulares. Obviamente, a lo largo del tiempo, ese ámbito restringido se iría ampliando del ámbito estrictamente económico a otro más extenso a nivel político y ciudadano.

³⁷⁷ Nos referimos, por supuesto, al *principio de primacía del Derecho europeo*. Expresado desde la óptica de los Estados singulares, implica que la integración del Derecho europeo en los ordenamientos nacionales no va a implicar su correlativa fragmentación, al verse matizado por su subordinación a las disposiciones de Derecho interno. Por el contrario, para que la regulación europea pueda cumplir sus fines de alcance transnacional y se respete la reciprocidad en la aceptación de este orden normativo, «la fuerza vinculante del Derecho comunitario no puede [...] variar de un Estado a otro, en razón de legislaciones internas ulteriores» [Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa*, punto 13; asimismo, para una descripción del principio de primacía del Derecho europeo, *vid.* GALÁN, A. y SÁNCHEZ, V. (2010). «Relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros». En SÁNCHEZ, V. M. (dir.). *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens, p. 181 y ss.].

formalidades a que están sometidos el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y laudos arbitrales»³⁷⁸. Ahora bien, con la adopción del Tratado de Maastricht y la formulación del tercer pilar –concerniente a la *cooperación en los ámbitos de Justicia y Asuntos de Interior*–, se inició un largo proceso para reconvertir esa nebulosa de convenciones internacionales en actuaciones estrictamente de la Unión³⁷⁹.

Nuestra narración se enlaza en este punto con el ya referido fenómeno de la *europización del Derecho internacional privado*, como consecuencia lógica y necesaria de la consagración del territorio en que se despliega el mercado interior como un *espacio de libertad, seguridad y justicia*. El siguiente hito en el camino ocurre con el Tratado de Amsterdam cuando, en aras de establecer progresivamente el meritado espacio de justicia, por fin se habilitaba las autoridades europeas para adoptar las medidas que creyese adecuadas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil; todo lo cual se concreta en tres grandes aspectos: primero, la mejora y simplificación del sistema de notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, en la cooperación para la obtención de pruebas y en el reconocimiento y ejecución de resoluciones en asuntos de Derecho privado; segundo, el fomento de la compatibilidad de las normas de Ley aplicable y competencia; y tercero, la eliminación de obstáculos que dificulten el buen funcionamiento del proceso³⁸⁰. En cuanto a la concreta autoridad europea a la que se arroga de competencia, observamos que hay una evolución a lo largo del tiempo. Así las cosas, en el Tratado de Ámsterdam se preveía que recayese en manos del Consejo, mientras que tras el Tratado de Lisboa se encarga esta misión al Parlamento Europeo y el Consejo³⁸¹.

³⁷⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, art. 293 (antiguo artículo 220).

³⁷⁹ Expresándose en términos muy parecidos, *vid.* QUEIROLO, I. (2007). *Op. cit.*, p. 114 y ss.

³⁸⁰ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, arts. 61.c y 65. A este mismo respecto, *vid.* MONTELLA, G. (2008). «Il conflitto di giurisdizione nel Regolamento CE n. 1346/2000». *Il fallimento*, 2008, n° 10, p. 1152.

³⁸¹ En este proceso podemos identificar una progresiva y evidente democratización del procedimiento legislativo europeo. Siguiendo el pie de la letra de los tratados, el artículo 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea diferenciaba dos momentos: un primer periodo transitorio de cinco años, en que el Consejo debería decidir por unanimidad, seguido de otra fase en que se pretende la desaparición de la unanimidad y se prima un procedimiento de mayorías. Fijándonos en el dato de que en el Consejo están representados los gobiernos de los Estados miembros, cuando se invocaba la unanimidad no se estaba

Ahora bien, abriendo un pequeño paréntesis en nuestra descripción, en este momento cabe apreciar que la implementación del tercer pilar en el conjunto de los Estados miembros no ha sido del todo homogénea. Tanto el Reino Unido e Irlanda por un lado como Dinamarca por el otro, anunciaron en sus respectivos protocolos su postura de no participar automáticamente en las medidas relativas al desarrollo espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión³⁸². Naturalmente, como veremos más adelante, esto tendrá su consiguiente efecto a la hora de determinar el ámbito de aplicación espacial de determinadas normas europeas.

En síntesis, se otorga competencia a las autoridades de la Unión Europea para elaborar las normas de Derecho internacional privado que van a regir en el mercado interior, abandonándose definitivamente la vía del convenio complementario. De este modo es posible constituir un auténtico espacio judicial europeo, que corona y conserva las libertades propugnadas por los principios económicos fundamentales de la Unión. En el universo de la insolvencia esto va a tener una trascendencia fundamental pues, apenas tres años después de la firma del Tratado de Ámsterdam, finalmente fue aprobado el primer gran texto regulador del concurso europeo: el *Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia* [en adelante «Reglamento 1346/2000»]. Por supuesto, casi no hace falta recalcarlo, el instrumento normativo de Derecho derivado que utilizaría el legislador europeo no es otro que el *reglamento*; habida cuenta que sólo es posible alcanzar una mayor eficacia y efectividad concursal con una norma de alcance global, que no necesita de trasposición para su cumplimiento y que es imperativa en toda su redacción³⁸³. De esta forma, superponiéndose a los diferentes ordenamientos nacionales, se logra una completa

haciendo sino imitar la estructura de aprobación de los convenios –eso sí, la diferencia estriba en que no hay necesidad de articular un ulterior instrumento de ratificación en cada ordenamiento para dotarles de su debida virtualidad–. Posteriormente, en el artículo 81 del TFUE se da un paso más, al indicar que las medidas deberán ser llevadas a término por el Parlamento Europeo y el Consejo.

³⁸² *Vid.* Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda y Protocolo sobre la posición de Dinamarca, ambos anejos al TUE y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esta postura se mantiene en el tiempo, fundamentándose actualmente en el Protocolo (n° 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, así como en el Protocolo (n° 22) sobre la posición de Dinamarca; ambos anejos al TUE y al TFUE.

³⁸³ En idéntico sentido, *vid.* Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, considerando 8.

uniformización y se homogeneiza el tratamiento de la insolvencia transfronteriza en toda la Unión Europea³⁸⁴.

4.3.- Actual panorama regulatorio: la reforma del Reglamento 1346/2000 y el sistema europeo de insolvencia

Sin lugar a dudas, la aprobación del Reglamento 1346/2000 supuso un cambio de paradigma en el *statu quo* existente hasta ese preciso instante de la insolvencia transfronteriza en el marco europeo. Heredero inmediato del espíritu del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 1995, en él se consuma un largo y complejo proceso legislativo que abarca casi cuatro décadas y transcurre por todas las fases de la construcción europea. En su virtud, por fin se dota al sistema jurídico de la Unión de una herramienta eficaz y operativa para atender a este problema específico, pasándose de una regulación descoordinada –en la que se tenía que recurrir a las normas de Derecho internacional privado que disponía cada ordenamiento singular– a una armonización que daba una respuesta ágil y homogénea a un amplio espectro de vicisitudes. Además, otro elemento que coadyuva en este salto cualitativo es el papel que juega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, clarificando y uniformizando la interpretación doctrinal del Reglamento que deberá aplicarse en cada una de las instancias nacionales.

No obstante, a pesar de su trascendental importancia, no vamos a focalizar nuestras energías en describir este modelo. La razón estriba en que en 2015 se culmina un profundo proceso de reforma que nos conduce a un nuevo panorama, que modifica y mejora sustancialmente aquellas proposiciones iniciales elaboradas en los albores del siglo XXI. Comentando muy sucintamente este íterin, debemos partir de la previsión contenida en el artículo 46 del propio Reglamento 1346/2000, donde se mandaba que «a más tardar el 1 de junio de 2012, y posteriormente cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social un

³⁸⁴ No obstante, como veremos a continuación, hay una serie de materias con relevancia a efectos de insolvencia que necesitan –más que un instrumento legal vinculante y directamente aplicable que regule el procedimiento– una aproximación legislativa. Para esos supuestos será útil recurrir a la figura de la *directiva*, que resulta un instrumento más idóneo para lograr la armonización desde este punto de vista.

informe sobre la aplicación del presente Reglamento»³⁸⁵; indicándose a continuación que el meritado informe debería ir acompañado de una propuesta de modificación si así se estimase procedente.

Centrándonos en este primer documento, el *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia* [en adelante «el Informe de la Comisión»] constata que el antiguo reglamento era valorado como «un instrumento satisfactorio para la coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronterizos en la Unión»³⁸⁶; si bien ello no impedía detectar algunos defectos que motivaban una readaptación del contenido de la norma, los cuales se organizan en ocho grandes aspectos: ámbito de aplicación, competencia judicial internacional, Ley aplicable, reconocimiento de las resoluciones de apertura, coordinación entre procedimientos principal y secundarios,

³⁸⁵ *Reglamento (CE) N° 1346/2000, leg. cit.*, art. 46.

³⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA (2012). «Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings», p. 4. Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

Ahora bien, no nos resistimos a señalar que esta afirmación categórica de la Comisión resulta un tanto sorprendente si la contrastamos con los resultados que arrojan las respuestas a la pregunta 1 de la encuesta efectuada por el mismo órgano y a la que nos referiremos en breves instantes. Ésta plantea si «el Reglamento europeo opera efectiva y eficientemente para coordinar los procedimientos de insolvencia transfronteriza», a lo que un 44,1% de los encuestados opinaron afirmativamente contra un 43,2% que lo hicieron en sentido contrario (mientras que el 12,6% restante optaron por no ofrecer respuesta) [Cfr. COMISIÓN EUROPEA (2012). *Published results for the survey with title: Consultation on the future of European Insolvency Law*. Recurso en línea, disponible en: <<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=Insolvency>> (última consulta: 1 de septiembre de 2013). La clave está en que hay que tener en su justa medida estas declaraciones, dadas las características del estudio realizado, que refuerzan las mucho más benignas consideraciones doctrinales y científicas sobre el mismo aspecto que se contienen en los informes antes citados.

grupos de sociedades, publicidad e información de los procedimientos de insolvencia y presentación de reclamaciones³⁸⁷.

³⁸⁷ Cabe destacar que el Informe de la Comisión en sí mismo no es excesivamente extenso –pues tan sólo consta de dieciocho páginas–, cosa que sin embargo contrasta con su completa descripción del panorama de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea. Semejante labor de concreción y síntesis únicamente ha sido posible desde un análisis teórico-práctico de calado infinitamente más profundo, del que este documento no deja de ser la punta del iceberg y que aparece expresamente referido [*vid.* COMISIÓN EUROPEA (2012). *Report from the Commission* [...], *op. cit.*, p. 3 y s].

En primer lugar se sitúa un estudio legal comparativo sobre la evaluación del Reglamento en los 26 Estados miembros, que fue llevado a término por dos centros de investigación con un gran prestigio científico en este campo –la Universidad Ruprecht Karl de Heidelberg y la Universidad de Viena– y contando con el apoyo de una amplia red de investigadores nacionales. Se compone por un detallado informe de 440 páginas, relativo a un amplio abanico de puntos a estimar por el legislador europeo, y tres anexos que contienen toda la información a partir de la cual han elaborado sus tesis [*Vid.* HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013) – HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex I: National Reports (in tabular form)». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/annex_i_EN.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013) – HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex II: National Reports (original versions)». Recurso en línea, disponible en: <<http://www.ipr.uni-heidelberg.de/InsReg/Annex%20II%20National%20Reports%20%28original%20versions%29.pdf>> (última consulta: 1 de septiembre de 2013) – HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex III: Compilation of case law». Unión Europea, <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/annex_iii_en.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013)].

En segundo término nos encontramos con el estudio para la evaluación de impacto de la reforma del Reglamento, elaborado por el consorcio de las dos grandes consultoras GHK y Milieu. Por último, como tercer estudio, están los resultados de una encuesta pública efectuada on-line entre marzo y junio de 2012. Su objetivo era conocer la opinión de los profesionales que dedican sus actividades al universo de la insolvencia desde las más diversas vertientes –jueces, administradores concursales u otros operadores jurídicos, autoridades públicas, etc.–, recibándose un total de 111 respuestas en las que mostraban su preocupación con respecto a diversas áreas de la regulación europea que entendían era necesario cambiar para lograr un mejor funcionamiento de los concursos transfronterizos que se desplegasen en el territorio de la Unión [estudio accesible en, COMISIÓN EUROPEA (2012). *Published results for the survey with title: Consultation on the future of European Insolvency Law*, *op. cit.*].

Igualmente, en la misma fecha en que se evacuó el Informe se emitió la no menos importante *Evaluación de impacto*³⁸⁸. Este documento de trabajo, redactado por los Servicios de la Comisión Europea, tiene como razón de ser la valoración de las diferentes opciones con que se pueden hacer frente a las actuales deficiencias del Reglamento y determinar cuál sería la más idónea. De esta manera, después de haber expuesto las dificultades, plantea las políticas que se pueden implementar en cada aspecto problemático y sus correspondientes consecuencias. Estas alternativas se englobarían en tres modelos de actuación: la opción del *status quo* o hipótesis de referencia, que conllevaría la no actuación; una *Opción A*, que abogaría por «una modernización del Reglamento existente, manteniendo el equilibrio actual [existente] tanto entre acreedores y deudores como en la contraposición entre universalidad y territorialidad»³⁸⁹; y una *Opción B* con una orientación mucho más ambiciosa, al tener como propósito «la modificación de los principios del Reglamento y requerir cierta aproximación o convergencia entre los procedimientos y leyes de insolvencia nacionales»³⁹⁰ –o, lo que es lo mismo, pretender una armonización a nivel sustantivo del fenómeno concursal–.

A los efectos presentes, nos parece muy interesante destacar las conclusiones que se nos ofrecen sobre la aplicación de cada una de estas esferas de soluciones. Para empezar, es evidente que manteniendo el *statu quo* difícilmente se lograrían resolver las deficiencias y, lejos de ello, no harían sino perpetuarse en el tiempo. Lo más probable es que, «si bien podría esperarse un cierto grado de convergencia normativa entre los Estados

³⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA (2012). «Commission staff working document, Impact Assessment. Accompanying the document: Revision of Regulation (EC) N° 1342/2000 on insolvency proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015). Igualmente, existe un resumen del mismo documento en el que se destacan sus valoraciones más importantes: COMISIÓN EUROPEA (2012). «Commission staff working document, Executive Summary of the Impact Assessment. Accompanying the document: Revision of Regulation (EC) N° 1342/2000 on insolvency proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia-summary_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

³⁸⁹ COMISIÓN EUROPEA (2012). *Commission staff working document, Impact Assessment [...], op. cit.*, p. 31.

³⁹⁰ *Loc. Cit.*

miembros en algunos ámbitos, probablemente en otros los problemas se acentuarían»³⁹¹. Por todo ello, en definitiva, es una posibilidad que *a priori* debemos descartar y acudir a cualquiera de las dos vías que contemplen una acción comunitaria. La primera de ellas sería la *Opción A*, que tendría «unos efectos positivos globales en comparación con la hipótesis de base»³⁹² y permitiría conseguir los objetivos políticos y solucionar las contrariedades detectadas sin llevar a cabo una injerencia en las legislaciones o políticas nacionales –lo cual respetaría escrupulosamente los principios de proporcionalidad y subsidiariedad–. Ahora bien, y a pesar de los múltiples beneficios que se podrían llegar a obtener, con esta actuación normativa limitada en ningún caso se solucionaría las ineficacias y diferencias de las legislaciones concursales nacionales, que constituye una de las principales fuentes de problemas. Todo lo contrario de lo que sucedería con la *Opción B*, que conferiría unas ventajas económicas y sociales al mercado único del todo incuestionables. La Unión Europea se podría mirar entonces en el espejo del sistema concursal de los Estados Unidos de América, donde sólo existe una regulación concursal para todo el territorio nacional, alcanzándose así una eficacia y eficiencia sin parangón³⁹³.

No hace falta decir que esta última opción es la que, al menos desde un punto de vista teórico, resulta más atractiva: la creación de un Derecho concursal europeo único, dándosele idéntico tratamiento a cualquier situación de insolvencia que hiciese acto de presencia en el espacio comunitario. El plano jurídico se adaptaría perfectamente a la situación fáctica que ya se ha creado a nivel económico y social con la instauración del mercado único y, de este modo, se garantizaría unas condiciones equitativas en toda la Unión Europea. No obstante lo anterior, esta suerte de *armonización total* tendría que hacer frente a numerosos escollos desde el plano político y legislativo. Hondas son las diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros y, para homogeneizarlas, primero debería operarse un análisis pormenorizado de los mismos. Más que una actualización del Reglamento estaríamos ante una verdadera revolución sobre el Derecho de la insolvencia en su más amplio sentido que, aunque plausible, en absoluto puede ser inmediato. Por todo esto, para atender a los problemas actuales, se respaldaría

³⁹¹ COMISIÓN EUROPEA (2012). *Commission staff working document, Executive Summary of the Impact Assessment* [...], *op. cit.*, p. 12.

³⁹² *Loc. Cit.*

³⁹³ En el mismo sentido, *vid. loc. cit.*

un cauce de actuación más medido, decantándose por la *Opción A*: con ella las ventajas de las modificaciones propuestas ya sobrepasarían los costes de su implementación, amén de someterse a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Fundamentándose en estas premisas fácticas y metodológicas, se formula la propuesta de reforma del Reglamento 1346/2000. El proceso culminó dos años y medio más tarde, con la aprobación por parte de las autoridades europeas de un nuevo canon regulatorio para el concurso transfronterizo en la Unión: el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia [en adelante «Reglamento 2015/848»]. Alcanzamos así un nuevo horizonte, en el que se profundiza en la armonización de las normas de Derecho internacional privado para mejorar la aplicación de algunas disposiciones que no daban una respuesta del todo adecuada a la fenomenología de la crisis.

No obstante lo anterior, incurriríamos en una imprecisión si afirmásemos que el Reglamento 2015/848 constituye la única norma creada en la Unión Europea con relevancia a efectos concursales. Por el contrario, nos encontramos con una pluralidad de textos que hacen algún tipo de referencia a la insolvencia y, en definitiva, modulan su tratamiento por parte de los Estados miembros. De ellos son destacables los que se orientan a solventar problemáticas de índole sectorial de la insolvencia –que, como observaremos en el siguiente epígrafe, no están contemplados por el ámbito de aplicación material del Reglamento 2015/848³⁹⁴ o a ofrecer protección a los trabajadores dependientes³⁹⁵.

³⁹⁴ Nos referimos a las entidades de seguro, de crédito y de inversión que, dada la fuerte intervención administrativa a la que están sometidas y sus especificidades operativas, requieren de una armonización específica y diferenciada.

Empezando por las entidades de crédito e inversión, hemos de mencionar las siguientes normas: La Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito – La Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión – El Reglamento (UE) n.º 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n.º 1093/2010. Un análisis completo –aunque

Siguiendo a VIRGÓS y GARCIMARTÍN, este conjunto de disposiciones vendría a constituir el «sistema de insolvencia transfronteriza»³⁹⁶. Todas ellas forman el denominado *círculo hermenéutico*, en torno al cual se deberán realizar las distintas interpretaciones. En ese esquema, el Reglamento 2015/848 se erige en su espina dorsal y encarna la *regla general*, mientras que el resto de textos satelitales actuarían como *reglas especiales* según la materia concreta a la que se consagren. En la presente investigación vamos a centrarnos exclusivamente en el elemento medular en tanto que necesario, pues comprendiendo sus disposiciones no sentiremos en condiciones de discernir cuál es el efecto del principio de universalidad en el concurso europeo.

desactualizado, dados los profusos cambios operados en la normativa a consecuencia de la crisis económica vivida en los últimos años y que fue especialmente sufrida por este tipo de entidades— lo encontramos en VELLANI, C. (2006). *Op. cit.*, p. 79 y ss.

En cuanto a las entidades de seguro, la materia había venido siendo armonizada mediante la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros; ahora bien, este texto fue derogado por efecto de la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio. Un análisis a este respecto lo hallamos en *ibíd.*, p. 102 y ss.

³⁹⁵ Concretamente, el texto que constituye el pilar en este sentido es la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. A este tenor, indicándose los intereses jurídicos que se pretendían proteger, *vid. ibíd.*, p. 71 y ss.

³⁹⁶ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2004). *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law, p. 9.

Conclusioni del capitolo III

Nei primi due capitoli abbiamo osservato che in caso di inadempimento delle obbligazioni si verifica una reazione dell'ordinamento giuridico per garantire la sussistenza dell'ordine economico stabilito. Questa è la ragione dell'esistenza dei procedimenti di esecuzione individuali e collettivi, in cui si attua la forza coercitiva dello Stato per garantire la protezione effettiva dei diritti di credito. Il problema sorge quando il debitore ha sviluppato le sue attività economiche in più di uno Stato e, di conseguenza, ha suddiviso i diritti e i debiti in più di una giurisdizione. In sede di insolvenza, ciò crea notevoli difficoltà affinché possa articolarsi correttamente la *vis attractiva concursus*, preso atto che esisteranno molteplici fori competenti a prendere cognizione dei diversi elementi della massa attiva e passiva, essendo applicabili legislazioni diverse. In poche parole, è questa la difficoltà aggiunta alla quale si dovrà far fronte nelle procedure di insolvenza transfrontaliere: coniugare, da una parte, il trattamento processuale onnicomprensivo che necessita la situazione economica del debitore, e dall'altra, la frammentazione del suo patrimonio sul piano internazionale. Solo nella misura in cui si offra una risposta a tale sfida, la procedura concorsuale potrà espletare correttamente le funzioni che gli siano state assegnate.

Dal punto di vista teorico e nell'ambito del diritto internazionale privato, si possono elaborare due soluzioni logiche contrapposte, ognuna con i propri pro e contro. Da un estremo, la *tesi territorialistica* opterebbe per aprire tante procedure di insolvenza, ognuna con un proprio giudice e legge applicabile, quanti siano gli Stati in cui vi fossero elementi patrimoniali. Ciò assoggetterebbe perfettamente i diritti e gli obblighi radicati in un foro al controllo giuridico dello stesso, anche se al costo di frammentare le masse concorsuali e svilire il principio della *par condicio creditorum*. D'altra parte, la *tesi universalistica* opterebbe per la soluzione contraria: aprire un unico procedimento di insolvenza, sottoponendo l'attivo e il passivo del debitore a un solo regime di controllo giudiziale e normativo. Naturalmente, con ciò si creerebbe una tipologia procedimentale più simile a quelle rette dalle procedure concorsuali nazionali e si permetterebbe una ripartizione degli attivi più equa; ciononostante, in non poche occasioni, questo *modus operandi* si può allontanare - tanto materialmente quanto giuridicamente - dai diritti e dalle obbligazioni patrimoniali del debitore come furono originariamente costituiti, facendo sì che sia più semplice portare a termine le diverse situazioni concorsuali e, ciò che è più importante, sminuendo la certezza del diritto che

deve disciplinare il traffico economico. In definitiva, se capiamo che il principio di universalità è l'opzione più adeguata perché la procedura concorsuale possa arrivare a compiere le sue finalità, dovremmo decisamente parteggiare per la tesi universalistica; questo sì, sfumandola con gli elementi di natura territorialistica che siano convenienti quando la certezza del diritto così lo richieda.

Per quanto concerne la regolamentazione effettiva di questa materia, ci si presenta un panorama in cui potranno affiorare molteplici divergenze fra le norme di diritto internazionale privato predominanti in ogni ordinamento. Poiché non può essere in un altro modo, queste discrepanze finirebbero per danneggiare il buono sviluppo della procedura che, per raggiungere adeguatamente i suoi fini, necessita di un trattamento agile in cui le diverse previsioni rientrino in un meccanismo processuale correttamente assemblato. Da ciò deduciamo la necessità di seguire qualche modello di regolamentazione armonica; a questo proposito troviamo due sistemi per stemperare le distanze tra le legislazioni nazionali: l'alternativa del trattato e l'adozione delle raccomandazioni contenute in una legge modello.

Nonostante ciò, questi strumenti giuridici si rivelano chiaramente insufficienti per far fronte alle circostanze specifiche dell'Unione Europea. Dal momento in cui si fondarono le prime Comunità, la fase di integrazione economica ha svolto un ruolo centrale nel processo di costruzione europea, con l'aumento esponenziale degli scambi commerciali tra gli Stati membri. Tutto ciò si concretizza nella composizione del *mercato interno* in quanto spazio libero da frontiere interne in cui si garantisce la circolazione delle merci, dei servizi, delle persone e dei capitali. Affinché queste libertà si sviluppino correttamente e non ci siano alterazioni nel mercato, è imprescindibile che si configuri un sistema di cooperazione giuridica in ambito civile con una ripercussione transfrontaliera. Tale cooperazione si dispiega su un doppio versante: da una parte, si articola in uno spazio giuridico europeo dove le differenze fra le giurisdizioni nazionali si comportino come se appartenessero a un unico potere giudiziale statale - mediante il mutuo riconoscimento delle risoluzioni giudiziali e permettendo che gli operatori economici dell'Unione possano accedere ai procedimenti in condizioni di uguaglianza - e, dall'altra, conferendo competenza al legislatore europeo per avvicinare le legislazioni nazionali e, se necessario, per costituire un *corpus* normativo di diritto internazionale privato.

Da tutto quello che è stato detto precedentemente, si deduce che il diritto europeo non può essere indifferente al problema dell'insolvenza. A prescindere dal fatto che tutto il processo di integrazione economica serva come cassa di risonanza per le situazioni di crisi, facilmente si potrebbe trarre vantaggio dalle libertà caratteristiche dell'Unione per attuare una frode nei confronti dei creditori: non a caso, la pratica del *forum shopping* è un rischio costante, poiché il debitore potrebbe trasferire beni o procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro per eludere il suo coinvolgimento in un processo di esecuzione collettivo. Pur avendo cercato di regolamentare questa materia per un periodo di più di trent'anni tramite la negoziazione di convenzioni complementari non si è riusciti a perseguire un possibile risultato fino a quando il diritto europeo non ha raggiunto un livello di sufficiente perfezionamento e non ha sviluppato l'idea di un territorio caratterizzato da un giustizia comune. È quello il preciso momento in cui, finalmente, si verifica un cambio di paradigma e si affida alle autorità europee il compito di occuparsi direttamente della regolamentazione dell'insolvenza, del cui *status quo* discuteremo nel prossimo capitolo.

CAPÍTULO IV

EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD EN EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA

Introducción

En este último capítulo vamos a observar de qué manera se plasma el principio de universalidad en el instrumento con que se van a disciplinar los concursos transfronterizo que se desarrollen en la Unión Europea: el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

A tal fin estructuraremos nuestro discurso en seis apartados, en los que sintetizaremos el espíritu y contenido de la norma. Comenzaremos describiendo su marco normativo, donde definiremos la opción teórico-doctrinal escogida por el legislador europeo para vertebrar el procedimiento –la tesis de universalidad mitigada–, habida cuenta que en ella se sintetiza el ser de la regulación. Acto seguido, detallaremos cada uno de los aspectos de los que trata el texto –su ámbito de aplicación, la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el régimen concursal internacional y la interrelación entre distintos procedimientos de insolvencia–, comentando en cada uno de ellos en qué forma se revela la universalidad.

1.- Marco normativo: la universalidad mitigada

En un punto anterior de nuestra investigación tuvimos ocasión de referirnos a los dos modelos doctrinales como se puede disciplinar la insolvencia transfronteriza: la *tesis universalista* y la *tesis territorialista*³⁹⁷. A continuación, a modo de introducción y para definir el marco general en el que se va a inspirar la regulación de la insolvencia en la Unión, analizaremos críticamente por qué paradigma se acaba decantando el Reglamento 2015/848.

A modo de resumen, dijimos que la opción territorialista optaría por abrir tantos procedimientos de insolvencia, cada cual con su propio Juez y Ley aplicable, como Estados por donde hubiere elementos patrimoniales –lo que sujetaría perfectamente los derechos y obligaciones radicadas en un foro al control jurisdiccional del mismo, aunque a costa de fragmentar las masas concursales y enervar el principio de la *par condicio creditorum*–; mientras que la alternativa universalista abogaría por todo lo contrario: abrir un único procedimiento de insolvencia, sometiendo el activo y el pasivo del deudor común a un solo régimen de control judicial y normativo –tanto procesal como sustantivo–. Naturalmente, con ello se da a luz a una tipología procedimental más parecida a la que rige en los concursos nacionales; sin embargo, en no pocas ocasiones, este *modus operandi* se puede alejar –tanto material como jurídicamente– de los derechos y obligaciones patrimoniales del deudor, haciendo que sea más difícil llevar a cabo las distintas actuaciones concursales o que éstas respeten la ligazón que les une con su vínculo obligacional primitivo.

Planteando esta disyuntiva en el ámbito del mercado interior, parece que –al menos *a priori*– hemos de descartar de plano la tesis de territorialidad. La razón fundamental estriba en la motivación ontológica más profunda de esta tesis, que va ligada a un sentido arcaico de soberanía del todo incompatible con los principios inspiradores de la Unión Europea. Desarrollando sucintamente esta idea y siguiendo la acertada visión de MALTESE, entenderemos que la territorialización procesal encaja con una connotación eminentemente publicista del ejercicio de la jurisdicción, «que es primariamente expresión de la soberanía estatal y es sólo indirectamente instrumental para la

³⁹⁷ A este respecto, *vid.* p. 159 y ss. de la presente investigación.

realización de los derechos de los afectados»³⁹⁸. En ese sentido recordamos la estructura de la acción dentro del esquema del procedimiento heterocompositivo al que tantas veces hemos aludido, en cuya virtud cualquier persona podía solicitar al poder omnímodo del Estado que acudiese en defensa de los intereses de los que fuera titular³⁹⁹. Esto encontraba un primer matiz en sede de insolvencia, habida cuenta que los intereses protegidos por el procedimiento ya no son singulares, sino colectivos, lo cual termina modulando tanto los derechos de crédito pretendidos por los acreedores como la ordenación de la situación económica que le interesaría al deudor común⁴⁰⁰. De esta forma aparecía el principio de universalidad como un elemento distintivo del procedimiento de insolvencia, ya que resulta imprescindible tomar en consideración el entero patrimonio del deudor común –en su doble dimensión activa y pasiva– para llegar a una solución justa y respetuosa con la seguridad jurídica que debe imperar en el tráfico jurídico. Claro está, en la medida que el deudor y toda su comunidad crediticia se hallan sometidos a un solo poder jurisdiccional, el factor de la soberanía nacional y su función instrumental para la protección de los derechos subjetivos patrimoniales se convierten en circunstancias perfectamente coincidentes, no permitiendo que nos percatemos de la primacía teórica del primer elemento sobre el segundo. Eso sí, desde el punto y hora en que un componente transfronterizo hace acto de presencia, la lógica nos conduce a circunscribir el procedimiento a las fronteras nacionales de ese foro, pues constituyen el límite de su capacidad tuitiva.

Por supuesto, esta visión no es en absoluto trasladable al mundo actual y, ni mucho menos, al territorio de la Unión Europea. Para empezar y como ya hemos afirmado, el objetivo primordial del Derecho radica en cumplir con una función social –esto es, aportar soluciones a los conflictos intersubjetivos– y no en apuntalar ni sacralizar la estructura del Estado y el instituyo de su soberanía *per se*⁴⁰¹. En este orden cosas, si la

³⁹⁸ MALTESE, M. (2013). *Op. cit.*, p. 344. En idéntico sentido, aunque más detallado, *vid.* QUEIROLO, I. (2007). *Op. cit.*, p. 15 y ss.

³⁹⁹ Idea que plasmamos de una manera gráfica en el «Esquema 2: estructura del derecho procesal de la acción» [*vid.* p. 55 de la presente investigación].

⁴⁰⁰ Lo cual aparece expresado de una manera sintética en el «Esquema 3: estructura de la acción concursal» [*vid.* p. 130 de la presente investigación].

⁴⁰¹ A modo de ejemplo y contraste, *cfr.* las tesis de IHERING y SAVIGNY, ya estudiadas en un momento anterior de nuestro estudio, en el contexto de la formación del Derecho contemporáneo [*vid.* p. 153 y ss. de la presente investigación].

soberanía es subsidiaria a un fin, ésta puede ceder para una mejor realización de un propósito jurídicamente valioso⁴⁰². Así quiebra la territorialidad concursal, pues un Estado permitirá que otro actúe sobre elementos y circunstancias que se hallen bajo su esfera de control territorial –y, entendiéndolo a la inversa, será capaz de asumir competencias que le corresponderían a otro Estado, en la medida que suceda una reciprocidad– para permitir que se opere correcta y efectivamente el principio de universalidad de la insolvencia. Este axioma se eleva a su máxima expresión en el escenario europeo, donde la soberanía en el plano económico de los Estados miembros aparece como una realidad tremendamente diluida y, en todo caso, puesta al servicio de un bien innegablemente superior: el buen funcionamiento del mercado interior. Realmente nos hallamos ante el contrapunto más radical del modelo teórico-nacionalista, ya que lo primero va a ser la salvaguarda del espacio económico de la Unión y lo segundo, a modo de consecuencia, el desarrollo del poder judicial de cada Estado miembro en el efectivo ejercicio de sus facultades soberanas –dada la inexistencia de una jurisdicción europea única para articular el espacio de justicia, recayendo en los órganos jurisdiccionales nacionales la llevanza de los conflictos civiles–.

Todo ello nos conduce a la primacía de la *tesis de universalidad* como criterio básico para los procedimientos de insolvencia transfronterizos que tengan lugar en el ámbito de la Unión. En primer lugar, se trata de la hipótesis que mejor encaja con los principios inspiradores de la construcción europea, que orbitan en torno de la limitación de determinadas esferas potestativas de los Estados miembros y, paralelamente, parten de la premisa de que suceda un reconocimiento recíproco, confiado y directo de las resoluciones nacionales en el espacio judicial europeo; amén de permitir el acceso de todos los acreedores al procedimiento para que insinúen sus créditos. Por otra parte, con este modelo teórico se puede sustanciar una estructura concursal similar a la que se articularía si se localizase en un único ordenamiento, al no fragmentar las masas activa

⁴⁰² A propósito de esta misma idea también se pronuncia WESSELS, para quien la soberanía está al servicio de un *demos* o pueblo–de donde, por medio del ejercicio de la *democracia*, aparece su legitimidad–.En el contexto de los intercambios internacionales, hay que tener en cuenta una nueva categoría: el *pueblo comercial*, que estaría constituido por una amalgama de sujetos intervinientes de múltiples Estados. Desde esta perspectiva, naturalmente, el modelo territorial conllevaría la escisión de ese *demos*, lo que iría en contra de la lógica de su legitimidad [vid. WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 43 y ss.].

y pasiva en diversos cauces procesales según el foro en que se localicen y, en paralelo, al ofrecerles un tratamiento homogéneo al serles aplicable la misma legislación. Con ello se logra ofrecer una dinámica jurídica en la que el principio de universalidad podrá ser plenamente operativo, brindando sus ventajas también en un contexto internacional –aumentándose las posibilidades de satisfacción del crédito y respetándose la *par condicio creditorum*–. Por último, también se impide que las libertades del mercado interior sean aprovechadas por los deudores insolventes en fraude de acreedores, ya que la fuga de activos no tendría efecto alguno sobre el procedimiento, ya que seguirían estando sujetos al ordenamiento donde su titular estuviese domiciliado⁴⁰³.

No obstante todo lo anterior, la *tesis de universalidad* en su formulación más ortodoxa no es el paradigma óptimo para la regulación del concurso transfronterizo. El motivo se encuentra en que hay algunas relaciones jurídicas que, por razón de su naturaleza o por las condiciones en las que fueron constituidas, merecen un tratamiento diferenciado que se adapte mejor a su particular casuística. En opinión de DE CESARI y MONTELLA, debe encontrarse un sistema que sepa encontrar un equilibrio entre «las exigencias universalistas y la necesidad de respetar los principios fundamentales recogidos en los ordenamientos nacionales en lo que se refiere a la disciplina concursal»⁴⁰⁴.

Para sostener esta aseveración hemos de recurrir a la estructura básica que hemos venido formulando desde el principio de esta investigación, según la cual existe una ligazón inextricable entre la obligación y el instituto de la responsabilidad –sea en su vertiente estrictamente civil, en la que sólo se afectan los derechos patrimoniales, o en su derivada concursal, donde también se modulan las deudas–, pues el último se desencadena a consecuencia de incurrirse en un incumplimiento del primero. Claro está, si en el contexto de un concurso internacional imponemos sobrevenidamente una normativa distinta de aquella que las partes pudieron haber previsto en el momento

⁴⁰³ Esto es, para lograr escapar de un ordenamiento concursal específico, el deudor debería trasladar su COMI –la figura sobre la que orbita la determinación de la competencia y que más adelante detallaremos–, lo cual es una operativa sensiblemente más complicada que proceder a la sola transferencia de activos. *A sensu contrario*, sin embargo, la tesis de territorialidad protegería a los acreedores del traslado del COMI, ya que lo verdaderamente importante estibaría en la ubicación de los bienes del deudor. A este respecto, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 24 y ss.

⁴⁰⁴ DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 7

fundacional de su vinculación, el resultado no sería otro que enervar la seguridad jurídica. Ése es, en definitiva, el límite de la tesis de universalidad, la cual no debe sobreponerse a cualquier precio en pro de un igualitarismo absoluto.

La cuadratura del círculo se consigue con una proposición de carácter intermedio, aunque evidentemente más próxima a la tesis universalista, que la doctrina la ha venido denominando como la *tesis de universalidad mitigada*⁴⁰⁵. Expresando sus líneas maestras, pues entraremos a analizar cada punto con la merecida profundidad cuando corresponda, en principio se arrogará de competencia judicial internacional a un único órgano jurisdiccional –en cuyo procedimiento y bajo su potestad se hará recaer la cognición de la entera situación patrimonial del deudor, siendo determinado por la localización de su COMI– e imperará una sola Ley aplicable –que será aquella que rija en el foro que enjuicie el asunto, la cual determinará los aspectos sustantivos y procesales de la insolvencia–. Ahora bien, en determinadas circunstancias se permitirá romper esas dos reglas generales, de modo que puedan abrirse procedimientos de ejecución colectiva de alcance estrictamente territorial –que afectarán a la masa activa presente en el foro donde hubiere un establecimiento del deudor– y determinadas relaciones jurídicas se disciplinarán por una legislación sustantiva diferente de aquella que, ordinariamente, instruiría las masas de ese proceso –y se preferirá, en cambio, aquella que hubiese sido de previsible aplicación *ab origine*–.

⁴⁰⁵ E. g., *loc. cit.* – QUEIROLO, I. (2007). *Op. cit.*, p. 36 y ss. – VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 25 y ss.

2.- **Ámbito de aplicación**

Desde una perspectiva doctrinal y teórica, toda norma presenta cuatro frentes que determinan su ámbito de aplicación en el más amplio sentido: el espacial, expresivo de su alcance geográfico; el temporal, indicativo del momento en que sus disposiciones entrarán en vigor y comenzarán a desplegar su mandato; el material, relativo a aquellos aspectos que van a ser disciplinados por el texto; y, por último, su relación con otros instrumentos que también regulen el mismo aspecto de la realidad social y económica.

2.1.- *Ámbito de aplicación espacial*

Posiblemente el aspecto más sencillo de describir resida en el ámbito de aplicación espacial del Reglamento 2015/848. En aras de cumplir sus objetivos y procurar un correcto funcionamiento al mercado interior cuando acaezca una situación de insolvencia con trascendencia transfronteriza, su alcance geográfico no puede ser otro que el del conjunto de Estados miembros de la Unión Europea, en cuyo seno se conforma este espacio económico⁴⁰⁶. Sin embargo, encontramos una importante excepción que no podemos dejar de señalar: el caso de Dinamarca, que deberá ser considerado como un Estado tercero a todos los efectos.

Como ya tuvimos ocasión de comentar, la cooperación en asuntos de justicia e interior no ha sido aceptada de igual grado por todos los Estados de la Unión. Dado que en ese contexto se inscribe el Reglamento 2015/848, las matizaciones que se hayan podido formular acabarán afectando al régimen de aplicabilidad o de adopción del texto. Así las cosas, Dinamarca rehusó participar en esa dimensión de la construcción europea, quedando recogida su posición en el Protocolo nº 22 anejo al TUE y al TFUE. Por eso, haciéndose eco de esta resolución, el considerando 88 del Reglamento 2015/848 indica

⁴⁰⁶ Posiblemente la definición más clara de en qué ámbito espacial será aplicable la norma se encuentre en su preámbulo, ligándolo a un concepto de Derecho internacional privado orientado a determinar qué foro está revestido de competencia judicial internacional para la cognición del procedimiento de insolvencia principal –el COMI, el cual será convenientemente descrito en el siguiente epígrafe– Así las cosas, siguiendo los términos literales de la regulación europea, el Reglamento 2015/848 «se aplica solamente a los procedimientos relativos a deudores cuyo centro de intereses principales esté situado en la Unión» [Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 25].

que este país «no participa en la adopción del presente reglamento, por lo que no está vinculada por el mismo ni obligada a aplicarlo»⁴⁰⁷.

Mención aparte merece la situación relativa al Reino Unido e Irlanda que, según aparece reflejado en el Protocolo 22 anejo al TUE y al TFUE sobre su posición con respecto a la cooperación en asuntos de justicia e interior, pueden decidir si participan o no en la adopción de una norma para, a continuación, estar obligados a aplicarla. Pues bien, haciendo uso de esa posibilidad, estas dos naciones notificaron su intención de formar parte de la regulación –lo que se traslada en el considerando 87 de la norma–⁴⁰⁸.

2.2.- *Ámbito de aplicación temporal*

El ámbito de aplicación temporal tampoco nos ofrece demasiadas dificultades, concretándose su regulación en el artículo 84 del Reglamento 2015/848. En él se indica que el común de sus disposiciones serán aplicables a los procedimientos de insolvencia que se abran después de 26 de junio de 2017. Teniendo en cuenta que se trata de un acto jurídicamente completo que no necesita de ninguna actuación de los legisladores nacionales que lo complete, a partir de esa fecha desplegará plenos poderes y deberá ser directamente aplicada por los órganos jurisdiccionales de la Unión⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, considerando 87. Ahora bien, ello no obsta para que este país se vea sujeto al resto de directivas en materia concursal que sean formuladas por las autoridades europeas. El motivo se encuentra en que la exclusión establecida en el meritado Protocolo nº 22 se refiere exclusivamente al Título V del TFUE, mientras que las otras normas se incardinan en otros apartados del mismo texto. De esta manera se llega a una situación problemática, ya que no será aplicable el elemento medular del sistema europeo de insolvencia pero sí ciertas normas sectoriales, lo que traerá aparejado cierta disfunción a la hora de implementar la hermenéutica concursal europea. A propósito de estas dificultades, *vid.* VELLANI, C. (2006). *Op. cit.*, p. 138 y ss.

⁴⁰⁸ Cabe hacer aquí un apunte interesante, pues haber conseguido la inclusión del Reino Unido en el sistema de insolvencia europeo significa un verdadero triunfo. El logro es especialmente destacable, en especial si nos fijamos en el Reglamento 1346/2000 y su contexto histórico más inmediato. No en balde, el fracaso del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 1995 recayó en este país por no haber procedido a su ratificación. Que cinco años más tarde se aceptase un texto, llegándose así a tan amplio consenso, no deja de ser un hito destacable.

⁴⁰⁹ En términos idénticos, aunque refiriéndose al precepto correspondiente del Reglamento 1346/2000, *vid.* DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 270 y s.

Al mismo tiempo, siguiendo con la lectura del precepto, se da traslado al mandato de que no se modifiquen las normas de conflicto aplicables para los actos jurídicos llevados a término por el deudor antes de la entrada en vigor del Reglamento, que «continuarán sujetos a la ley que les fuese aplicable en el momento de su celebración»⁴¹⁰. En otras palabras, el legislador comunitario ha querido restringir los efectos retroactivos de la norma en una doble vertiente: la primera procesal, al impedir que pueda llegar a afectar a los concursos ya abiertos, y la segunda de Derecho aplicable, en aras de proteger la seguridad jurídica y las legítimas expectativas formadas en el momento de la contratación⁴¹¹. Además, en el ínterin entre la entrada en vigor del Reglamento 848/2015 y su definitiva puesta en funcionamiento, seguirá aplicándose el antiguo Reglamento 1346/2000.

Eso sí, hay tres preceptos que serán aplicables en una fecha distinta. Por un lado, se adelanta al 26 de junio de 2016 el momento en que los Estados miembros deberán facilitar una breve descripción de su legislación y de sus procedimientos concursales a la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil –siendo importante disponer de esta documentación con anterioridad a la entrada en vigor del grueso de la norma, de cara a que los operadores jurídicos y económicos de la Unión conozcan el estado de la situación en los diferentes ordenamientos–; mientras que, por otro lado, se atrasa la

⁴¹⁰ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 84. Ahora bien, encontramos una matización a este principio en el caso *ERSTE*. Exponiendo muy sucintamente el problema planteado, se abrió un procedimiento de insolvencia principal en Austria con posterioridad a la entrada en vigor de la entonces regulación imperante, el Reglamento 1346/2000; si bien se encontraban una serie de bienes en el territorio de Hungría, que a la fecha de apertura del procedimiento todavía no era un Estado miembro de la Unión Europea. El 1 de mayo de 2004, sin embargo, obtiene esa condición y, por consiguiente, le es aplicable a partir de ese momento todo el acervo del Derecho europeo. La cuestión que se planteaba era si debía reconocerse aquel procedimiento de insolvencia abierto con anterioridad al momento en que el Reglamento 1346/2000 empezase a ser aplicable en Hungría. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue que, en aras de preservar la coherencia del sistema establecido por la regulación europea en materia de insolvencia y la eficacia del procedimiento, en ese supuesto debería aplicarse la norma europea [*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2012, asunto C-527/10, *ERSTE*, puntos 44 y ss.].

⁴¹¹ Entendiéndose por el «momento de apertura» la definición ofrecida por el artículo 2.8 del Reglamento, que lo define como «el momento a partir del cual surte efecto la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, independientemente de que dicha resolución sea o no definitiva» [*ibid.*, art. 2.8].

fecha máxima en que deberán entrar en funcionamiento los registros nacionales de insolvencia (a 26 de junio de 2018) y su ulterior interconexión a nivel europeo (a 26 de junio de 2019), pues ambas medidas van a requerir de la actuación de las autoridades nacionales para adaptar sus sistemas de insolvencia internos y asegurar así su correcta implementación⁴¹².

2.3.- *Ámbito de aplicación material*

El Reglamento 2015/848 despliega sus efectos cuando concurren dos requisitos: en primer término, debe existir un procedimiento de insolvencia en curso, y segundo, que éste tenga una resonancia trasfronteriza –puesto que, de lo contrario, sería suficiente con la sola aplicación de las normas nacionales para resolver las controversias de índole intersubjetiva–. Centrándonos en la primera parte del enunciado, hemos de delimitar qué hemos de entender por un procedimiento concursal, para lo que hemos de recurrir a la redacción del artículo 1 de la norma.

A tal fin recurre al concepto de *procedimientos colectivos*. Evidencia así un claro contraste con otra tipología procedimental implícita, la de los procedimientos ejecutivos singulares, pues en los que nos ocupan van a concurrir una pluralidad de acreedores cuya satisfacción conjunta deberá maximizarse. Naturalmente, esta clase de cauces procesales aparece regulada en una categoría normativa específica que, casi no hace falta mencionarlo, recibe el nombre de *legislación en materia de insolvencia*. La razón que explica esta redundancia se halla en el hecho de que el legislador europeo únicamente regula las normas de Derecho internacional privado que regirán en los procedimientos transfronterizos en la Unión, no elaborándose un concepto de «insolvencia» ni de «procedimiento concursal» único para toda Europa, motivo por el cual debe remitirse al *maremagnum* de cauces procesales internos de cada Estado miembro. De ellos se hace una alusión expresa y directa en el Anexo A del mismo Reglamento 2015/848, lo que puede hacer recidivante establecer una delimitación terminológica⁴¹³. Sin embargo, nada estaría más lejos de la buena praxis legislativa,

⁴¹² *Ibid.*, art. 92.

⁴¹³ Siguiendo a WESSELS, la finalidad perseguida por los anexos es facilitar en la mayor medida posible la aplicación de la norma europea sobre insolvencia, pues el «*sistema de lista cerrada* provee a los administradores concursales y tribunales un sencillo método [...] para verificar cuándo es aplicable la

pues resulta imprescindible establecer un criterio general y abstracto para alcanzar un evidente propósito: es servir de guía al legislador europeo para la ulterior inclusión de nuevos procedimientos nacionales –en la medida que cumplan los requisitos estipulados en la regla general–⁴¹⁴.

En ese sentido, el espíritu que subyace en el Reglamento 2015/848 es abarcar todos los institutos de insolvencia posibles⁴¹⁵. Desde el punto de vista de su finalidad, éstos pueden tener por objeto cualquiera de los dos grandes propósitos de la regulación concursal: o la liquidación de los activos del deudor –de cara a operar la *función solutoria* propia de los procedimientos ejecutivos– o bien el saneamiento de su patrimonio –en aras de llevar a cabo, además, una *función de índole conservativa*–⁴¹⁶.

regulación a un procedimiento de insolvencia específico» [WESSELS, R. (2007). *Insolvency Law, international instruments and commentary*. Países Bajos: Kluwer, p. 39]; o, lo que es lo mismo, así se ofrece un mayor grado de certeza a los operadores jurídicos.

En el Reglamento 2015/848 aparecen referidos dos anexos en ese sentido: en el *Anexo A* se señalan los procedimientos de insolvencia sobre los que recae el ámbito de aplicación de la norma, mientras que en el *Anexo B* se indica la nomenclatura a la que responden los administradores concursales en cada jurisdicción europea. A ellos, además, hay que añadirles los Anexos C y D, relativos a los reglamentos derogados con ocasión de la aprobación de este nuevo texto y la tabla de correspondencias entre los artículos del Reglamento 1346/2000 y el Reglamento 2015/2014.

⁴¹⁴ A propósito de la intención de perdurabilidad en el tiempo del texto y la necesidad de que exista una indicación abstracta, así como de la inexistencia de un concepto de insolvencia europeo y la necesidad de acudir a los ordenamientos internos, *vid.* DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 83 y s.

⁴¹⁵ En ese sentido recordamos nuestras reflexiones a propósito de los múltiples sistemas de insolvencia que, partiendo de distintas premisas teóricas, podrían llegar a formularse [*vid.* p. 95 y ss. de la presente investigación]. Evidentemente, ante la hipotética disparidad normativa, el legislador europeo no puede sino intentar extender el ámbito de aplicación material a la más amplia gama de modelo procedimentales concretos ya que, en caso contrario, estaría dejando fuera determinados procedimientos de ejecución colectiva.

⁴¹⁶ VIRGÓS y SCHMIDT, en su informe acerca del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia de 1995, hacen una interesante meditación acerca de la inclusión de los procedimientos de saneamiento dentro del ámbito de aplicación de aquella norma y que sería perfectamente trasladable al caso que ahora nos ocupa. De este modo, contemplando la posibilidad de que una regulación solamente contemple los procedimientos de liquidación –como era el caso del Convenio de Estambul de 1990–, sólo significaba una ventaja la hora de simplificar su estructura. Ahora bien, a costa de ello se incurría en el inconveniente de dejar fuera del esquema de cooperación determinados procedimientos que eran muy importantes en la práctica concursal. A mayor abundamiento, un análisis económico demuestra que mantener esas dos posibilidades en el Derecho interno es positiva, de manera que en una dimensión internacional sería

Por cierto, no deja de ser significativo el orden en que aparecen relacionados estos procedimientos, habida cuenta que primero se refieren a las variedades que tienen el acento en el saneamiento –rescate, reestructuración de la deuda y reorganización– y se deja en último lugar la mera liquidación. En esta enumeración subyace un juicio de valor, orientado a que la medida primordial que le interesa al mercado interior es la subsistencia de los operadores económicos que en él actúen y, sólo cuando no quede más remedio, se procederá al cese de su actividad –lo que acabaría ocasionando un consiguiente menoscabo al tejido productivo de la Unión–.

Seguidamente, hemos de mencionar las dos categorías procedimentales en que se sustancian esas funciones y que son contempladas por igual en el ámbito de aplicación material del Reglamento 2015/848: los procedimientos concursales *stricto sensu* y los procedimientos de preinsolvencia e híbridos.

Los procedimientos concursales son aquellos que hemos venido analizando en profundidad a lo largo de nuestro estudio, pues en ellos se plasma la esencia del Derecho de la insolvencia. La regulación europea, para definirlos, recurre a la alusión de las dos primeras consecuencias jurídicas que acaecen en el momento en que se declara el *status insolventiae*: el desapoderamiento total o parcial del deudor, con el correlativo nombramiento de un administrador concursal, y la supervisión judicial de su patrimonio y de todas las intervenciones que en él se realicen. A nuestro juicio, al llevarse a cabo las actuaciones sobre las masas patrimoniales en torno de estos órganos concursales y gracias a la limitación de la disponibilidad del deudor sobre sus derechos, esta metonimia resulta perfectamente adecuada de cara a establecer una concreción lo suficientemente precisa y amplia como para abarcar las distintas casuísticas procedimentales de cada Estado miembro.

Fijando nuestra atención en los procedimientos preconcursales o híbridos, su *raison d'être* estriba en eludir los rigores que traen de suyo aparejados los procedimientos de ejecución colectiva clásicos, permitiendo ofrecer una solución más flexible a la

predicable el mismo principio. En definitiva, siguiendo la atinada valoración doctrinal de estos autores, «ninguna razón económica justifica la exclusión de los procedimientos de saneamiento de la cooperación internacional» [VIRGÓS, M. y SCHMIDT, E. (1996). *Op. cit.*, p. 311 y s.].

coyuntura económica entre el deudor común y su comunidad crediticia⁴¹⁷. Siendo su inclusión una de las novedades practicadas por la reforma concursal europea de 2015, encontramos la definición de ambos conceptos en el Informe de la Comisión sobre la reforma del Reglamento 1346/2000⁴¹⁸. De este modo, los *procedimientos de preinsolvencia* se caracterizan por ser cauces «procedimientos cuasi-colectivos, bajo la supervisión judicial o de una autoridad administrativa, dándosele al deudor en dificultades financieras la oportunidad de reestructurarse en el estadio de preinsolvencia y evitar la incoación de un procedimiento de insolvencia en un sentido tradicional»⁴¹⁹; mientras que los *procedimientos híbridos* tienen su nota diferencial en que «el deudor retiene cierto control sobre sus activos y actividades, aunque controlados o supervisados por una autoridad judicial o un administrador concursal»⁴²⁰. Ambos se vertebran en torno a la idea de suspender temporalmente las ejecuciones individuales para promover las negociaciones entre el deudor y sus acreedores; aunque siempre previendo medidas para la protección del pasivo pues, en caso de no llegarse a un acuerdo, se entraría en un ulterior procedimiento concursal al uso en el que no debe enervarse su eficacia ni eficiencia.

Es más, poniendo en relación este principio con la definición que la norma ofrece de «procedimiento colectivo», nos percatamos de un límite al ámbito de aplicación material de la norma y, por consiguiente, al reconocimiento de determinados tipos de procedimientos preconcursales o híbridos: la condición de que, cuando sólo abarquen una parte significativa de la masa pasiva, el procedimiento no vaya a afectar a los acreedores que no formen parte del mismo⁴²¹. Con este proceder se excluyen los procedimientos de carácter confidencial, habida cuenta que por su naturaleza acaba

⁴¹⁷ Sobre la lógica autocompositiva en el contexto de las dinámica concursal, *vid.* p. 110 y ss. de la presente investigación.

⁴¹⁸ Hay que señalar que este texto anterior limitaba su rango de aplicación «a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen un desapoderamiento parcial o total de este último y nombramiento de un síndico» [*Reglamento (CE) N° 1346/2000, leg. cit.*, art. 1.1].

⁴¹⁹ COMISIÓN EUROPEA (2012). *Report from the Commission* [...], *op. cit.*, p. 4 y s

⁴²⁰ *Loc. cit.*

⁴²¹ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 2.1

resultando imposible que un acreedor o un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro sepa de su apertura⁴²².

Finalmente, en el segundo apartado se señalan las excepciones a la aplicación del Reglamento 2015/848 a determinados ámbitos sectoriales: las empresas de seguro, las entidades de crédito, las empresas de inversión y los organismos de inversión colectiva. La razón estriba, como tuvimos ocasión de mencionar, en el *problema de la conexión administrativa*: hay determinados operadores económicos de naturaleza jurídico-privada que, por razón de las actividades que desarrollan en el mercado –al estar revestidas de un interés público o de una especial relevancia económica–, se ven fuertemente influenciadas por el Derecho público⁴²³. Eso conduce a que sus procedimientos de insolvencia estén revestidos de peculiaridades que lo hacen escapar de las reglas generales que imperan para la generalidad de casos. Ese tratamiento específico se traduce también en su dimensión transfronteriza, necesitándose de instrumentos jurídicos europeos *ad hoc* para procurar su debida armonización en el marco del mercado interior⁴²⁴.

⁴²² Para lograr esa interpretación, *vid. ibíd.*, considerandos 12 y s. No obstante y por fortuna, parece que el Reglamento no deja de contemplar la posibilidad ofrecida por algunos ordenamientos de que, una vez se haya alcanzado un acuerdo extraconcursal con un determinado porcentaje del pasivo, éste sea homologado para afectar a toda la comunidad crediticia en general [*vid. nota al pie número 182 de la presente investigación*]. En nuestra opinión, las disposiciones normativas del Reglamento 2015/848 no deben pretender la salvaguarda de la intervención en la negociación preconcursal de los acreedores extranjeros hasta el límite del absurdo. Eso, en última instancia, acabaría complicando la realización de los fines pretendidos por este tipo de acuerdos preconcursales e iría en contra de su espíritu pues, a la postre, se concedería una suerte de «derecho de veto» a los acreedores que, tal vez, no habrían querido participar deliberadamente. De esta forma habría que acudir a un procedimiento de insolvencia al uso para someter esos créditos a la disciplina concursal, a costa de dejar pasar un tiempo de valor inestimable para recomponer la situación económica del deudor y evitar una posible liquidación de su patrimonio.

⁴²³ *Vid.* p. 99 y ss. de la presente investigación.

⁴²⁴ A propósito del tratamiento diferenciado que reciben estos sujetos en su régimen concursal, recordamos que no dejan de formar parte del sistema de insolvencia transfronteriza de la Unión [*vid. p. 219 y s. de la presente investigación*].

2.4.- *Relación del Reglamento 2015/848 con otros instrumentos internacionales reguladores de la insolvencia*

Como último apartado de este epígrafe, en lo concerniente a la relación del Reglamento 2015/848 con otros instrumentos internacionales reguladores de la insolvencia transfronteriza, el artículo 85.1 estipula la sustitución de todos aquellos preceptos de los Convenios que, de alguna forma, entren en colisión material con esta norma europea; o lo que es lo mismo, se instituye una *regla de primacía* general y abstracta de este texto. A continuación pasan a relacionarse un total de veintinueve textos, veintiséis bilaterales y otros tres multilaterales, aunque ninguno llegaría a tener una virtualidad para con todo el espacio económico de la Unión⁴²⁵. Esto pone de manifiesto la ausencia de una regulación regional coordinada en materia de insolvencia hasta la llegada del siglo XXI, con las consiguientes trabas y dificultades para los operadores económicos que se hallasen en tal situación.

⁴²⁵ Merece una mención aparte el Convenio de Estambul de 1990, que aparece relacionado en el punto k del artículo arriba citado. La lógica nos dice que la inclusión de este tratado multilateral, que como ya hemos visto no llegó a entrar en vigor por la falta de ratificaciones, tiene un carácter preventivo. En un hipotético –aunque del todo improbable– caso podría suceder que entrase en vigor por la firma de dos Estados más de la Unión Europea y, entonces, nos encontraríamos con dos textos que regularían la misma problemática entre algunos miembros determinados, con el consiguiente conflicto de competencias. Excluyéndolo se recalca la total primacía del Reglamento por encima de cualquier otra, dejándolo como la única herramienta para regular la insolvencia transfronteriza en el seno de la Unión.

3.- Competencia judicial internacional

El artículo 81.2.c del TFUE habilita al legislador europeo para adoptar las medidas que considere oportunas en aras de garantizar «la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y jurisdicción»⁴²⁶. En el presente epígrafe nos va a interesar fijarnos en la primera parte de ese enunciado, sobre el cual se construye el anteriormente referido modelo de *universalidad mitigada*.

Este principio programático se plasma en el Reglamento 2015/848 en un sistema donde conviven dos tipologías de procedimientos: uno de carácter *principal*, con un alcance cognitivo universal –esto es, con vocación de valorar en todo su conjunto el patrimonio del deudor transfronterizo, tanto desde la perspectiva de la masa activa, integrada por todos sus bienes y derechos, como desde la dimensión de la masa pasiva, compuesta por la esfera de sus obligaciones– y otro territorial, que extenderá su alcance exclusivamente a los bienes patrimoniales que se localicen en un foro concreto. A continuación describiremos la regulación de competencia de ambos arquetipos, indicando a continuación algunas cuestiones comunes que regirán en ambos cauces.

3.1.- Régimen de competencia del procedimiento principal

El primer aspecto al que debemos referirnos cuando hablamos de la atribución de competencia internacional para el procedimiento principal es, sin lugar a dudas, a una construcción propia del Derecho internacional privado concursal: el *centro de intereses principales del deudor* o, como hemos venido denominándolo, COMI. En este criterio encontramos el punto de conexión para discernir, en el abanico de foros que pueden disputarse la jurisdicción, cuál es el órgano judicial al que deberá concedérsele –en privación del resto– la tramitación unitaria del procedimiento de alcance universal⁴²⁷. Además, esta cuestión no es en absoluto baladí pues, como veremos más adelante,

⁴²⁶ TFUE, art. 81.2.c

⁴²⁷ Según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, una de las finalidades a las que se orienta la regulación es precisamente a evitar conflictos positivos de competencia, habida cuenta que acabarían poniendo en riesgo «la unidad de tramitación de los procedimientos de insolvencia en el seno de la Unión» [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli*, punto 28].

también va servir para determinar qué legislación concursal será aplicable con carácter general a un supuesto de hecho en concreto.

Partiendo del tenor literal de Reglamento 2015/848, el COMI se define en el primer párrafo de su artículo 3.1 como «el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses»⁴²⁸. Como cuestión preliminar para nuestro análisis, hemos de precisar que –al menos en el contexto del Reglamento 2015/848– la construcción del COMI debe concebirse como un concepto propio y autónomo del Derecho europeo y, por ende, debe interpretarse de con absoluta independencia de los matices que puedan existir en las legislaciones de los diferentes Estados miembros. La única vía para lograr esa aspiración es independizarlo de toda remisión a los ordenamientos internos y fundamentar su hermenéutica en el contexto regulatorio de la disposición y en el objetivo perseguido por la norma⁴²⁹.

De este modo, como muy acertadamente considera la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la intención del legislador fue vincular la cognición de la insolvencia con aquella jurisdicción con la que el deudor tuviese unas relaciones más directas⁴³⁰. A tal fin deben cumplirse una serie de requisitos, en aras de salvaguardar dos bienes jurídicos cardinales: la seguridad jurídica en el tráfico económico y la previsibilidad en la determinación del órgano judicial competente a nivel europeo. Para eso han de seguirse unos *criterios objetivos y comprobables por terceros*, basados en circunstancias materiales que hayan sido objeto de la adecuada publicidad o que, por lo menos, se hayan rodeado de la transparencia suficiente como para que terceras personas –en especial sus acreedores– hayan podido tener conocimiento de ellos⁴³¹. Obviamente,

⁴²⁸ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 3.1. Cabe indicar que la actual redacción de la regulación presenta una evidente mejora sistémica, habida cuenta que en el Reglamento 1346/2000 la definición del COMI no aparecía en la parte dispositiva de la norma, sino en su considerando 13. De esta manera se dan facilidades a su interpretación, de cara a una hermenéutica más clara.

⁴²⁹ En tal sentido se ha manifestado expresamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 31 – Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil*, puntos 42 y 44.

⁴³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil*, punto 58.

⁴³¹ *Ibid.*, punto 49. En sentido análogo, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 33.

dichas circunstancias materiales consistirán en el lugar desde donde el deudor hubiese ejercido la dirección o el control de sus intereses económico-patrimoniales.

Citando la doctrina enunciada por los profesores VIRGÓS y GARCIMARTÍN, de lo anterior se desarrollarían tres grandes ideas o directrices fundamentales: la primacía de la esfera externa, la primacía de la conexión administrativa y el principio de unidad⁴³². Por el primer principio, lo que va a interesarnos es el lugar en que se hace visible ante terceros dicha gestión, pues cuando se opera en el mercado se revelan una serie de conductas que pueden llevar a terceros a deducirlo⁴³³. Para alcanzar esa meta, si bien no se exige expresamente en la redacción del Reglamento, se supone un «cierto grado de presencia material de la entidad correspondiente en el foro»⁴³⁴. La *primacía de la conexión administrativa* hace referencia al donde el deudor desarrolle la actividad de administración de sus intereses de naturaleza económica y no el lugar en que estos

⁴³² GARCIMARTÍN, F.J. y VIRGÓS, M. (2003). *Op. Cit.*, p. 48 y ss.

⁴³³ La idea del legislador europeo de poner el acento exclusivamente en la conexión administrativa no ha estado exenta de crítica y de posibilidades de mejora para lograr una mayor precisión. Así las cosas, la Asociación de Abogados de Alemania proponía desplazar el centro de gravedad al ámbito de las actividades económicas, constituyéndose una tesis híbrida entre la conexión administrativa y el ejercicio al proponer, para el caso de las sociedades que el COMI se estableciese allí donde tuviese su sede social, «a menos que el centro de sus actividades económicas relevantes para el objeto social se encontrase en otro Estado miembro y eso fuese reconocible por terceros» [KINDLER, P. (2013). «Crisi dell'impresa e insolvenza transnazionale alla luce del Regolamento N. 1346/2000. Verso una riforma della competenza internazionale». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica, p. 146]. Si bien ello podría ayudarnos a ofrecer una mayor precisión y a dificultar la práctica del *forum shopping*, también nos conduce a una mayor complejidad estructural del COMI y al peligro de que una sociedad desempeñe actividades relevantes para su objeto social en distintos foros: eso acabaría yendo en contra del espíritu del Reglamento 2015/848 de establecer una inquebrantable unicidad en la determinación competencial, expresada en la *centralidad* que veremos en breves instantes. Sin embargo, esto no ha sido óbice para que esta idea se haya acabado recogiendo en la presunción *iuris tantum* para las personas físicas que realicen una actividad mercantil o profesional independiente –dado lo más reducido de su «alcance económico», que trae aparejado la consiguiente dificultad de que puedan desarrollar actividades con igual intensidad en distintos foros–.

⁴³⁴ GARCIMARTÍN, F.J. y VIRGÓS, M. (2003). *Op. Cit.*, p. 49. Aquí se enfrentarían dos teorías para la determinación del COMI, según se ponga el acento en el aspecto interno o externo, las cuales se predicen de los supuestos empresariales: una es el *mind of management*, que implica que sólo debe valorarse el lugar donde se toman las decisiones estratégicas de una sociedad, y la otra es el *business activity*, que realza la relevancia para terceros en el desempeño de las actividades mercantiles [en este sentido, *vid.* KINDLER, P. (2013). *Op. Cit.*, p. 144].

efectivamente se encuentren –lo que, *a sensu contrario*, sería una conexión patrimonial, que muy fácilmente podría ser múltiple–. Finalmente, el *principio de unidad* se acaba deduciendo del sentido del criterio administrativo y está ligado al vocablo *centro*, significando que «cada deudor sólo puede tener un centro de intereses principales, y que a todo deudor debe asignársele uno»⁴³⁵. No hace falta argumentar que, de otra forma, se estaría yendo en contra de la tesis universalista, al no poderse delimitar un único foro sobre el que se sustente un procedimiento omnicomprendivo del patrimonio concursal sin dar pie a innumerables conflictos de competencia positivos. Procesalmente esto se plasma en una *regla de prioridad*, pues el primer tribunal que abra un procedimiento de insolvencia principal será aquél que se arroge la competencia cognitiva de alcance universal, que no podrá ser discutida por el resto de jurisdicciones⁴³⁶.

A continuación, el mismo precepto nos relaciona una serie de presunciones *iuris tantum* para la determinación del COMI de diversos sujetos según cuál sea su naturaleza: el *domicilio social* para las sociedades, el *centro principal de actividad* para las personas físicas que realicen una actividad mercantil o profesional independiente y la *residencia habitual* para los consumidores. No es difícil que nos percatemos que en esos tres lugares se centralizan, para cada una de estas tipologías de personas, la gestión de sus intereses económicos. Tanto para las sociedades como para los comerciantes y profesionales, su domicilio social o centro principal de actividad va a constituir el lugar donde tenga los oportunos medios administrativos –que podrán ser más o menos extensos– que evidencien ante terceros que allí se encuentra su núcleo decisorio. Salvando las distancias, la residencia habitual no será muy distinta para los consumidores pues, si se nos permite la metáfora, el hogar actúa como una suerte de sede para el cosmos económico de la vida privada⁴³⁷. Siguiendo la jurisprudencia

⁴³⁵ GARCIMARTÍN, F.J. y VIRGÓS, M. (2003). *Op. Cit.*, p. 50.

⁴³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 49. Este principio asimismo se deduce de la lectura de dos preceptos de la regulación europea sobre insolvencia: los artículos 3.3 –que contiene el mandato de que, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia principal, cualquier otro tendrá un carácter territorial y secundario– y 19.2 –donde se establece que el reconocimiento del procedimiento principal no impedirá la apertura de un procedimiento territorial y, *a sensu contrario*, lleva aparejado el no reconocimiento de otro procedimiento principal.

⁴³⁷ Con respecto al carácter del que debe revestirse la residencia habitual de los consumidores a efectos concursales, lo que nos interesa es la dirección física en la que el deudor estaría afinado y, por ende, desde donde desempeña el grueso de sus actuaciones económicas. Ésa es la dimensión externa

europea, para enervar estas presunciones habría que presentar datos objetivos y comprobables por terceros de que no se da una coincidencia entre la situación real y la situación que aparentemente refleja la ubicación de la sede social, el centro principal de actividad o la residencia habitual –como podría ser el caso paradigmático de las *societades fantasma*, que no ejercieran ninguna clase de actividad en la jurisdicción donde efectivamente se hallara su sede fuera de la gestión de índole meramente administrativa–⁴³⁸.

Junto a cada una de estas presunciones, el Reglamento 2015/848 también incluye un mínimo temporal para que éstas puedan ser aplicables tras ocurrir un traslado –de tres meses para sociedades, comerciantes y profesionales; mientras que de seis meses para los consumidores–. La motivación de este límite –una novedad, por cierto, establecida con la reforma de 2015– no es otra que poner trabas a una forma de fraude de ley: la del deudor que, a sabiendas de que se encuentra en los umbrales de una situación de insolvencia, se traslada a otro foro con la sola intención de obstaculizar el cobro a sus acreedores⁴³⁹. Nuevamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que enfrentarse a este tipo de prácticas, ofreciéndonos algunos criterios interpretativos verdaderamente útiles para comprender el espíritu de la regulación europea.

Así las cosas, en el caso *Staubitz-Schreiber* ocurrió un traslado del COMI con posterioridad a la presentación de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia. La instancia judicial europea no dudó en extender la competencia

verdaderamente relevante, no interesándonos perdernos en imbricaciones sobre el sentido de pertenencia del consumidor o hacer una evaluación general del conjunto de sus circunstancias vitales. Asimismo, en caso de que hubiesen distintas *residencias* en las que el deudor se encontrase alternativamente a lo largo del año, habría que recurrir a factores complementarios que sirviesen para terminar de concretar con qué ordenamiento, de entre los que se pueden arrogar competencia, hay un vínculo más estrecho. Sería perfectamente válido recurrir a puntos de conexión tales como el lugar en el que resida el núcleo familiar del deudor o donde éste permanezca un mayor número de días al año.

⁴³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 34 y ss. En términos análogos y desde una perspectiva doctrinal, *vid.* DE CESARI, P. (2009). «L'onere della prova del “centro degli interessi principali del debitore”». *Il fallimento*, 2009, n° 1, p. 71 y s.

⁴³⁹ A propósito de este problema con la regulación dada por el Reglamento 1346/2000, *vid.* DE CESARI, P. (2010). «Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente». *Il fallimento*, 2010, n° 6, p. 666 y ss.

internacional del foro original en estas circunstancias, argumentando que sería contradictorio con los principios sostenidos por la normativa europea: se estaría alentando el *forum shopping*, pues habría una transferencia de litigios en la búsqueda de una posición jurídica más favorable, y se dejaría en entredicho la eficacia y efectividad concursal, ya que obligaría a los acreedores a perseguir a su deudor a lo largo y ancho de Europa según donde quisiera establecerse –lo que, de paso, prolongaría innecesariamente el procedimiento–⁴⁴⁰. Ahora bien, el aspecto que a nosotros nos parece cardinal se enlaza con la tesis que hemos venido defendiendo y propugna la trabazón que debe existir entre obligación y responsabilidad. Esto aparece expresado en el texto de la Sentencia en términos totalmente análogos: «el mantenimiento de la competencia del primer órgano jurisdiccional al que se ha dirigido la petición garantiza una mayor seguridad jurídica para los acreedores que han evaluado los riesgos que habrían de asumirse en caso de insolvencia del deudor en función del lugar del centro de los intereses principales de éste en el momento en que establecían una relación jurídica con él»⁴⁴¹. En otras palabras, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera antijurídico que los acreedores tengan que litigar sobrevenidamente y sin una razón económicamente legítima en una jurisdicción distinta de aquella que pudieron haber previsto al momento de constituirse la relación jurídico-obligatoria –amén de que, contemporáneamente, también se verían sometidos a otra legislación concursal–. Éste es un claro ejemplo de abuso de derecho, en el que se utilizarían las libertades europeas en un sentido contrario a su concepción original al servicio del buen funcionamiento del mercado interior⁴⁴².

Naturalmente, el hecho de que el COMI del deudor tenga que ubicarse en un Estado durante un tiempo después de su traslado para así beneficiarse de las presunciones contenidas en el artículo 3.1 del Reglamento 2015/848 va en perfecta consonancia con esa idea. Visto desde otro ángulo, lo que está haciendo el legislador europeo es extender durante unos meses la presunción que regiría para con el foro inmediatamente anterior, a fin de mantener el *statu quo* para con aquellas obligaciones previamente constituidas y entorpecer las posibilidades de éxito de las conductas artificiosas. Se encuentra así un

⁴⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de enero de 2006, asunto C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, punto 25 y s.

⁴⁴¹ *Ibid.*, punto 27.

⁴⁴² A este respecto, *vid.* p. 197 de la presente investigación.

equilibrio entre la libertad de establecimiento y la seguridad jurídica, habida cuenta que se impide que el oportunismo del deudor pueda tener un triunfo inmediato.

De este modo trascendemos la simple tesis universalista, propia del Derecho internacional privado, para introducirnos en el terreno del principio de universalidad característico del Derecho concursal, pues en éste último se incorpora el acervo obligacional implícito de donde surge la responsabilidad. La intención del Reglamento no es, exclusivamente, atraer cuantos más elementos de las masas activa y pasiva a un procedimiento de insolvencia simplemente omnicompreensivo, sino que trata de conducirlos al de aquel foro que evidencie una relación más directa con la historia económica del deudor. Por eso es fundamental el componente interrelacional o externo a la hora de identificar el COMI, que nos retrotrae a aquella idea a la que nos referimos en el primer capítulo de que la capacidad patrimonial se erige como un nexo entre el individuo y su entorno material o social en un doble sentido: por un lado, con la titularidad de sus derechos y la aptitud de contraer obligaciones, para permitirle actuar positivamente en el mundo; y, por el otro, para que el resto de sujetos que con él interaccionen vean reforzada su predisposición negocial al concedérseles legalmente la máxima garantía, que es la totalidad del patrimonio⁴⁴³.

3.2.- Régimen de competencia de los procedimientos territoriales

Visto lo anterior y aunque pueda parecer contradictorio, ciertos componentes de la tesis de territorialidad también acabarían sirviendo al principio de universalidad. La paradoja se explica porque en toda versión nacional de un procedimiento de insolvencia no se concibe una igualdad radical entre todos los acreedores, sino que se articulan una serie de privilegios –o, a la inversa, de subordinaciones– para reforzar el nivel de certeza en el cobro de unos créditos sobre otros. La *par condicio creditorum* queda así modulada en un nuevo enfoque, según el cual la equidad en el trato ocurre entre créditos de igual rango, lo que acaba desembocando en un sistema de prelaciones⁴⁴⁴. A mayor abundamiento cabe agregar que, desde la perspectiva que nos ofrece el Derecho comparado, es en este punto de la regulación concursal donde aparecen más hondas diferencias entre los ordenamientos nacionales. De esta manera, en los casos de

⁴⁴³ Vid. p. 28 y s. de la presente investigación.

⁴⁴⁴ Vid. p. 119 y s. de la presente investigación.

insolvencia transfronteriza, deben conjugarse aquellos intereses sociales y económicos que los legisladores de cada Estado, con base en sus propios criterios de oportunidad política, hubiesen considerado pertinentes de reforzar⁴⁴⁵.

Como bien considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «el Reglamento no tiene por objeto instaurar un procedimiento de insolvencia uniforme, sino garantizar [...] que “los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva”»⁴⁴⁶. Esto se refleja normativamente en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 3 del Reglamento 2015/848, donde se perfila el régimen de apertura de los meritados procedimientos territoriales.

El punto de conexión que establece el Derecho europeo para este caso es el concepto de *establecimiento*, definido 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»⁴⁴⁷. Según comentan DE CESARI y MONTELLA, la definición de establecimiento nace tras una discusión a la hora de elaborarse el primitivo Reglamento 1346/2000 acerca del alcance que debía arrojarse a los procedimientos territoriales. La primera posibilidad era bastante amplia y contemplaba la simple presencia de bienes del deudor en un Estado diferente de aquel donde se hallase su COMI, mientras que la segunda añadía un grado de complejidad al requerir tanto un cierto nivel de organización como una estabilidad en el desempeño de las actividades. Finalmente y con acierto acaba prevaleciendo la segunda teoría, a la que la esencialmente le interesa la posibilidad de que el establecimiento posea una estructura suficiente como para intervenir en el mercado⁴⁴⁸. Haciendo una analogía con la figura del COMI, observamos

⁴⁴⁵ En ese sentido, *vid.* WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *Op. cit.*, p. 18 y ss. – WOOD, P.R. (2007). *Op. cit.*, p. 237 y ss.

⁴⁴⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 48.

⁴⁴⁷ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 2.10. Hay que señalar que su definición en la norma europea responde a un criterio de convertir a este punto de conexión en un *concepto autónomo* de Derecho europeo. Paralelamente a lo que ya comentamos acerca del COMI, su interpretación no se hace depender de la casuística de los diferentes ordenamientos nacionales.

⁴⁴⁸ DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 100 y s. Este fundamento es igualmente consagrado por el legislador y la jurisprudencia europea, entendiéndose esta última «que la sola presencia de bienes aislados o de cuentas bancarias no responde, en principio, a las exigencias requeridas para la

que el establecimiento participa en dos de sus tres componentes teóricos: la *existencia de una esfera externa*, pues su existencia distintiva debe ser reconocible por terceros operadores, y una cierta *conexión administrativa*, habida cuenta que no se trata únicamente de un agregado patrimonial, sino que éste se encuentra en funcionamiento para la realización de unos fines económicos y, por ende, siempre acabará necesitando de una cierta intervención humana⁴⁴⁹. Eso sí, un límite para apreciar la presencia de un establecimiento reside en que ese agregado de medios materiales y humanos no dispongan de personalidad jurídica autónoma, pues eso les convertiría en un deudor diferente que estaría sometido a su propio procedimiento de insolvencia principal⁴⁵⁰.

No obstante, el aspecto más destacable a los efectos de nuestra investigación se encuentra en el doble componente temporal que aparece referido en el precepto, relativo a a un mínimo de presencia en el foro que corresponda y a la durabilidad de las actividades –lo que diferencia el concepto de establecimiento de una simple prestación de servicios de naturaleza transitoria–. La razón reside en que así se puede atribuir al establecimiento de un arraigo suficiente para con las estructuras jurídicas del Estado en que se asienta, al haber evidenciado ante terceros una intencionalidad de vinculación permanente a un territorio y a la consiguiente sujeción a su ordenamiento. Hemos aquí el nexo entre la institución del establecimiento y seguridad jurídica en la contratación,

calificación de “establecimiento”» [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interedil*, punto 62].

⁴⁴⁹ No así, naturalmente, la idea de *unidad*, ya que un deudor puede disponer múltiples establecimientos en distintos foros, que serían objeto de diferentes procedimientos de insolvencia –mientras que sólo se le puede asignar un COMI–. En este orden de cosas, es interesante plantearnos cómo debería actuarse en el supuesto de que un deudor tuviese dos establecimientos en un solo Estado. Se nos suscita la duda si deberían ser tratados como una única masa patrimonial o si, por el contrario, deberíamos tomarlos como dos establecimientos distintos. Atendiendo a su función económica principal –que, como hemos venido indicando y seguiremos desarrollando en las siguientes páginas, consiste en la protección de los acreedores locales– la «unidad» de los establecimientos radicados en una única jurisdicción internacional no es automática: dependerá en gran medida de su grado de interconexión y de la confusión que pueda existir entre sus actividades o patrimonios. En caso afirmativo y recurriendo a la ya mencionadas esfera externa y conexión administrativa, si se revelasen ante sus acreedores como un solo núcleo de operaciones en ese foro, efectivamente podrían concebirse como un solo establecimiento.

⁴⁵⁰ Como veremos más adelante, en ese caso nos encontraríamos con un grupo de sociedades, cuya coordinación en caso de insolvencia seguirá unos cauces diferenciados [*vid.* p. 290 y ss. de la presente investigación].

pues se establece un régimen de previsibilidad en la responsabilidad civil o concursal que dimanaría de los créditos que hubiesen sido constituidos en un determinado contexto legal y material.

Siguiendo con la redacción del artículo 3.2, en él se consagra la convivencia de un procedimiento de insolvencia principal con otros procedimientos de alcance territorial. La competencia para llevar éstos últimos recaerá sobre los órganos jurisdiccionales donde se encuentre el citado establecimiento, extendiéndose sus efectos a los derechos del deudor que se situaren en ese Estado miembro. Implícitamente se nos está haciendo alusión a la composición de la masa activa del concurso de este tipo de procedimientos, recurriéndose para su determinación a un evidente criterio de ubicuidad⁴⁵¹. Para facilitar su localización se aplicarán una serie de normas uniformes, que se harán depender de la naturaleza jurídica de cada bien en particular⁴⁵². Asimismo, en lo concerniente al momento procesal oportuno para fijar el acervo patrimonial del deudor en un foro, deberemos atenernos al momento de apertura de ese procedimiento de insolvencia⁴⁵³.

⁴⁵¹ En ese sentido, no será relevante que dichos bienes tengan una vinculación económica con las actividades que pueda desarrollar el establecimiento [*vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 162]. No en balde, agregar un requisito suplementario complicaría la localización del bien, pues ya no sería primaria y evidente, sino que requeriría de una valoración ulterior. Eso haría que la masa del procedimiento territorial pudiere mutar tras la apertura, lo que iría en detrimento del criterio de certeza perseguido por la regulación europea; todo ello por no hablar que el juicio de la vinculación económica acabaría dependiendo del ordenamiento interno y, en consecuencia, la interpretación uniforme de la norma se vería en entredicho.

⁴⁵² Estas reglas aparecen recogidas en el apartado 9 del artículo 2 del Reglamento 2015/848. En ella encontramos un total de tres criterios: la localización del registro en que se deba reflejar ese derecho, el COMI o establecimiento permanente para los derechos de crédito y la ubicación fáctica del bien para el resto de bienes.

⁴⁵³ A propósito de la regla de determinar la composición de la masa activa del procedimiento territorial al momento en que se dicte una resolución de apertura, hemos de indicar que sólo aparece expresamente recogido en el articulado del Reglamento 2015/848 para los procedimientos secundarios, aunque por analogía debe extenderse también a los procedimientos independientes. Apoya esta tesis la lectura del artículo 21.2, que habilita al administrador concursal de un procedimiento territorial para perseguir aquellos bienes que hayan salido del Estado tras la apertura del procedimiento. Sin lugar a dudas, es la opción más lógica y la que respeta mejor el equilibrio entre seguridad jurídica –al impedir el desplazamiento extemporáneo de activos a partir de una fecha determinada– y operatividad –ya que el deudor, en el normal ejercicio de sus actividades y mientras no se haya producido su desposesión o

Dejando para su apartado específico la explicación de cómo se determinará la masa pasiva, hemos de hablar ahora de las tipologías de procedimientos territoriales que diferencia el Reglamento 2015/848. En primer lugar encontramos los *procedimientos secundarios*, que serían aquellos que se incoasen cuando ya se hubiese abierto un procedimiento concursal de alcance universal para con el mismo deudor. Para ellos se concede una legitimación para presentar la solicitud de apertura relativamente amplia, la cual abarca tanto a cualquier sujeto que estuviere facultado a los ojos del Derecho del foro en que se halle el establecimiento como al administrador concursal del procedimiento principal. En segundo lugar, hemos de mencionar los *procedimientos independientes*, que serían aquellos procedimientos de alcance geográficamente limitado abiertos cuando todavía no se estuviese tramitando un procedimiento principal. Las posibilidades de interesar su apertura, en cambio, son sensiblemente más limitadas, circunscribiéndose a dos supuestos específicos: el de los acreedores cuyos créditos tengan su origen en la explotación del establecimiento o las autoridades competentes en ese foro, por un lado, y cuando no pueda abrirse un procedimiento principal, por el otro.

El porqué de esa intencionalidad restrictiva la encontramos entre los considerandos del Reglamento 2015/848, indicándose que deben limitarse «a los casos estrictamente indispensables las solicitudes de apertura de procedimientos de insolvencia territoriales previas al procedimiento de insolvencia principal»⁴⁵⁴. Naturalmente, todo esto entronca con unas raíces más profundas que tienen una evidente relación con el marco normativo de esta regulación, inspirado en la tesis de universalidad mitigada. Efectivamente, que

intervenga la autoridad judicial, bien podrá seguir gestionando su patrimonio de la manera que crea más oportuna—.

Por cierto, el *momento de apertura del procedimiento* también responde a un criterio de interpretación uniforme contenido el apartado 8 del artículo 2, que lo define como «el momento a partir del cual surte efecto la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, independientemente de que dicha resolución sea o no definitiva» [Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 2.8]. Asimismo, para completar su sentido, debemos acudir al apartado 7 de ese mismo precepto, que indica que la *resolución de apertura* será tanto la decisión jurisdiccional para abrir o confirmar el concurso como la decisión por la que se nombra a un administrador concursal. Con todo ello se positiviza la solución jurisprudencial que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante la ausencia de una suficiente precisión para el concepto de resolución de apertura en el antiguo Reglamento 1346/2000, tuvo que aportar a un supuesto de hecho [*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 45 y ss.].

⁴⁵⁴ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 37.

se abra un abanico infinito de procedimientos territoriales singulares e inconexos es del todo contradictorio con el espíritu de someter las masas concursales a un único régimen de control jurisdiccional y normativo. Por ello, sólo se permite su apertura cuando la seguridad jurídica se ve directamente afectada: ya sea en virtud de la relación directa de algún sujeto o autoridad con la actividad económica del establecimiento o por la imposibilidad de incoar un procedimiento principal⁴⁵⁵.

3.3.- *Cuestiones comunes*

Como último apartado de este epígrafe, no podemos dejar de hacer referencia a una serie de cuestiones igualmente relativas a la competencia judicial internacional que van a afectar en el mismo grado a los procedimientos de insolvencia principal y territoriales: la comprobación de la competencia, el control jurisdiccional de la resolución de apertura y le prórroga de jurisdicción para las acciones conexas al concurso.

Comenzando por la *comprobación de la competencia* consagrada en el artículo 4 del Reglamento 2015/848, la intención del legislador europeo consiste en salvaguardar el principio de confianza mutua sobre el que descansa el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales a través de los Estados miembros de la Unión Europea. Claro está, puesto que la eficacia de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia no podrá ser discutida en los demás foros sobre los que vaya a desplegar sus efectos, es perfectamente exigible que se realice una motivación al respecto en el instante en que se emita esa decisión –ya sea por parte del órgano jurisdiccional o, en su defecto, si el procedimiento nacional hubiese sido iniciado sin intervención judicial, por el administrador concursal que hubiese sido nombrado–⁴⁵⁶. En dicha justificación deberá señalarse, de un lado, si se trata de un procedimiento principal o cualquiera de sus variedades territoriales y, por el otro, las razones que hayan conducido al órgano

⁴⁵⁵ Todo lo cual se ve minimizado en los procedimientos secundarios donde, a pesar de que se abran distintos cauces jurisdiccionales, se establece un régimen de colaboración entre los órganos concursales de los procedimientos territoriales y principal para lograr el buen fin del proceso; cosa que no está prevista con los procedimientos territoriales independientes. Les falta, en definitiva, ese elemento central e integrador que conduce a la completa comprensión de las circunstancias patrimoniales del deudor común.

⁴⁵⁶ En términos análogos, *vid.* COMISIÓN EUROPEA (2012). *Report from the Commission [...], op. cit.*, p. 10.

decisor a tener tal consideración –que, naturalmente orbitarán en torno a la consideración de si en ese foro se halla el COMI o un establecimiento y, en este último caso, si ya se ha incoado o no un procedimiento de carácter principal–.

Íntimamente ligado a lo anterior, el artículo 4 del mismo texto regula la impugnación que pueden interesar los sujetos afectados por la apertura de un procedimiento de insolvencia principal por razones de competencia judicial internacional. Efectivamente, desde el punto y hora en que se ha ofrecido una argumentación para arrogarse la jurisdicción, se puede presentar una argumentación en sentido contrario. El Reglamento 2015/848 habilita un cauce procesal a tal fin, que deberá integrarse en el ordenamiento interno como una posibilidad de recurso. Ahora bien, aunque se deja al criterio de cada legislador nacional precisar el modo en que se articulará la impugnación –pues la redacción de la norma se limita a señalar que se podrá efectuar «ante un órgano jurisdiccional»⁴⁵⁷–, en todo caso debe quedar blindada la legitimación del deudor y sus acreedores para presentar una alegación directamente relacionada con la competencia internacional. Más allá de eso, quedará al arbitrio de cada ordenamiento nacional otorgar legitimación a otras personas o configurar un sistema de impugnación por motivos distintos a la competencia. Naturalmente, el propósito pretendido por este precepto es volver a reforzar la confianza legítima en las resoluciones que vayan a desplegar efectos allende de las fronteras del foro en que se perfeccionó –y, por eso, no se hace referencia a los procedimientos territoriales, habida cuenta que éstos únicamente van a someter los activos ubicados en su jurisdicción inmediata–.

En otro orden de cosas, la regulación concursal europea también prevé la extensión de la competencia judicial internacional para cualquier acción que, en palabras del propio texto, «se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación éste»⁴⁵⁸, haciéndose especial referencia a las acciones revocatorias. En este precepto se concreta, en una dimensión transfronteriza, buena parte del desarrollo lógico que hemos venido enunciando a lo largo de la presente investigación, probándose la virtualidad del principio de universalidad en el Reglamento 2015/848.

Recordando algunas ideas previamente expuestas, el procedimiento concursal se caracteriza por su carácter complejo y multifásico, sucediéndose a lo largo de su

⁴⁵⁷ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 5.1.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, art. 6.

tramitación una pluralidad de acciones. A propósito de éstas últimas, decíamos que estarían revestidas de una relevancia concursal cuando en ellas se manifestase un *interés colectivo* para con el conjunto de sujetos afectados por la situación de insolvencia; compartiéndose además el común denominador de estar revestidas de una necesaria y connatural trascendencia patrimonial, de cara a lograr una mejor y más completa satisfacción crediticia⁴⁵⁹. Evidentemente, la derivación y vinculación de la acción de que se trate con el procedimiento de insolvencia debe comprenderse en este sentido, pues de lo contrario se alejaría del espíritu de las instituciones concursales. Por otro lado, igualmente señalamos que la concentración de esta gama de acciones en manos de un único órgano jurisdiccional era lo que denominábamos *vis attractiva concursus*, que constituía una de las derivaciones por excelencia del principio de universalidad, garantizando la seguridad jurídica, la eficacia y la igualdad en la tramitación de los procedimientos de ejecución colectiva, evitándose al mismo tiempo la aparición de resoluciones contradictorias. Partiendo de estas premisas y entre otras medidas que podría interesar la administración concursal como representante del interés colectivo pretendido por el procedimiento de insolvencia –función que incluso podría ostentar el deudor, si así se lo reconociese el ordenamiento nacional que fuere aplicable–, la acción revocatoria ocupa un lugar de honor por su particular finalidad: hacer retornar a la masa activa aquellos derechos que hubiesen salido de él indebidamente, lo cual permite un mejor resarcimiento de la masa pasiva.

El hecho de que ahora nos encontremos ante una previsión que recoja de una manera tan explícita todos estos postulados teóricos evidencia que, nuevamente, el legislador europeo ha trascendido la mera tesis universalista en la armonización de normas de Derecho internacional privado. Se incorpora a ésta una realidad más profunda, en cuyos caracteres palpita la esencia del Derecho concursal, lo que nos ayuda a vislumbrar mejor cuál el verdadero propósito y naturaleza jurídica de los procedimientos de insolvencia transfronterizos desarrollados en la Unión.

Debemos señalar que el artículo 6, sobre el que orbita este apartado de nuestro estudio, es una innovación aportada en el transcurso de la reforma operada en 2015. En la nueva redacción de la norma se positiviza la interpretación jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Seagon*, en el cual se evidenció la circunstancia

⁴⁵⁹ *Vid.* p. 130 y ss. de la presente investigación.

de que no todos los ordenamientos internos reconocen de igual grado la *vis attractiva concursus* –lo cual se relacionaba, precisamente, con un supuesto relacionado con las acciones revocatorias–⁴⁶⁰. Claro está, una vez se había determinado a qué órgano judicial se le arrogaba la competencia judicial internacional en sentido estricto, se acudía a la *lex fori concursus* para concretar qué acciones concretas se podría sustanciar. El problema aconteció cuando el Estado de apertura se arrogó la competencia para conocer de la acción revocatoria, pues su legislación amparaba la *vis attractiva concursus*, y el Estado en que debía ser ejecutada la resolución inadmitió su petición, ya que su ordenamiento rechazaba ese mismo principio y consideraba que la competencia le correspondía a su jurisdicción, donde debería sustanciarse un procedimiento independiente. Esto evidenció una gran divergencia en un criterio muy básico, produciéndose así una disfunción que pone en riesgo el buen funcionamiento del concurso y, en consecuencia, del mercado interior. Ante esta oposición de criterios legislativos, la justicia europea debió optar por una solución doctrinal y, creemos que con acierto, decidió consagrar la competencia del tribunal de foro en el que se declara el procedimiento de insolvencia para decidir sobre todos los aspectos relacionados con ella –con independencia de lo que indique su normativa interna y, por ende, ofreciendo una interpretación perfectamente uniforme para todos los Estados miembros–.

Su decisión se fundamenta en el principio teleológico general antes expresado de ofrecer una mayor eficacia y seguridad jurídica al Derecho concursal en el espacio europeo, dificultando que la práctica del *forum shopping* pueda llegar a mermar la retribución de los acreedores; todo ello por no referirnos a la mejora de la eficacia y la rapidez en la resolución de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, que se tramitarían de una forma más ágil⁴⁶¹. Al mismo tiempo, resulta coherente y consecuente con los fundamentos de unidad y congruencia procedimental,

⁴⁶⁰ Hablamos en particular del supuesto de Alemania, donde su legislador nacional rechaza la *vis attractiva concursus* al considerar, por un lado, que así no se sobrecarga al juez del concurso y, lo más importante, que la sustanciación procedimientos de ejecución colectiva no deben ser un óbice para la protección del demandado [vid. CARBALLO PIÑERO, L. (2005). *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, p. 139 y s. – SANGIOVANNI, V. (2007). «L'azione revocatoria internazionale fra giurisdizione e legge applicabile». *Il fallimento*, 2007, nº 8, p. 938].

⁴⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *Seagon*, puntos 22 y s.

pues se alcanzará de una manera más factible los fines que les son propios al concurso – sea desde el prisma de la función meramente solutoria como la que se encamina al saneamiento y reestructuración de una situación de desbalance patrimonial del deudor–. Todo lo cual cobra todavía más sentido desde el momento en que se propugna el reconocimiento automático de las resoluciones del tribunal del concurso en todos los foros en que hubiere algún componente de la masa activa o pasiva –con la sola limitación, como observaremos más adelante, de que ésta produjese efectos contrarios al orden público–, coadyuvando esta circunstancia al reconocimiento de todo género de acciones conexas⁴⁶².

Por último, otro fenómeno que se puede llegar a evitar son los conflictos de competencia, tanto positivos como negativos⁴⁶³. En *Seagon* observamos un supuesto de la primera clase, mientras que en la Sentencia a propósito de *F-TEX* se tuvo que resolver la tipología inversa: los tribunales del foro competente para conocer el procedimiento de insolvencia no partían de una concepción especialmente fuerte de la *vis attractiva concursus* y, por ende, declinaban la potestad a favor de otra jurisdicción; y ésta última, partiendo de una consideración totalmente inversa, estimaba que debía existir una acumulación necesaria en sede de insolvencia. El resultado era, evidentemente, que la tuición judicial quedaba *in albis*. Por eso, en conclusión, se resolvió que pudiesen ser aplicables las reglas generales para la atribución de la competencia judicial internacional civil y mercantil en aquellos supuestos en que la legislación del Estado de apertura del procedimiento entendiéndose que la acción no estuviese estrechamente relacionada con el procedimiento de insolvencia⁴⁶⁴. Sea como sea, la forma de eludir este riesgo es constituir el principio de la *vis attractiva concursus* no desde las legislaciones nacionales, sino erigirlo directamente desde el plano del Derecho europeo y apoyándolo sobre sus principios; admitiendo igualmente su convivencia con la regla contraria. Con este proceder, comprendiendo que el artículo 3 del Reglamento

⁴⁶² *Ibid.*, punto 25 y ss.

⁴⁶³ *Ibid.*, punto 24 y ss.

⁴⁶⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-TEX*, punto 49.

1346/2000 ya contenía el principio de acumulación concursal, *ipso facto* se arrogaba al tribunal del concurso la facultad de ejercitar sus funciones incluso sobre otros foros⁴⁶⁵.

La reforma ha mejorado manifiestamente el régimen de este tipo de acciones, trasladándose al *corpus* legislativo europeo una regla que antes no se manifestaba de una forma ostensible y clara. No obstante, se sigue permitiendo la convivencia de este modelo de concentración con la posibilidad de interponer la acción en el foro del domicilio del demandado. La finalidad de este segundo inciso del artículo 6 responde, por un lado, a la idea de no constreñir a aquellos ordenamientos que no reconozcan la *vis attractiva concursus* a aplicar esta regla y, por el otro, a un criterio de efectividad: si se estimase que interponer la acción revocatoria en el foro del domicilio del demandado tendría más visos de éxito y serviría mejor a los intereses colectivos, el Reglamento 2015/848 no puede entorpecer esa dinámica⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ Por cierto, posteriormente y en un caso análogo, se entendería que la competencia judicial internacional para las acciones conexas al procedimiento de insolvencia también se extendería a bienes y derechos ubicados en un Estado tercero con respecto a la Unión, fundamentándose el grueso de sus consideraciones en la resolución que acabamos de analizar. En otras palabras, se eleva a su máxima expresión el principio de la *vis attractiva concursus*, entendiéndose que la normativa europea sería aplicable cuando el centro de intereses principales del deudor se encontrase dentro de la Unión. En ese sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de enero de 2014, asunto C-328/12, *Schmid*, punto 35.

⁴⁶⁶ De esa manera el régimen competencial aplicable sería más parecido al dictado por la normativa europea general sobre competencia judicial internacional, recogidas en el Reglamento 1215/2012 y que aparece expresamente mencionado en ese mismo artículo. Siguiendo su considerando 15, la competencia judicial siempre debe regirse por el principio del domicilio del demandado, pues es el que presenta un mayor grado de previsibilidad, lo cual sólo puede exceptuarse en casos muy concretos cuando el objeto del litigio –como es un claro ejemplo los procedimientos de insolvencia– o la autonomía de las partes así lo admitan [*vid.* Reglamento (UE) N° 1215/2012, *leg. cit.*, considerando 15].

4.- Ley aplicable

4.1.- Regla general: *lex fori concursus*

Un efecto inmediato de la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer de la situación de insolvencia consiste en la inmediata fijación del ordenamiento que, con carácter general, determinará todas las consecuencias del procedimiento de insolvencia⁴⁶⁷. Esta legislación será, salvo que se disponga lo contrario en el propio Reglamento 2015/848, la del Estado de apertura de dicho procedimiento concursal, motivo por el cual nos referiremos a ella con el aforismo de *lex fori concursus*. De este modo, esa normativa regirá en todos los aspectos sustantivos y procesales de la insolvencia, afectando a las personas y relaciones jurídicas implicadas en ella, así como regulando las condiciones para la apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento⁴⁶⁸. Además, esto se predicará tanto para el concurso principal como para los concursos territoriales independientes y secundarios, siendo relevante para cada uno de ellos la Ley del foro en que vaya a tener comienzo el iter procedimental.

No cabe duda de que estamos frente a uno de los ejes fundamentales de la regulación europea de insolvencia que, junto con la ya referida determinación de la competencia judicial internacional, establece un criterio de Ley aplicable previsible y uniforme para el conjunto de la Unión. En opinión de DE CESARI y MONTELLA, el legislador europeo escoge la solución más perfecta para disciplinar las controversias legislativas en el concurso transfronterizo desde el punto de vista del Derecho internacional privado. En ese sentido comentan que la única alternativa válida a la *lex fori concursus* hubiese consistido en la elaboración de una legislación de insolvencia sustancial que fuera común para todos los Estados miembros, para lo que todavía es demasiado pronto –si bien, ello no impide que estos autores reconozcan algunos conatos de Derecho sustancial que van más allá de la armonización de las normas de Derecho internacional

⁴⁶⁷ Ateniéndonos a la jurisprudencia europea, la importancia de llevar a cabo una correcta determinación de la ubicación del COMI –acorde con los principios de seguridad jurídica y previsibilidad– reviste entonces de una mayor importancia, habida cuenta del mencionado efecto a la hora de establecer también la Ley aplicable que será aplicable al procedimiento [en ese sentido, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 33].

⁴⁶⁸ En términos análogos, *vid.* Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 66.

privado *stricto sensu*, aunque su alcance se limita a aspectos muy limitados y específicos⁴⁶⁹.

La razón de esa ineludibilidad regulatoria estriba en la naturaleza jurídica y finalidad teleológica del concurso, en tanto que procedimiento donde se afecta los derechos y deudas de una pluralidad de personas y en el que se persigue el interés colectivo de todas ellas. De esta forma, tomando como punto de partida las relaciones jurídico-patrimoniales existentes con anterioridad al advenimiento de la situación de insolvencia, durante la tramitación procesal se procederá a su conveniente corrección o matización⁴⁷⁰. Pues bien, cuando tenemos elementos integrales de las masas activa y pasiva situados en múltiples jurisdicciones, se nos presentan dos alternativas teóricas puras: la multiplicidad y la unidad normativa. Con base en la primera opción, cada componente singular se regiría por sus propias reglas –ya fuera por su ubicación al momento de la apertura del concurso o en virtud del Derecho por el que fueron constituidos–, mientras que el segundo enfoque pretendería inculcar una homogeneidad en este aspecto. Obviamente, la vía más oportuna para salvaguardar ese interés colectivo, en el que resulta exigible imponer una cierta igualdad de trato a todos los elementos materiales del procedimiento, es la unidad. De lo contrario, si aplicásemos a cada relación económica un régimen distinto, se daría pie a un crisol en el que sería imposible de alcanzar la *par condicio creditorum* y donde la seguridad jurídica o la previsibilidad regulatoria brillarían por su ausencia.

El siguiente paso de nuestro razonamiento nos conducirá a preguntarnos qué ordenamiento concursal, entre todos los que puedan verse aludidos, imperará sobre el resto. Teniendo en cuenta que esa urdimbre de derechos y deudas de los que será objeto el concurso se centraliza en la persona del deudor, deberá primar la legislación que

⁴⁶⁹ DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 126 y s.

⁴⁷⁰ Esta es una idea que hemos venido en numerosas ocasiones a lo largo de nuestra investigación, aunque nos parece destacable la concreción con la que se expresan los profesores VIRGÓS y GARCIMARTÍN al respecto cuando muy acertadamente indican que «el Derecho concursal no “crea” derechos, sino que parte de los derechos que se hayan constituido frente al deudor» [VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 75]; a lo que a continuación añaden que la función de la que se encarga esa rama del ordenamiento jurídico consiste en «determinar la posición que corresponde en el concurso del deudor a cada uno de esos derechos y de fijar las limitaciones y modificaciones que, en su caso, deban sufrir esos derechos para asegurar el cumplimiento de los fines del concurso, sean estos liquidativos o de saneamiento» [*loc. cit.*].

determine las condiciones de su insolvencia. Nuevamente vuelven a interesarnos las nociones de COMI o establecimiento, según se trate de un procedimiento principal o territorial, que aludirán indefectiblemente a la competencia judicial internacional. Así se constituye un criterio respetuoso con la idea de previsibilidad que acabamos de mencionar, pues quien contrate con una determinada persona será capaz de adivinar qué jurisdicción y normativa instruirían su hipotética responsabilidad e insolvencia. Además, no podemos negarlo, también subyace un evidentísimo principio de orden práctico: el Derecho que mejor conocen los tribunales es el de su propio foro, con lo que plausiblemente se mejora la operatividad del concurso.

En conclusión y asumiendo como propias las apreciaciones de VIRGÓS y GARCIMARTÍN, la solución óptima de cara a la tesis de universalidad en el Derecho internacional privado se halla en hacer coincidir *forum e ius*. Fundamentan esa afirmación sobre tres pilares: primero, ante la pluralidad de ordenamiento que persiguen distintos objetivos de política concursal, debe articularse una unidad tanto de dirección como de soluciones procesales y materiales –que, por otra parte, guardan una íntima relación entre sí–; segundo, se evitan los costes procesales derivados de la aplicación del Derecho extranjero –cuyas reglas, incluso, podrían llegar a ser contradictorias entre sí e impedir la normal consecución de los objetivos de esta construcción jurídico-procesal–; y tercero, se asegura la *par condicio conflictual*, pues las masas estarán sujetas a un único ordenamiento jurídico⁴⁷¹.

Todo este esquema normativo se plasmará en el *totus processualis* de la insolvencia, viéndose afectadas las tres fases ideales en que ésta se descompone: su apertura, su desarrollo y su conclusión. El segundo punto del artículo 7 del Reglamento 2015/848 desarrolla, aunque sin ánimo de exhaustividad, un elenco de situaciones que tienen lugar durante ese íterin. En ellas reconocemos las diferentes realidades a las que hicimos alusión en nuestra teoría de la insolvencia que, en definitiva, se sintetizarían en el siguiente guión: los presupuestos subjetivo y objetivo, la formación de las masas activa y pasiva, las facultades del deudor y de la administración concursal, los efectos del procedimiento de insolvencia, la satisfacción de los créditos y, por último, la solución del procedimiento⁴⁷².

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 77.

⁴⁷² *Vid.* Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 7.2.

4.2.- *Excepciones a la lex fori concursus*

No obstante todo lo anterior, en determinadas ocasiones deberá mitigarse esa universalidad normativa de alcance tan absoluto y radical, a fin de garantizar la protección de las expectativas legítimas concernientes a las operaciones económicas llevadas a término en Estados miembros distintos de donde se abra el procedimiento. Nuevamente se tamiza la homogeneidad para no desvirtuar la seguridad jurídica que siempre debe imperar en el mercado interior, pues no puede suceder que, por efecto de la irrupción de la situación de insolvencia, se acaben desnaturalizando las relaciones jurídicas subyacentes al concurso.

Esas salvedades a la regla general siempre tendrán la consideración de una excepción y, consiguientemente, deberán aparecer expresamente formuladas en el articulado del Reglamento 2015/848 y cumplir los requisitos que allí se estipulen. Además, en cuanto al modo en que deben comprenderse estos preceptos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que deben «de manera estricta y su alcance no puede ir más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo»⁴⁷³. O lo que es lo mismo, para que la alegación que pretenda eludir la *lex fori concursus* pueda alcanzar su propósito y revestirse de los efectos jurídicos pertinentes, deberá ser convenientemente probada y fundamentada en el transcurso del procedimiento⁴⁷⁴.

El legislador europeo desarrolla en los artículos 8 y siguientes del Reglamento el elenco de singularidades que ha creído oportuno incorporar. En estos preceptos se relacionan situaciones muy variopintas que, sin embargo y a efectos organizativos, se podrían clasificar en dos grandes grupos según el alcance de la medida que implementen: por un

⁴⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de abril de 2015, asunto C-557/13, *Lutz*, punto 34; reiterándose la misma doctrina en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, asunto *Nike European Operations Netherlands*, punto 18.

⁴⁷⁴ La carga de la prueba incumbirá, por supuesto, a quien alegue la excepción y quiera beneficiarse de sus efectos –que, por lo general y dada la casuística de este instrumento, será alguno de los acreedores que ostenten un derecho de crédito con alguna conexión extranjera–. Con base en el principio de autonomía procesal, le corresponderá al ordenamiento jurídico de cada Estado indicar el modo en que deberá practicarse la prueba de los elementos de hecho y, en su caso, del Derecho extranjero. La única condición reside en que respeten los principios de *equivalencia* –pues sus normas no pueden desfavorecer a las que rijan situaciones similares de carácter interno– ni de *efectividad* –habida cuenta que, a efectos prácticos, no se puede hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de esos derechos [vid. *ibid.*, punto 28].

lado, los que aplican una regla de inmunidad –que, consiguientemente, van a limitar la competencia judicial internacional del órgano que conozca del asunto– y, por el otro, los que se circunscriben a estipular una ley sustantiva diferenciada.

Iniciando nuestro análisis por la *regla de inmunidad*, diremos que es el criterio que rige para con los derechos reales de terceros (artículo 8) y la reserva de dominio (artículo 10), cuando y en la medida que el bien sobre los que éstos recaigan se encontrase, al momento de la apertura, en un Estado miembro distinto del foro concursal. Atendiendo al tenor literal de la norma, en ambos casos se propugna que el procedimiento de insolvencia *no afectará* a esta categoría de derechos; con lo que debemos entender que no se incorporarán a ninguna de las masas ni sufrirán efecto alguno del concurso principal, permaneciendo impertérritos a las actuaciones jurídicas que se lleven a cabo sobre el resto de elementos patrimoniales del deudor⁴⁷⁵.

Para entender el porqué de estas disposiciones, hemos de observarlas desde el prisma de lo que representan para el tráfico económico: un derecho de garantía. Si recordamos la apreciación que realizamos acerca de esta figura en relación al instituto de la responsabilidad patrimonial universal, comentamos que coinciden en su dimensión funcional –pues ambos contribuían a ofrecer un sentimiento de certidumbre– pero que se constituían a través de cauces muy diferentes. Por un lado, la posibilidad de acudir a la vía de la responsabilidad se otorga en el preciso instante en que se perfecciona una obligación y su existencia es inherente a la misma; y, por el otro, la garantía se establece en virtud de un negocio jurídico *ad hoc*, reforzando más si cabe la seguridad jurídica en la contratación. La consecuencia práctica de esta disimilitud estriba en que, cuando ocurre el incumplimiento de una obligación, los derechos de garantía se anteponen a la responsabilidad para no perder su debida eficacia. Ahí reside una de las piedras angulares para la concesión del crédito: la convicción del acreedor de que, si ocurriese un incumplimiento de la obligación, ciertos bienes del deudor se retraerán de la responsabilidad general para satisfacer esa deuda en concreto. En síntesis, entre la obligación y la responsabilidad civil o concursal se sitúa el condicionante de la garantía

⁴⁷⁵ No obstante, esta previsión tendría un límite, pues el bien objeto de un derecho real o de una reserva de dominio podría ser atraído a un procedimiento de insolvencia secundario que, concerniendo al mismo deudor, se abriese en el foro donde se encontrase –motivo por el que hemos de calificarlo como *inmunidad relativa*– [en términos análogos, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 95].

que, por su precedencia teórica, se erigirá como un auténtico privilegio que deberá ser escrupulosamente respetado cuando se accionen los resortes jurídicos de la insolvencia⁴⁷⁶. Consciente de esta lógica intrínseca, el Reglamento 2015/848 se allana totalmente las exigencias de la tesis universalista y se abstiene de alterar en ningún modo esta máxima categoría de privilegios. Otra vez se va más allá de la esfera de actuación del Derecho internacional privado en sentido estricto para nutrirse directamente de las fuentes del Derecho concursal y de su principio de universalidad que, implantado sobre el binomio fundamental que componen obligación y responsabilidad, se atiene al sistema de garantías que se hubiere configurado sobre el patrimonio del deudor.

El resto de preceptos relativos a las excepciones a la regla general de la *lex fori concursus* comparten la característica de que ya no van a implicar la exclusión procesal de los bienes y derechos sobre los que recaigan sino que, sencillamente, conllevarán la aplicación de un régimen sustantivo diferenciado que se amolde mejor a su casuística específica. Se tratarán entonces de normas de conflicto de carácter positivo, pues se remiten a un ordenamiento jurídico distinto al del foro que conociere del caso, cuya regulación deberá integrarse en el procedimiento de insolvencia en su calidad de Derecho extranjero⁴⁷⁷.

En primer lugar hemos de fijar nuestra atención en la Ley aplicable a determinados *contratos en curso* al momento de la apertura del procedimiento de insolvencia: los contratos sobre los bienes muebles (artículo 11) y los contratos de trabajo (artículo 13), para los que se manda la *lex loci rei sitae* y la *lex contractus laboris* respectivamente. Ambos regímenes han de concebirse como imperativos y, en ningún caso, alternativos con la libertad de elección de las partes, señalándose expresamente que ambas relaciones *se regularán exclusivamente* por la legislación del foro en que esté situado el bien inmueble o que sea aplicable al contrato de trabajo⁴⁷⁸. Además, en ambos

⁴⁷⁶ Vid. p. 19 y s. de la presente investigación.

⁴⁷⁷ ISRAËL, J. (2005). *Op. cit.*, p. 280 y s.

⁴⁷⁸ De esta forma inferimos que las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 2015/848 se antepondrán, cuando concurra una situación de insolvencia, a las reglas generales sobre Ley aplicable en obligaciones contractuales sobre bienes inmuebles del Reglamento Roma, en el cual se establece la *lex loci rei sitae* sólo subsidiariamente y a falta de elección expresa [vid. Reglamento (CE) n o 593/2008 del

supuestos se establecen ciertas reglas especiales en lo relativo a la competencia judicial internacional: para los bienes inmuebles, el tribunal que conozca del procedimiento principal sólo será competente cuando la Ley que resulte aplicable reconozca su *vis attractiva concursus* en ese tipo de actos y cuando no se haya abierto un procedimiento de insolvencia secundario en el foro donde estuviere radicado dicho bien; mientras que para los contratos de trabajo, se consagra una cláusula de mantenimiento de la competencia de los tribunales del Estado miembro que enjuiciarían la relación laboral, aun cuando no se hubiere incoado un procedimiento de insolvencia en su territorio.

Atendiendo a la compensación (artículo 9) y al régimen en la impugnación de ciertos actos perjudiciales para la masa activa (artículo 16), ambos supuestos comparten como norma de conflicto su supeditación a la *lex causae* y no a la *lex fori concursus*. La compensación es ampliamente protegida por la regulación europea, la cual seguirá siendo posible no sólo cuando lo permita la *lex fori concursus* (*ex* artículo 7.2.d), sino también cuando se lo conceda la Ley que rija en ese derecho de crédito. La excepción de la impugnación de los actos perjudiciales para la masa activa, en cambio, resulta sensiblemente más compleja y necesita de la concurrencia de dos requisitos acumulativos: el primero consiste en demostrar que dichos actos se hayan llevado a término al amparo del Derecho de un Estado miembro distinto al de apertura, pues de lo contrario regiría la *lex fori concursus* en toda su extensión y de sus previsiones se deduciría la posibilidad de impugnarlos o no (*ex* artículo 7.2.m); mientras que el segundo implica la prueba de que en el Derecho extranjero aplicable no es posible, de ninguna forma, proceder a la impugnación⁴⁷⁹.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), arts. 3 y 4].

⁴⁷⁹ A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en profundidad en el caso *Nike European Operations Netherlands*, donde específicamente se plantea la interpretación de esta norma. En esta categoría de supuestos se exige lo que podríamos considerar una *prueba reforzada* tanto de los hechos como del Derecho extranjero aplicable. Así las cosas, el interesado en beneficiarse de los efectos de este precepto no sólo tendrá que demostrar que ese acto es inimpugnable, sino que no existe ninguna circunstancia que enerve esa conclusión [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, asunto *Nike European Operations Netherlands*, punto 25]; todo ello por no referirnos a que la extensión de la *lex causae* no sólo se circunscribirá a la legislación concursal, sino al conjunto de disposiciones y principios generales de ese ordenamiento [*ibíd.*, punto 36].

Si reflexionamos un poco en torno a la regulación de estos dos preceptos, nos percataremos de que el legislador europeo está configurando una regla de inmunidad o de no afectación para estas dos circunstancias patrimoniales, habida cuenta que el procedimiento de insolvencia no afectará a su régimen legalmente establecido⁴⁸⁰. No en balde, desde un punto de vista lógico, debemos plantearnos la cuestión al modo de una pregunta de carácter dicotómico y que se enunciaría en los términos siguientes: fundamentándonos en la *lex causae* de la compensación o del acto perjudicial, ¿estos derechos podrían seguir sosteniendo su eficacia en el momento en que se iniciase un procedimiento de insolvencia? Si la respuesta fuese positiva, la presencia del concurso no les afectaría en nada y su tramitación quedaría como una realidad totalmente ajena a ellos; mientras que si constatásemos lo contrario, se procedería a la integración de un activo en la masa concursal, para lo cual siempre deberemos recurrir a las reglas procesales de la *lex fori concursus*. En definitiva, la utilidad de estos artículos reside en ayudarnos a identificar cuándo han de activarse los resortes procedimentales que permitan atraer bienes y derechos a la masa.

El siguiente punto de nuestra exposición orbita en torno a algunos derechos del deudor que son susceptibles de ser sometidos a inscripción en un registro público: (artículo 14). Habida cuenta que una de las funciones por excelencia de un registro público consiste en garantizar la seguridad jurídica en la contratación, cuando se inicien actuaciones concursales se deberá respetar el régimen establecido. Ése es el motivo por el que se dispone que impere la *lex registrii*. Asimismo, recordando que toda salvedad a la regla general de la *lex fori concursus* se reviste de un carácter de especialidad y excepcionalidad, no cabe recurrir a una interpretación extensiva ni analógica y, por eso, deberá ceñirse a los tipos de bienes que se señalan en el precepto: los que recaigan sobre un bien inmueble, un buque o una aeronave⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ De hecho, el Reglamento 2015/848 nos da a entender esto en la *compensación*, tanto por la redacción del precepto –que indica que la apertura del concurso *no afectará* a esta facultad– como por su ubicación dentro del cuerpo de la norma –el artículo 9, relativo a la compensación, se encuentra justo en medio de los preceptos que tratan los derechos reales de terceros y la reserva de dominio, a la que antes nos referimos–. En cuanto a la impugnación de los actos perjudiciales, siguiendo la doctrina de los profesores VIRGÓS y GARCIMARTÍN, esta realidad la conciben como un subapartado de la inmunidad [vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 111 y s.].

⁴⁸¹ DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 165.

Sin abandonar todavía la temática de los derechos sometidos a registro, en el Reglamento 2015/848 se prevé una norma material para tratar en sede de insolvencia las patentes europeas con efecto unitario y las marcas comunitarias (artículo 15). Si la finalidad teleológica pretendida por estos instrumentos jurídicos reside en que los derechos por ellos recogidos se vean protegidos de manera uniforme y puedan desplegar efectos equivalentes en todo el territorio de la Unión, entonces es perfectamente oportuno que su cognición concursal se reserve al procedimiento principal⁴⁸². De esta forma se evita una fragmentación en la correcta tutela jurisdiccional, pues un derecho de trascendencia internacional siempre tendrá que ser conocido en el transcurso de un procedimiento de alcance universal; o expresándolo a la inversa, un procedimiento territorial –que, por definición, se limitará a los bienes existentes en un foro concreto– no deberá poder arrogarse la competencia para decidir sobre el destino de elementos patrimoniales de la masa activa que van a tener resonancia en terceros Estados: eso condicionaría su ulterior tratamiento de cara a satisfacer un interés colectivo más amplio o, en el peor de los casos, privaría de su cognición al procedimiento más adecuado a tal fin.

Por último, a modo de cajón de sastre, hemos de aludir a otra serie de normas de conflicto que igualmente se enuncian en el Reglamento y que se refieren a situaciones bastante específicas. Para los derechos y obligaciones derivados de la participación del deudor en un mercado financiero organizado se propugna la *lex mercatus*, habida cuenta que así se salvaguarda más fácilmente la confianza en su buen funcionamiento y la certeza de la Ley que será aplicable en caso de que alguno de sus intervinientes incurriese en insolvencia: lejos de tener que atender al ordenamiento nacional de cada participante, se simplifica el régimen al estipularse que la única legislación concursal que desplegará sus efectos será la del propio mercado⁴⁸³. En cuanto a la protección de los adquirentes de algún bien o derecho del que haya dispuesto el deudor a título oneroso, la validez de la transmisión se juzgará dependiendo de la naturaleza del bien:

⁴⁸² A este respecto se pronuncian los reglamentos reguladores de estas materias, en concreto *vid.* Reglamento (UE) N° 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, considerando 7 – Reglamento (CE) N° 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria, considerando 3.

⁴⁸³ En un sentido análogo, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 126.

para los bienes inmuebles se recurrirá a la *lex loci rei sitae* y para los buques, aeronaves o valores negociables que requieran de su inscripción en un registro, la *lex registri*. Además y por exclusión, cuando la disposición se hubiere efectuado a título gratuito en perjuicio de la masa, volvería a regir la *lex fori concursus*. Finalmente, para determinar los efectos que tendría la insolvencia sobre otros procedimientos judiciales o arbitrales en curso al momento de su apertura y que tuviesen por objeto algún derecho patrimonial del deudor relevante para la masa, habremos de estarnos a la *lex fori processum*.

5.- Régimen concursal internacional

Si tuviésemos que resumir en una sola frase cuál es el espíritu del espacio judicial europeo, rápidamente afirmaríamos que su pretensión fundamental reside en hacer de las distintas jurisdicciones nacionales un único macroterritorio jurisdiccional donde se alcancen dos grandes objetivos: por un lado, el reconocimiento y ejecución automática de las resoluciones dictadas en cualquier foro y, por el otro, el acceso a los procedimientos tuitivos en clave de igualdad de todos los operadores jurídicos de la Unión. De esta manera se logra salvaguardar el correcto funcionamiento del mercado interior, pues las libertades que en él se desenvuelven deben disponer de un instrumento de igual calibre para evitar su desnaturalización y el ascenso de la anarquía⁴⁸⁴.

La realidad concursal no es, en absoluto, ajena a esta dinámica general: en tanto que parte integrante del universo económico de la Unión, no puede menos que participar de su misma esencia y problemáticas, necesitando igualmente del conveniente tratamiento jurídico por parte del Derecho europeo. En el presente epígrafe nos vamos a ocupar de analizar estas circunstancias, deteniéndonos tanto en el sistema de reconocimiento y ejecutividad de las resoluciones concursales como en el sistema de información y acceso al procedimiento.

5.1.- Reconocimiento y ejecutividad

Iniciando nuestro comentario por el reconocimiento y la ejecutividad de las resoluciones en materia de insolvencia, ya comentamos que el artículo 81 del TFUE coloca en el núcleo de la cooperación judicial en materia civil el principio de «reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución»⁴⁸⁵. De esta forma se abole el requisito del exequátur y las resoluciones judiciales dictadas en cualquier foro nacional pueden tener consecuencias inmediatas en el resto de jurisdicciones que integran el espacio europeo de justicia. Esto se fundamenta en el principio axiológico de la *confianza mutua*, que vendría a definirse como el sentimiento de pertenencia de los diferentes sistemas jurisdiccionales a una

⁴⁸⁴ En este mismo sentido, expuesto de una manera más amplia, *vid.* p. 192 y ss. de la presente investigación.

⁴⁸⁵ TFUE, art. 81.2.a

cultura judicial común, análoga a la existente entre los órganos judiciales de un solo Estado, y que conlleva el no cuestionamiento de las decisiones de los tribunales extranjeros⁴⁸⁶. En definitiva, se trata de una forma de respeto a la diversidad de ordenamientos y de sistemas judiciales nacionales, lo que se plantea como una alternativa a la armonización legislativa y a la disolución de las jurisdicciones nacionales en una sola estructura jurisdiccional⁴⁸⁷.

Siguiendo a FERACI, el fundamento teórico para la eliminación del exequátur en materia civil y mercantil reside «en la exigencia de revalorizar la libre circulación de las decisiones en el mercado interior de la Unión, finalidad esta última que constituye una condición indispensable para asegurar un efectivo acceso a la justicia en el territorio europeo»⁴⁸⁸. Obviamente, de mantenerse el requisito del reconocimiento *ad hoc* para cada resolución –y, por ende, cupiese la posibilidad de rechazarlas–, se acabarían produciendo tensiones entre los Estados miembros que irían menoscabando la confianza mutua. Se retornaría así al antiguo modelo en que las jurisdicciones internas, recelosas y desconfiadas, se blindaban ante las resoluciones externas a sus propios órganos. Tal forma de actuar acabaría ocasionando una disparidad entre las libertades económicas y el régimen que debe tutelarlas, lo que al final acabaría coartando su espontánea puesta en práctica.

⁴⁸⁶ En términos muy similares, *vid.* COMISIÓN EUROPEA (2005). «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005]» Recurso en línea, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l16002>> (última consulta: 10 de diciembre de 2015). Así comenta que las acciones legislativas no sólo deben orientarse a garantizar un alto grado de protección de los derechos de las personas, sino que también han de contemplar medidas prácticas para los profesionales del sector jurídico. No en balde, como muy atinadamente considera DELGADO MARTÍN, «las autoridades judiciales de los distintos Estados miembros de la Unión Europea asumen un relevante papel en el proceso de construcción del espacio judicial europeo, siendo partícipes y protagonistas de una nueva cultura judicial que despliega importantes efectos en los derechos de los ciudadanos europeos» [DELGADO MARTÍN, J. (2008). «El juez en la construcción del espacio judicial europeo. Instrumentos de apoyo al auxilio judicial entre Estados miembros de la Unión Europea». En DE HOYOS SANCHO, M. (coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova, p. 257].

⁴⁸⁷ En ese mismo sentido, *vid. ibíd.*, 250 y ss.

⁴⁸⁸ FERACI, O. (2012). *Op. cit.*, p. 215.

Todo lo anterior se traduce normativamente en los artículos 19 y 20 del Reglamento 2015/848. En el primero de ellos se consagra el principio de reconocimiento directo de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia dictada en cualquier Estado miembro desde el preciso instante en que ésta comenzase a producir sus efectos. A propósito de dichos efectos y ateniéndonos a la redacción del segundo de esos preceptos, el legislador se remite al ordenamiento interno de cada Estado de apertura para determinar su extensión. En su legislación se determinará de qué manera el procedimiento de insolvencia afectará a la situación patrimonial del deudor, a los créditos y a las demás relaciones obligatorias que se hubieren constituido, así como la operativa procesal que se desarrollará después para llegar a la concreción de las masas y su sucesiva articulación para aportar una solución a la situación de insolvencia. Ese acervo jurídico, que aparecerá formulado en la resolución pertinente, deberá ser convenientemente acatado por las autoridades que deban ejecutarlas, en que deban ejecutarse las resoluciones –aunque procederán de acuerdo con sus propios métodos y procedimientos de ejecución interna–.

Esta regulación es una derivación clara y evidente del ya mencionado principio de confianza mutua, que aparece expresamente señalado en el considerando 65 como la base interpretativa de esta parte de la regulación, indicándose que, en aras de realizar sus fines, «los motivos del no reconocimiento deben reducirse al mínimo necesario»⁴⁸⁹ –en referencia al orden público, que será objeto de análisis en breves instantes–. Dicha idea se lleva hasta sus últimas consecuencias, pues se manda que las resoluciones judiciales sigan reconociéndose aún en aquellos casos en que, a la luz del ordenamiento del Estado donde deban reconocerse esas decisiones, el deudor no reúna los requisitos subjetivos necesarios para que sobre él recaiga un procedimiento de insolvencia⁴⁹⁰. En

⁴⁸⁹ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 65.

⁴⁹⁰ Ahora bien, lo que sí se limitaría en esos casos es la apertura de un procedimiento territorial de insolvencia, pues la *lex fori concursus* en ese último caso no le reconocería [DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Op. cit.*, p. 186]. De esta manera, la asunción de los derechos y obligaciones presentes en ese foro acabará correspondiendo exclusivamente a los tribunales de la jurisdicción donde se halle el COMI –a excepción, claro está, de aquellos derechos sobre los que rijan una norma de inmunidad–. Cabe indicar igualmente que el supuesto inverso –cuando el Estado donde se radique el COMI no reconozca la concursabilidad del deudor– aparece previsto en el artículo 3.4.a, en virtud del cual se permite la apertura de un procedimiento de insolvencia territorial independiente cuando no sea posible incoar un procedimiento principal.

otras palabras, el legislador europeo reconoce la amplísima diversidad regulatoria que recae sobre la insolvencia y consagra un correlativo deber de aceptación y respeto.

Hemos de añadir que este régimen general de reconocimiento se reputará para todas las tipologías procedimentales previstas en el Reglamento 2015/848, sean de carácter principal o de alcance territorial limitado. Ahora bien, en estos preceptos, igualmente, se hace referencia a los procedimientos territoriales secundarios, admitiéndose expresamente su apertura aun cuando ya esté operativo un procedimiento principal (artículo 19.2) y protegiéndose de la misma forma sus efectos, al no poder ser objeto de recurso en otros Estados miembros (artículo 20.2). Esto último obedece a la lógica procesal y al principio de coordinación pues, de otra manera, si se permitiese la inferencia de otra jurisdicción nacional en los actos allí acordados, se acabaría desvirtuando el objetivo que se pretende con los procedimientos territoriales⁴⁹¹.

Asimismo, la continua referencia a la resolución de apertura como epicentro del reconocimiento jurisdiccional internacional responde a su importancia dentro de la estructura de la insolvencia. Al ser el momento procesal primigenio del concurso, desde el instante en que se proceda al reconocimiento de éste ya podrían quedar englobadas el resto de actuaciones de los órganos encargados de la llevanza del procedimiento –el juez y el administrador concursal–, así como los efectos característicos de la insolvencia. No obstante, en el artículo 32 del Reglamento 2015/848 aparece una previsión concreta al respecto de las resoluciones dirigidas al desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia, incluyéndose entre ellas las acciones conexas al concurso y las medidas cautelares. Para determinar el régimen de reconocimiento y ejecución de todas ellas estipula una remisión en bloque al Reglamento 1215/2012, que contiene las normas generales para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil e, igualmente, se instituye la regla cimentada en el reconocimiento directo –dándose así una homogeneidad en la regulación de los

⁴⁹¹ Esta circunstancia es perfectamente congruente con el régimen de comprobación de la competencia judicial internacional y de impugnación en la apertura de un procedimiento de insolvencia, al cual ya nos referimos en un punto anterior de nuestro estudio y que se contienen en los artículos 4 y 5 del Reglamento 2015/848, en los cuales se propugna que ambas actuaciones sólo se puedan efectuar en la jurisdicción *a quo*. De esta manera se consagra la autonomía jurisdiccional a la vez que se refuerza la confianza mutua, pues se entiende que dicha resolución de apertura se somete a un sistema de control interno antes de poder trascender a otros foros para desplegar sus efectos.

institutos concursales y extraconcursales⁴⁹². En definitiva, con este *modus operandi* se evita incurrir en dilaciones innecesarias en el desarrollo jurisdiccional transfronterizo – como las que suceden cuando hay que recurrir a instrumentos de Derecho internacional privado tales como el *exequátur*– y se alcanza una mayor agilidad procesal en el tratamiento de la insolvencia que, no hace falta decirlo, es una dimensión del Derecho que requiere de una especial premura, sobre todo si se pretende eludir la vía de la liquidación y mantener las actividades económico-empresariales del deudor.

Sin embargo, no hay que entender que el reconocimiento automático y la eliminación del *exequátur* traen *ipso facto* aparejada una aceptación sin control de toda suerte de resoluciones sin que se pueda reparar en su fondo ni verificar que se cumplen unas garantías mínimas⁴⁹³. De ahí surge un límite para esta regla general que hemos venido enunciando, fundamentado en el resto al *orden público*. Éste es el único argumento que pueden esgrimir los Estados miembros de la Unión Europea para exceptuar el reconocimiento y ejecución de una resolución dictada en otra jurisdicción en el marco de un procedimiento de insolvencia⁴⁹⁴. Siguiendo la redacción del artículo 25 del Reglamento 2015/2012, el motivo de la denegación radicará en que la jurisdicción *ad quem* valore que la homologación de la resolución vaya en contra de la ontología de su Derecho, especialmente cuando entren en conflicto con sus principios fundamentales o con los derechos y libertades individuales constitucionalmente garantizados. Igualmente, dada la especificidad de la salvedad y para no desvirtuar el objetivo teleológico pretendido por el Reglamento, afirmaremos que esta excepción a la norma

⁴⁹² Esa remisión supone una excepción al ámbito de aplicación material de ese texto, pues su ámbito de aplicación material excluye expresamente «la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos» [Reglamento (UE) N° 1215/2012, *leg. cit.*, art. 1.2.b]; siendo heredero de la tradición ya iniciada con el Convenio de Bruselas de 1968 de no incorporar los procedimientos de insolvencia a las reglas generales sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil.

⁴⁹³ Sosteniendo tal opinión, FERACI, O. (2012). *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁹⁴ De hecho, en la remisión general al Reglamento 1215/2012 que aparece en el ya mencionado artículo 32 del Reglamento 2015/848, se exceptúa precisamente toda la subsección dedicada a la denegación del reconocimiento (arts. 46 y 46 del Reglamento 1215/2012) y la denegación de la ejecución fundada en esas motivaciones. Expresándolo en otros términos, las únicas normas que van a imperar para la denegación en el contexto del concurso van a ser aquellas que se contengan en el propio Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

general de dar absoluta validez extraterritorial a toda decisión en materia concursal deberá interpretarse en el sentido más estricto posible⁴⁹⁵.

Siguiendo la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la concreción del orden público variará de un ordenamiento a otro, ocurriendo una vulneración del mismo cuando la resolución dictada en otro foro «choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental»⁴⁹⁶. Ahora bien, la jurisprudencia europea sí puede controlar los límites en que se alegue este conflicto y, en consecuencia, nos encontramos con una serie de indicaciones muy útiles a este respecto. Así las cosas, el objeto de la vulneración se focaliza, siempre y en todo caso, en intereses jurídicos expresados en una norma de especial trascendencia en el seno de un ordenamiento y, por ende, no serán relevantes los intereses meramente económicos⁴⁹⁷. La invocación a la tutela judicial, en cambio, sí que entraría dentro de esta categoría, tanto desde la perspectiva de la motivación que debe contener la resolución⁴⁹⁸ como de la posibilidad de acceder a un procedimiento justo y con todas las garantías y no ser condenado en rebeldía⁴⁹⁹.

Aparte de todo lo anterior y centrándonos exclusivamente en el ámbito de la insolvencia, nos atrevemos a enunciar una teoría que, en base a lo que hemos venido estudiando y el modo en que se ha llevado a cabo la última reforma de la regulación, creemos es acertada. Para ello debemos partir de una premisa: todas las actuaciones que se efectúan en el transcurso de los procedimientos de insolvencia están revestidas, directa o indirectamente, de una eficacia patrimonial. Como hemos constatado, ésta sería la única alternativa congruente con el actual estado de nuestra civilización, donde se han desterrado los rigores que afectaban a la esfera personal como un medio más de

⁴⁹⁵ A este mismo respecto, *vid.* LUIGI, D. (2004). «Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici». *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, fasc. 3-4 p. 606.

⁴⁹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 63; en iguales términos, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*, punto 27 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, punto 49.

⁴⁹⁷ *Ibid.*, punto 56.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, punto 51 y s.

⁴⁹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*, punto 45 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 66.

lograr un resarcimiento⁵⁰⁰. Por eso el orden público podría negarse a aceptar medidas que, en sede de insolvencia, se orientasen contra esa faceta intrínseca del individuo. Ahora bien, eso no impide que puedan desarrollarse medidas que afecten esa esfera personal, aunque siempre deben pretender una utilidad económica. Un ejemplo se encontraría en la limitación de la libertad personal o del secreto postal, pues se impediría que se produjera una hipotética lesión a los bienes y derechos de la masa activa por un comportamiento indebido del deudor. Precisamente en la reforma de 2015 fue en esa dirección, eliminándose la posibilidad de los Estados miembros de acogerse a la excepción del reconocimiento y ejecución de las resoluciones que tuviesen por efecto una restricción de esas libertades, de manera que su virtualidad en cualquier Estado miembro estará garantizada a menos que se invocase alguna modalidad de orden público⁵⁰¹.

En otro orden de cosas, hemos de referirnos también al régimen de facultades de las que estará revestida la administración concursal en tanto que órgano propio y característico del procedimiento de insolvencia. La lectura del artículo 21 del Reglamento 2015/848 nos revela que estas atribuciones serán las que le vengán aparejadas en función de la clase de procedimiento de insolvencia para el que hayan sido nombrados. El administrador del concurso principal, dado el alcance omnicompreensivo de esta tipología procedimental, deberá poder ejercer todas las facultades que le conceda la *lex fori concursus* en todos los Estados miembros y, en paralelo, también se le habilita expresamente para trasladar los bienes del deudor fuera del foro en que éstos se encuentren si lo estimase oportuno para el interés del procedimiento. Eso sí, estas competencias han de conjugarse con los procedimientos secundarios, habiendo decidido el legislador europeo restringirlas para con el foro que haya abierto uno de estos cauces o en los que se haya adoptado una medida cautelar en previsión del inicio de esas actuaciones. El administrador de un concurso secundario, en cambio, dado que el alcance de su procedimiento se limita por definición a los bienes que se encuentren en el Estado donde actúe al momento de la apertura, únicamente estará facultado

500

⁵⁰¹ Cfr. Reglamento (CE) N° 1346/2000, *leg. cit.*, art. 25.3. y Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 32. Eso sí, cabe añadir que con la antigua regulación sería lógico que el órgano judicial observase si en su ordenamiento interno se había establecido una disposición análoga, en cuyo caso la denegación no sería justificable siempre que se mantuviese dentro de los límites permitidos.

internacionalmente de forma excepcional y para realizar dos actuaciones: perseguir los bienes que hayan salido indebidamente del Estado en el que actúe y ejercitar las acciones revocatorias que estime pertinentes. En cualquier caso, todo administrador concursal tendrá que cumplir la ley del Estado miembro en el que quiera actuar y, de ninguna forma, podrá interesar apremios o pronunciarse sobre litigios *motu proprio*. Además, para acreditar su nombramiento, en línea con el principio de eliminación del exequátur en el territorio de la Unión, no se exigirá ninguna legalización o formalización del documento por el que éste se resolviese –fuera de la traducción a la lengua del Estado donde despliegue sus efectos–, siendo suficiente con la presentación de una copia certificada.

5.2.- Información a los acreedores y sistema de publicidad concursal europeo

Una vez analizado el régimen de reconocimiento y ejecutividad a escala transfronteriza, hemos de entrar a valorar cómo se articula la otra gran faceta del espacio judicial europeo: el acceso a la justicia en los procedimientos de insolvencia. Observándolo desde una perspectiva estructural, hemos de tener en cuenta que esta dimensión se despliega en una doble dirección: una *ad intra* y otra *ad extra*. La más evidente es la vertiente *ad intra*, que va de la realidad social hacia el interior del procedimiento para que los órganos concursales puedan ofrecer una respuesta jurídica a una situación fáctica, lo cual encajaría con la fase de la insinuación de créditos para conformar la masa pasiva. Sin embargo, también ocurre un movimiento *ad extra*, que parte del interior del procedimiento hacia el universo económico para que sus operadores tengan conocimiento de su existencia y puedan participar en él, de cara a procurarse la tutela de sus intereses que crean más conveniente. Esto aparece representado en la información a los acreedores y en la publicidad concursal, todo lo cual cobra especial trascendencia desde el punto y hora en que el concurso se configura como un procedimiento necesariamente colectivo en el que se sirve a los intereses de una comunidad crediticia.

Evidentemente, en caso de que no sucediese una adecuada exteriorización del procedimiento y su tramitación no tuviera su debida trascendencia, la interiorización de los créditos resultaría, en el mejor de los casos, incompleta y fragmentaria. Por ese motivo, antes de fijarnos en la constitución de la masa pasiva, tenemos que hacer alusión a esta no menos importante fase comunicativa previa. En ella distinguiremos

dos tipos de actuaciones, dependiendo del número de sujetos a los que se pretenda advertir: la información a los acreedores, cuando tenga como destinatarios a personas determinadas, y la publicidad concursal, que tiene como objetivo dar una difusión de alcance universal para todo el mercado. Atenderemos así a la habilitación que concede el TFUE en los apartados b, d y f de su artículo 81.2, que garantizan la salvaguarda de la notificación y traslado de los documentos con relevancia jurisdiccional y, de una manera más amplia, pretenden eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles y ofrecer una tutela judicial efectiva.

Comenzando por el régimen de información a los acreedores, no cabe duda que estos sujetos son los primeros interesados en saber que se está tramitando un procedimiento de ejecución colectiva, habida cuenta que sus derechos patrimoniales preexistentes se van a ver directamente afectados. La regulación aparece materialmente desarrollada en el artículo 54 del Reglamento 2015/848, con el que se dota de contenido sustantivo al principio general de la igualdad de trato entre los acreedores, visto ahora desde la perspectiva de la posibilidad de que tengan un acceso efectivo al procedimiento⁵⁰². Ciertamente, la opción por la que se decanta la norma no puede ser más sencilla: se obliga al órgano judicial encargado de realizar las comunicaciones individuales –que, dependiendo del ordenamiento, será una tarea que recaerá sobre el juez o el administrador concursal– a que también informe sin demora a los acreedores extranjeros.

Ahora bien, dadas las diferencias normativas existentes en materia concursal entre los diferentes Estados de la Unión, sería insuficiente la mera expresión de estos datos siguiendo los cauces marcados por la *lex fori concursus*. La seguridad jurídica de esta categoría de créditos exige atenerse a unos requisitos adicionales pues, de lo contrario, no serían comprendidos de una manera lo suficientemente directa y clara por sus destinatarios. Por esa razón se especifican una serie de reglas materiales que serán

⁵⁰² Hemos de señalar que, dada la especificidad normativa que exige el tratamiento de la insolvencia, las normas para la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales también deberán seguir un régimen diferenciado. Por eso, tal y como nos indica el considerando 64 del Reglamento 2015/848, no serán aplicables las reglas generales que aparecen estipuladas en el Reglamento (CE) N° 1393/2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil; todo ello con la finalidad de garantizar una información lo más ágil posible a los acreedores.

aplicables al régimen de comunicación internacional. Concretamente se refiere a la indicación de los plazos para proceder a la insinuación crediticia y las consecuencias de no observarlos, el órgano del procedimiento de insolvencia ante el que éstos tendrán que presentarse y la manifestación de si es obligatorio o no que efectúen ese trámite –en especial para aquellos casos en que créditos estén revestidos de alguna suerte de privilegio o garantía–; e igualmente, con el objetivo de facilitar la posterior insinuación, se deberá remitir el formulario normalizado o, en su defecto, indicar dónde podrá conseguirse. Asimismo, en aras de facilitar la labor a los operadores jurídicos en el espacio multilingüe de la Unión Europea, toda la información anterior se comunicará mediante un formulario normalizado, el cual deberá presentarse en un idioma oficial o reconocido por el foro de destino –a menos que el deudor se trate de un consumidor y su legislación concursal nacional no previese el deber de los acreedores de concurrir a un procedimiento de presentación de créditos para que éstos les sean reconocidos–.

Siguiendo con el régimen de publicidad, como ya hemos comentado hace unos instantes, se logra generar el efecto de que, con carácter general, todos los interesados puedan tener conciencia de que se está tramitando un procedimiento de insolvencia en relación a una determinada persona. De preguntarnos por su alcance, deberemos considerar que este conocimiento concierne a todos aquellos sujetos que, al intervenir en un mismo mercado, se han relacionado o hipotéticamente pueden llegar a entrar en contacto con el deudor concursado. Al constatar que el alcance económico natural de los operadores económicos de la Unión es connaturalmente transfronterizo al abarcar todo el mercado interior, la conclusión lógica que dicha información interesa al conjunto de los Estados miembros y, por ende, deberá acabar trascendiendo las fronteras nacionales de la jurisdicción en que se sustancie el procedimiento. No obstante ello, las autoridades europeas no comprendieron siempre de la misma manera cómo abordar esta cuestión, encontrándonos así con dos modelos distintos.

Si atendemos al texto original del Reglamento 1346/2000, nos percataremos de que era una materia relativamente poco regulada: se limitaba a habilitar al administrador concursal para que pudiese solicitar la publicación de la resolución de apertura del concurso –y, en su caso, de su propio nombramiento– en todos los Estados miembros (artículo 21), así como la inscripción en registros públicos extranjeros de ese mismo acto (artículo 22). Asimismo, la virtualidad de estos dos preceptos se hacía depender de lo que estimase oportuno el administrador concursal o de la casuística del ordenamiento

interno que se viese afectado por el procedimiento, cuyos registros de insolvencia evidenciaban hondas diferencias entre ellos⁵⁰³. En definitiva, la consecuencia final de ese paradigma en el que imperaba la discrecionalidad y la heterodoxia era el advenimiento de no pocas dificultades operativas, en las que se reducía considerablemente la capacidad de los acreedores para saber si se había incoado un procedimiento concursal contra su deudor; todo lo cual acababa desembocando, en palabras de la Comisión, «en una innecesaria concurrencia de procedimientos sustanciados en diferentes Estados miembros»⁵⁰⁴.

Se discierne así en qué consiste la solución óptima en lo relativo a los registros de insolvencia, todo lo cual se implementó en la reforma que daría a luz al Reglamento 2015/848, orbitando sus previsiones en torno a un doble centro de gravedad: por un lado, obligar a la publicación relativa a la información esencial de los procedimientos de insolvencia en un registro público accesible on-line –imponiéndose el deber de crearlo y mantenerlo a los Estados que no tuvieran un registro de tales características– (artículo 24) y, por el otro, interconectar dichos registros públicos nacionales para facilitar su acceso a los interesados de toda la Unión (artículo 25). A su vez, ello no es óbice para que se mande la publicación necesaria de la resolución de apertura del procedimiento en todo Estado miembro en que exista un establecimiento (artículo 28). Esto es, en los supuestos en que haya el suficiente arraigo y volumen de actividad económica del deudor en un Estado –lo cual es simbolizado por la figura arquetípica del establecimiento–, la publicación dejará de ser facultativa y de estar sujeta al juicio de oportunidad del administrador concursal. En último término, nos encontramos con una disposición análoga en lo concerniente a la inscripción de la apertura del procedimiento

⁵⁰³ HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). *External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings*, op. cit., p. 376.

⁵⁰⁴ COMISIÓN EUROPEA (2012). *Report from the Commission [...]*, op. cit., p. 18. Con respecto al cuadro general de los registros de insolvencia en los distintos Estados miembros de la Unión Europea, en ese mismo Informe sobre la aplicación del Reglamento 1346/2000 la Comisión recogía precisamente nuestra valoración arriba expuesta. Aunque todos los Estados miembros contemplaban la inscripción de la insolvencia cuando se trataba de personas jurídicas, no sucede lo mismo cuando se trata de personas físicas; ni tampoco la información está siempre disponible on-line y facilitada por un registro público, pues sólo 14 Estados lo disponen así, debiéndose conformar en muchos casos con registro privados o la versión electrónica de los boletines oficiales. Huelga decir que, de cara un acreedor extranjero, esos medios dificultan hasta el extremo de lo imposible tener acceso a la información concursal relevante.

de insolvencia en otros registros públicos (artículo 29), determinándose la obligatoriedad de esta medida en el Estado donde se radica un establecimiento y permitiéndose en otros foros cuando no sea contrario a la *lex registri*⁵⁰⁵.

En la misma regulación se contempla, directamente, un efecto que se deriva de la publicación de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado en el que se encuentre un establecimiento del deudor: el régimen de oponibilidad hacia los actos que se hayan ejecutado a favor del deudor concursado –cuando debiere haberse satisfecho en favor de la masa, representada por el administrador concursal–, fundamentándose la liberación en el desconocimiento de que ya se había iniciado el procedimiento de ejecución colectiva (artículo 31)⁵⁰⁶. Se hace depender la presunción *iuris tantum* del conocimiento y el desconocimiento precisamente de que se haya producido la publicación, de donde se colegirán unas evidentes consecuencias económicas.

5.3.- Presentación de créditos

Entrando a valorar ahora la dimensión *ad intra* del acceso al procedimiento, nuestra atención debe focalizarse en la presentación de créditos. Nuevamente el título habilitante del legislador se halla en el artículo 81.2.e, en el que se pretende ofrecer una tutela judicial efectiva en el tráfico civil dentro de la Unión Europea. La importancia de

⁵⁰⁵ Para un comentario sobre esta cuestión en el ordenamiento español, en relación con la regulación europea de la insolvencia, *vid.* COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES [DE ESPAÑA] (2014). «Consulta núm. 70: Efectos registrales de la declaración de un concurso pronunciado en un país de la Unión Europea». En Anuario de Derecho Concursal, T. 33, septiembre-diciembre de 2014, p. 1025 y ss.

⁵⁰⁶ Acerca de quiénes son las personas referidas en este artículo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea elabora una completa definición en su Sentencia sobre el caso *Van Buggenhout y Van de Mierop*, donde entiende que «son los deudores del deudor concursado que, bien directamente o bien por mediación, ejecutan de buena fe una obligación en favor de éste último» [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2013, asunto C-251/12, *Van Buggenhout y Van de Mierop*, punto 31]. Además, las previsiones contenidas en este artículo sólo son extensibles a estos supuestos, cuando el pago del crédito debería haberse hecho en favor de la masa concursal y en interés del procedimiento, y no a la inversa, cuando se produzca una reducción de esa misma masa por la actuación de un tercero –como podría ser una entidad de crédito–, habida cuenta que quedarían salvaguardadas una tipología de actuaciones que supondrían un evidente incentivo para transferir bienes a otras jurisdicciones en fraude de acreedores [*vid. ibíd.* punto 35].

ese hecho es fundamental en la estructura del concurso: los acreedores, con el trámite de insinuación de sus derechos contra el deudor, se incorporan al procedimiento en tanto que comunidad, la cual va a ser titular de la masa pasiva y en ella va a articularse la *par condicio creditorum* para procurar la mayor satisfacción de los créditos entendidos como un conjunto. La respuesta jurídica que ofrece el Reglamento 2015/848 para el tratamiento procesal de los acreedores extranjeros no podía ser otra que reconocerles, en pie de completa igualdad, el derecho a presentar sus créditos en el procedimiento de insolvencia, pudiendo recurrir a cualquier medio de comunicación aceptado por la *lex fori concursus* y sin ser obligatoria su representación por abogado u otro profesional (artículo 53).

Ahora bien, hemos de preguntarnos qué derechos de crédito en concreto podrán ser invocados. Recordando nuestra exposición anterior, diferenciábamos entre dos tipologías de procedimientos y en cada uno de ellos se conformaba una masa activa de diferente extensión: por un lado, en lo que respecta a los procedimientos territoriales, los efectos del concurso se limitaban a los bienes del deudor que se encontrasen en el foro donde hubiera un establecimiento; mientras que cuando se trataba de un procedimiento principal, se afectaban todos los derechos patrimoniales del deudor con independencia de dónde se ubicasen –a menos que se abriese un procedimiento secundario, que limitaría la cognición para con los bienes de ese Estado miembro específico–. Cabe cuestionarse entonces si con la masa pasiva habría que aplicar unas reglas análogas, circunscribiendo la tuición jurisdiccional a los acreedores locales en el marco de los procedimientos territoriales.

Una primera respuesta la hallamos en la regulación de los procedimientos secundarios, para los que se estipula justo la regla contraria. El artículo 45 del Reglamento 2015/848 no deja ninguna duda cuando indica, literalmente, que «todo acreedor podrá presentar su crédito en el procedimiento de insolvencia principal y en cualquier procedimiento secundario»⁵⁰⁷. En otras palabras, no sólo no se acota el derecho a la insinuación de créditos al procedimiento con el que hubiese una relación más directa e inmediata, sino que se da un paso más y se permite incluso una presentación simultánea en distintas jurisdicciones. Ahora bien, no se hace ninguna mención expresa sobre este particular en la esfera de los procedimientos territoriales independientes, aunque prestando la debida

⁵⁰⁷ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, art. 45.

atención a sus previsiones específicas contenidas deberemos inclinarnos por el mismo principio. Recordemos que una de las causas que permiten la apertura de esta clase de concursos estriba en la imposibilidad de incoar el procedimiento principal como consecuencia de las disposiciones de la *lex fori concursus* en el Estado donde se hallase su COMI⁵⁰⁸. De esta manera se concede una vía procesal a todos los acreedores, tanto locales como extranjeros, para que puedan llegar a satisfacer sus créditos. Deducimos así cuál es la finalidad teleológica última pretendida por esta regulación, que tiene una evidente relación con la ya referida función solutoria del concurso. Además, todo ello se complementa y va en perfecta consonancia con aquel otro principio inspirador de la norma europea: la interdicción del *forum shopping*. No en balde, al permitirse que los acreedores persigan procesalmente al deudor y sus activos por todo el territorio de la Unión, se dificultará que un hipotético traslado de bienes en búsqueda de una posición jurídica más favorable pueda tener éxito.

De ahí se colige la necesidad de que los diferentes procedimientos de insolvencia referidos a un solo deudor estén coordinados pues, en caso contrario, indefectiblemente se quebraría la *par condicio creditorum*. La razón se halla en que, si un acreedor puede concurrir coetáneamente en múltiples procedimientos, fácilmente podría recibir diferentes cobros que, acumulados, superasen la satisfacción recibida por el resto de acreedores del mismo rango. Se premiaría entonces al deudor que insinuase sus derechos en más jurisdicciones, lo cual sería absolutamente contrario al principio de igualdad que rige en todo procedimiento de ejecución colectiva⁵⁰⁹. Por ese motivo, en el

⁵⁰⁸ *Ibíd.*, art. 3.4. Es más, si tenemos en mente el tenor literal de ese precepto, se establecía claramente un *numerus clausus* de razones por las que se podía interesar la apertura de un procedimiento independiente: uno se fundamentaba en la relación del crédito con el establecimiento, mientras que el otro ponía el acento en esa imposibilidad de abrir un procedimiento principal y sin que tenga relevancia alguna los orígenes de la relación crediticia.

⁵⁰⁹ Ése es también uno de los estímulos que conducen a la intención del legislador europeo –recogida en el considerando 37 del Reglamento 2015/848– de limitar, en la mayor medida posible, la apertura de los procedimientos territoriales independientes. Redundando en la lógica que acabamos de expresar, si no existe un concurso principal en el que se pueda entroncar correctamente la cooperación interprocedimental, se hace sensiblemente más complejo articular la igualdad entre los acreedores de un deudor común. Ello es así a pesar de que los artículos 41, 42 y 43 establecen para los procedimientos territoriales independientes un régimen de cooperación y comunicación análogo al existente entre el procedimiento principal y los procedimientos secundarios; si bien, al faltar un alcance omnicompreensivo

artículo 23.2 se propugna la regla de que sólo será posible participar en otro reparto cuando esos acreedores de igual rango hayan llegado a obtener una satisfacción equivalente, imputándose los resultados de un procedimiento concursal en los demás que pudieran abrirse. Paralelamente, en el primer párrafo de este mismo precepto se nos recuerda que la vía que tiene un acreedor para procurarse el resarcimiento de sus créditos una vez que se ha abierto el procedimiento de insolvencia se encuentra, exclusivamente, en los cauces procesales contemplados por éste último. Sobre esta base se construye la regla de que, si ocurriese una satisfacción crediticia extraconcursal, esos pagos deberán restituirse a la masa activa para coadyuvar la *pari passu*.

Finalmente, también se nos describe las especificidades del procedimiento para la insinuación de créditos transfronterizos (artículo 55). Nuevamente, en aras de facilitar dicho trámite en la realidad plurilingüe de la Unión y transmitir la información del modo más inteligible posible, se recurre al instrumento del formulario normalizado por la Comisión, donde se indicarán todos los datos pertinentes para describir y justificar el crédito e identificar convenientemente a su titular. Esta presentación de derechos deberá llevarse a término en el plazo general indicado por la *lex fori concursus*, si bien se indica un plazo mínimo de treinta días desde la publicación de la resolución de apertura para no desvirtuar la posibilidad de que se pueda realizar de un modo efectivo.

5.4.- Consideraciones generales sobre la universalidad en el régimen concursal transfronterizo

Hemos creído conveniente reunir en un solo apartado todas las consideraciones a propósito de la universalidad que se nos suscitan en este epígrafe pues, a pesar de versar sobre diferentes temáticas, debe ser entendido como un conjunto.

Diremos que partimos de una premisa y de un deseo. La premisa consiste en la pluralidad de jurisdicciones existentes en la Unión Europea, a lo que hemos de añadir que cada cual es soberana dentro de su esfera nacional. El deseo, por su parte, se relaciona con la pretensión de que el funcionamiento del conjunto de los poderes judiciales nacionales sea análogo al de un solo Estado: en eso consiste el espacio

al concurso, las actuaciones procesales dirigidas a tal fin no pueden sino encontrarse con mayores dificultades para su realización.

judicial europeo, que se erige sobre el principio de la confianza mutua. Sólo en la medida que se plasme esa intención sobre la pluralidad de ordenamientos será posible, en lo que se refiere al Derecho concursal, que el principio de universalidad de la insolvencia llegue a realizarse.

En el aspecto que aquí nos interesa, dicho principio de universalidad concursal se halla íntimamente relacionado con su correlato en la disciplina del Derecho internacional privado, que se define en la ya tantas veces aludida tesis universalista. Centrándonos en elementos de trascendencia iusprivatista, si ocurre un reconocimiento directo de las resoluciones judiciales –limitándose la denegación a razones de orden público en sentido estricto– y se garantiza la igualdad en el acceso al procedimiento a todos los interesados –sobre la base de trasladar la información a los acreedores y concediendo que éstos, a su vez, puedan comunicarse con los órganos concursales–, evidentemente también se estarán realizando los axiomas intrínsecos del Derecho de la insolvencia. Los más evidentes son los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de igualdad entre los acreedores, los cuales se expresan en su vertiente procesal en la figura de la tutela judicial efectiva; si bien tampoco podemos negar la existencia del principio de obligatoriedad concursal, que se ve reflejado en el régimen de restitución contemplado en el artículo 23.1 de la regulación.

No obstante, hay una medida que se adentra bastante más en la naturaleza ontológica de la insolvencia y nos proporciona un conocimiento más profundo sobre cómo concibe el legislador europeo que debería articularse la disciplina concursal no sólo transfronteriza, sino también interna. Nos referimos, evidentemente, a los registros públicos de insolvencia, para los cuales se manda que sean accesibles en línea. Una de las medidas más innovadoras del Reglamento 2015/848 consiste precisamente en la implementación de este proyecto, pues se estima conveniente que se facilite la consulta de dichos datos y se ofrezca una conveniente publicidad de los procedimientos incoados contra cualquier operador económico de la Unión –aunque se puedan exceptuar los consumidores, por la naturaleza de sus datos y las características de sus actividades, cuyo impacto económico será mucho menor–. Además, se obliga a los Estados que no dispusiesen de tales medios a crearlos y mantenerlos de cara a que, en un momento posterior, la Comisión Europea proceda a interconectarlos entre sí para crear un espacio único registral a efectos concursales. En definitiva, aquí nos encontramos con un juicio de valor de las autoridades europeas que va a tener resonancia en los propios ordenamientos internos,

habida cuenta que van a desarrollar la posibilidad de acceso a la información concursal en los propios ordenamientos nacionales. Sin duda, todo ello afectará para mejor el régimen de universalidad a escala estatal y europea, al permitirse una composición más idónea de la masa pasiva.

6.- Interrelación entre procedimientos de insolvencia

Ya para terminar de examinar la regulación de la insolvencia transfronteriza en la Unión Europea, hemos de detenernos en los Capítulos III y V del Reglamento 2015/848. En ellos se contienen, respectivamente, la regulación específica de dos clases de procedimientos de insolvencia: los de naturaleza territorial secundaria y los que afectan a los miembros de un grupo de sociedades. En ambos va a cobrar una especial trascendencia el componente cooperativo y comunicativo entre los órganos concursales de distintos procedimientos, con el fin de ofrecer un mejor tratamiento procesal a unas masas de derechos y obligaciones que, por distintas razones, se encuentran interrelacionadas entre sí.

6.1.- Procedimientos secundarios de insolvencia

A lo largo de nuestro estudio ya hemos ido haciendo alusión a diferentes circunstancias regulatorias relacionadas con los procedimientos de insolvencia secundarios. No obstante, antes de entrar a recordar las consideraciones que previamente hemos enunciado, haríamos bien en ofrecer una definición de esta variedad concursal transfronteriza que nos sirva de aglutinante para todas nuestras ideas. Muy sucintamente diremos que se trata de una clase de procedimiento de insolvencia territorial que se caracteriza por sustanciarse coetáneamente a un procedimiento de insolvencia principal.

Como primera cuestión ya tratada, de su naturaleza territorial se derivaba su régimen de competencia judicial internacional, pudiéndose abrir cuando en un Estado miembro exista un establecimiento del deudor y recayendo la cognición de los elementos patrimoniales con él relacionados a los órganos jurisdiccionales existentes en dicho foro⁵¹⁰. Se distinguen de los procedimientos territoriales independientes por un hecho formalmente exógeno a las circunstancias procesales existentes en ese mismo procedimiento: la referida tramitación contemporánea de un procedimiento de insolvencia principal. Además, su condición de secundariedad puede serles otorgada *ab origine*, si se han abierto cuando ya se estuviese tramitando un procedimiento principal, o de manera sobrevenida y reconvirtiéndolo, si éste último se incoase con posterioridad

⁵¹⁰ Vid. p. 247 y ss. de la presente investigación.

en el tiempo⁵¹¹. Por último, cuando nos referíamos a las masas patrimoniales que en él eran abarcadas, observábamos que la extensión del activo y pasivo eran totalmente disímiles y, aunque sólo comprenden los bienes y derechos del deudor situados en el Estado donde se encontrase el establecimiento (artículos 3.2 y 34), podían presentar sus créditos todos los acreedores (artículo 45)⁵¹².

Observándolos desde una perspectiva teórica, no cabe duda de que los procedimientos secundarios representan la manifestación por excelencia de ese aspecto *mitigador* de la tesis de universalidad en el concurso transfronterizo europeo; y como toda mitigación, encuentra su razón de ser en ofrecer un mayor grado de seguridad jurídica en la tramitación de la insolvencia internacional⁵¹³. Siguiendo el considerando 40 del Reglamento 2015/848, esta seguridad jurídica se refleja en una doble vertiente: por un lado, la protección de los intereses de crédito de los acreedores locales y, por el otro, facilitar la administración de la masa del deudor cuando ésta fuese excesivamente compleja o hubiese demasiadas diferencias entre las legislaciones de los Estados por donde se diseminasen las actividades del deudor. Esto se refleja en el artículo 37 de la misma norma, cuando se legitima para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario tanto a las personas facultadas en ese sentido por la ley del foro como al administrador concursal del procedimiento principal, si éste creyese oportuno recibir el auxilio de otra instancia.

No obstante, parece hasta cierto punto contradictorio afirmar que se quiere procurar una protección más adecuada de los acreedores locales cuando, al mismo tiempo, se

⁵¹¹ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, arts. 3.3 y 3.4 *in fine*, que respectivamente se refieren a la condición de los procedimientos territoriales como secundarios desde el origen o a su reconversión desde su *status* de independiente tras la apertura de un procedimiento principal.

⁵¹² Para una explicación acerca de este *modus operandi*, *vid.* p. 279 y s. de la presente investigación.

⁵¹³ Por ese motivo, a diferencia de lo que sucedía con los procedimientos territoriales independientes, cuya incoación estaba limitada a supuestos muy concretos, el Reglamento 2015/848 «no restringe el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento una vez abierto el procedimiento de insolvencia principal» [Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerando 38]. A mayor abundamiento, siguiendo los pensamientos de MONTELLA, el procedimiento secundario de insolvencia se revelaría como un instrumento jurídico para evitar el *forum shopping* [en este sentido, *vid.* MONTELLA, G. (2008). «La procedura secondaria: un rimedio control il *forum shopping* del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000». *Il fallimento*, 2009, n° 11, p. 1299 y ss.].

consagra el derecho de todos los acreedores a acceder a un procedimiento secundario. *Prima facie* podríamos pensar que lo más lógico y congruente sería limitar la presentación de créditos a la masa pasiva que se hubiese generado como consecuencia de esa explotación económica de un establecimiento y, por consiguiente, dejar fuera al resto de acreedores. No cabe duda que así se salvaguardarían los intereses locales hasta el extremo, aunque de esta forma se incurriría en una sobreprotección absolutamente contradictoria con el principio de universalidad que inspira el concurso: no en vano, estando presente un único deudor, es del todo punto injustificable que se fragmenten sus esferas de derechos y deudas por razón de su ubicación geográfica.

La intención del legislador europeo cuando menciona la protección de los acreedores locales, más que constituir una serie de compartimentos estancos nacionales, reside en salvaguardar un interés jurídico muy distinto: la prelación de créditos; habida cuenta que, como hemos comentado anteriormente, es en este particular aspecto donde se hallan las mayores divergencias entre los ordenamientos nacionales⁵¹⁴. En otras palabras, si un acreedor previese en el momento de la negociación que su crédito va a estar revestido de un determinado privilegio –habida cuenta que estaría contratando con una persona que, al disponer de los medios humanos y materiales en que consiste un establecimiento, evidenciaría ante terceros que está radicado en un foro determinado–, su certeza del derecho entraría en conflicto si cambiasen intempestivamente las *reglas de juego* con ocasión de la insolvencia. Con los procedimientos secundarios se asegura la subsistencia de los rangos crediticios, de los que esencialmente van a acabar beneficiándose los acreedores locales, pues se permite que la Ley concursal aplicable sea –salvo disposición en contrario– la del Estado miembro en que se encuentre el establecimiento (artículo 33)⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Para una mención expresa en la regulación, *vid. ibíd.*, art. 36.1, a propósito del compromiso unilateral del administrador concursal del procedimiento principal sobre la masa activa del foro donde se haya un establecimiento del deudor, al que seguidamente nos referiremos.

⁵¹⁵ Cabe indicar que la protección de los derechos de crédito en los procedimientos secundarios se llevaba a término de un modo algo más extremo en la regulación por el Reglamento 1346/2000. Según el artículo 3.3 de esta norma, todo procedimiento territorial abierto con posterioridad a la apertura de un procedimiento principal debía estar necesariamente orientado a su inmediata liquidación. Claro está, siendo esta forma de solución del concurso la vía que cumple mejor la función solutoria en sentido estricto, los acreedores que presentasen sus créditos en el foro donde estuviese un establecimiento no debían preocuparse por *competir* con la vía del saneamiento, que sí podía desarrollarse en el transcurso

Ahora bien, la verdadera clave de bóveda para comprender la esencia de los procedimientos secundarios se halla en su sintonía con el procedimiento principal, del que va a acabar dependiendo en determinados aspectos. Siguiendo las consideraciones de VIRGÓS y GARCIMARTÍN, la regulación europea contempla a los procedimientos secundarios como una especie de *satélites* del concurso principal, lo que trae aparejado su sumisión a unas reglas de coordinación y a un cierto grado de subordinación en relación a éste último⁵¹⁶. Todo ello realza el modelo universalista en la insolvencia transfronteriza pues, aunque existirán distintos cauces procesales abiertos para con el mismo deudor, habrá una graduación entre ellos.

del procedimiento principal. La consecuencia final de esta regulación desembocaba en una evidente contradicción: podría estarse tramitando un procedimiento principal en el que se intentase sanear la situación patrimonial del deudor pero, en paralelo, se estarían ejecutando los bienes y derechos de sus establecimientos en otros Estados miembros. Eso pondría en riesgo, en primer lugar y antes de nada, la sostenibilidad patrimonial del deudor; y, en segundo término, se ocasionaría un menoscabo a la posibilidad de que éste pudiese seguir desempeñando sus actividades económicas en el futuro, pues perdería sus centros de operaciones en otros Estados miembros distintos de donde estuviese su COMI. Tal panorama sería absolutamente desolador, máxime cuando el tribunal del establecimiento sólo podía optar por la alternativa de liquidar un establecimiento sin que hubiese una justa razón económica.

Una primera modulación a esta radicalidad normativa se operó por medio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De este modo, en su Sentencia sobre el caso *Bank Handlowy y Adamiak*, se limitó sensiblemente la severidad de la norma al interpretarse que incumbía «al tribunal competente para abrir un procedimiento secundario tomar en consideración los objetivos del procedimiento principal y tener en cuenta el sistema del Reglamento, con observancia del principio de cooperación leal» [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2012, asunto C-116/11, *Bank Handlowy y Adamiak*, punto 62].

Posteriormente, con la reforma operada en 2015, se elimina definitivamente la regla por la que se determina la necesidad de que los procedimientos secundarios deban encaminarse hacia la liquidación del activo de los establecimientos. Con ello se logra un indiscutible perfeccionamiento de la regulación pues, dependiendo de los intereses perseguidos por el procedimiento principal y por medio de la coordinación entre los órganos de los diferentes concursos, se decidirá cuál es la alternativa procesal más adecuada. Esa es la opinión sostenida por ESPINIELLA, quien considera que un concurso principal orientado al saneamiento podía verse abocado al fracaso «porque, inmediatamente después de declararse, cualquier acreedor puede solicitar a través de un concurso territorial la liquidación de las sucursales más rentables o de importancia estratégica para la empresa» [ESPINIELLA, A. (2013). «La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia». Anuario de Derecho Concursal, T. 29, mayo-agosto de 2005, p. 434].

⁵¹⁶ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 157.

En lo relativo a la coordinación procedimental, ésta se lleva a cabo en virtud del régimen de cooperación y comunicación establecido en los artículos 41 y siguientes del Reglamento 2015/848. En estos preceptos se manda que exista una conveniente cooperación y comunicación entre los órganos concursales del procedimiento principal y sus homólogos secundarios pues, de lo contrario, acabarían actuando como concursos totalmente independientes, al más puro estilo de lo que propugnaría la tesis territorialista. En primer lugar, el artículo 41 predica la cooperación y comunicación entre los *administradores concursales*. Se estipula que esos deberes tendrán que estar presentes durante todo el procedimiento, con el único límite que les imponga sus respectivas *lex fori concursus*, pudiendo concretarse bajo la forma de acuerdos o protocolos. Esta comunicación, según el artículo 42, también deberá mediar entre los *órganos jurisdiccionales* que conozcan de la insolvencia transfronteriza de un mismo deudor, quienes tendrán la capacidad de comunicarse y solicitarse mutuamente información o asistencia, respetando los derechos procesales de las partes y el carácter confidencial de la información que recaiga en sus manos⁵¹⁷. Finalmente, para cerrar el círculo, el artículo 43 amplía los meritados deberes a la cooperación y comunicación entre administradores concursales y tribunales.

La idea de subordinación de los procedimientos secundarios, por su parte, se manifiesta en una serie de disposiciones concretas. En ellas se evidencia la primacía del procedimiento principal por la capacidad de su administrador concursal de imponer determinadas conductas procesales a los concursos de índole secundaria. Uno de los más destacados es el que aparece recogido en el artículo 36 del Reglamento 2015/848, constitutivo del *compromiso unilateral* que puede contraer el administrador concursal del procedimiento principal con el fin de evitar la apertura de un procedimiento secundario de insolvencia. Dicho compromiso recaerá sobre la masa activa del foro donde se halle un establecimiento del deudor, en aras de seguir aplicando a esos derechos y obligaciones el régimen concursal que hubiese regido para ellos si, efectivamente, se hubiese incoado el procedimiento secundario de insolvencia. En otras

⁵¹⁷ Acerca de qué debemos entender por *información confidencial*, en tanto que la regulación europea no realiza ninguna previsión al respecto, deberemos entender que tendrán esa consideración los datos que así sean determinados por la *lex fori concursus* de cada tribunal, con lo que las obligaciones de secreto irán variando según el ordenamiento en el que nos encontremos. En ese mismo sentido, *vid.* ESPINIELLA, A. (2013). *Op. Cit.*, p. 437.

palabras, se abrirá un paréntesis dentro del concurso principal y, para con determinados bienes y derechos, se empleará una legislación distinta. La función principal de este *modus operandi* reside en garantizar que en el reparto de activos se respetará el orden de prelación establecido en el *lex fori concursus* del establecimiento, sin que por ello sea necesario iniciar un concurso secundario en ese foro. En consecuencia, se podrán concentrar todas las actuaciones en la jurisdicción del COMI, lo que conlleva un evidente ahorro de costes procesales⁵¹⁸. Asimismo, en el artículo 46 del Reglamento 2015/848 se configura otra interesante facultad de la que se arroga al administrador concursal del procedimiento principal: la posibilidad de interesar la suspensión de la ejecución de activos en un procedimiento secundario. Esta medida está íntimamente ligada a la aptitud contemplada en el artículo 47, en virtud de la cual éste mismo órgano podrá presentar un plan de reestructuración, un convenio u otra medida similar para articular la consumación de la función conservativa que igualmente contemplan los procedimientos concursales.

6.2.- Procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades

Una práctica relativamente usual en el comercio internacional consiste en que, cuando una sociedad quiere instalarse en un Estado distinto de donde tiene su sede, constituye una nueva sociedad con arreglo a la legislación de ese ordenamiento; o también podría suceder que una sociedad adquiriese un importante número de acciones o participaciones de otra sociedad ya existente en otro Estado, sea para introducirse en su mercado o, simplemente, porque lo considere una buena oportunidad de negocio. En

⁵¹⁸ Recurriendo a los términos utilizados por la propuesta de reforma del Reglamento 1346/2000, donde por primera vez se menciona esta norma de derecho sustantivo, podríamos definir esta operativa como un *procedimiento secundario virtual*. El uso del término *virtual* es tremendamente expresivo de la función que cumple en este esquema, pues indica que se logra producir unos efectos jurídicos pero sin desencadenarlos sus consecuencias en toda su extensión. Además, hemos de señalar que el legislador europeo reconoce que su fuente de inspiración se halla en el Derecho del Reino Unido, donde ya se ha venido realizando esta práctica gracias a la flexibilidad que ofrece su ordenamiento a la situación de insolvencia. En ese sentido, *vid.* PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2012). «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia». Recurso en línea, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744/_com_com%282012%290744_es.pdf> (última consulta: 10 de diciembre de 2015).

ambos casos la sociedad creada o adquirida por otra, a la que denominamos *filial*, ostentará una personalidad jurídica propia y diferenciada de la sociedad que controla sus acciones, que sería la *matriz*. Por ese motivo, podrá ser titular de sus propios derechos y obligaciones, derivados de los negocios que concluirá *in nomine proprio*, y estará dotada de sus órganos sociales específicos. Ahora bien, es innegable que la sociedad filial no actuará autónomamente: por el contrario, sus operaciones se verán supeditadas a las decisiones que tome la sociedad matriz, que controlará la totalidad o un porcentaje determinante de los derechos de voto de la junta general. Además, ese control no tiene por qué evidenciarse directamente, sino que también puede mediar un control de carácter indirecto, a través de acuerdos suscritos entre los socios de dos sociedades diferentes⁵¹⁹.

De este modo, siguiendo los pensamientos de los SÁNCHEZ CALERO, ocurre una cierta contradicción con respecto al régimen que sería tradicional en el Derecho societario: mientras que la idea original era que cada sociedad tuviese unos órganos de dirección autónomos, con los grupos societarios sucede que, a pesar de que formalmente se vertebran distintas sociedades, todas ellas están sometidas a una dirección única y, en última instancia, «forman una macroempresa, calificada en ocasiones como empresa policorporativa»⁵²⁰. Esta construcción teórica presenta una evidente analogía con las consideraciones del legislador europeo, para quien las actividades de una sociedad matriz y sus filiales deben tratarse como si fuesen una sola entidad económica y, en consecuencia, deben presentar unos estados financieros consolidados para ofrecer su información financiera de un modo adecuado a sus socios y terceros⁵²¹. Esto no carece de razón pues, por efecto del desarrollo conjunto de sus actividades mercantiles, se dará

⁵¹⁹ Recogiendo esas dos modalidades de control de una sociedad para con otra, *vid.* Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, considerando 31. Asimismo, reflejando esta idea de control en un sentido amplio, el Código de Comercio español establece que existirá un grupo de sociedades cuando «una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras» [Código de Comercio de 1885, art. 42].

⁵²⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2008). *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 1 (31ª ed.). Navarra: Aranzadi, p. 763.

⁵²¹ Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, considerando 31.

un importante grado de interrelación económico-patrimonial entre las sociedades matrices y filiales; todo lo cual deberá ser tenido muy en cuenta en la tramitación de un procedimiento de insolvencia abierto contra una sociedad miembro de un grupo.

En la redacción del Reglamento 1346/2000 se omitía cualquier mención a la problemática específica de los grupos de sociedades. Así las cosas, debería interpretarse que cada matriz o filial tenía su correspondiente COMI y que los diferentes concursos principales serían del todo independientes por afectar a distintos deudores; o lo que es lo mismo, se partía de un enfoque individualizado de la insolvencia de cada sujeto que estuviese dotado de personalidad jurídica⁵²². Esto no dejaría de ser una opción de política legislativa, aunque desde un punto de vista funcional no es muy difícil establecer una analogía entre dos realidades muy próximas: la relación que existe, por un lado, entre una sociedad matriz y su filial situada en otro Estado y, por el otro, la que opera entre el COMI y un establecimiento. Naturalmente, ambas situaciones se diferencian por la concurrencia o no de personalidades jurídicas distintas; aunque, si el cometido que puedan acabar desempeñando en el mercado es teleológicamente parejo, de ningún modo se puede dejar de contemplar algún tipo de consecuencia regulatoria.

El eterno riesgo de las lagunas normativas reside en que la realidad fáctica, tarde o temprano, acaba imponiéndose al Derecho para evidenciarle sus carencias. Con el caso *Eurofood* se plantea por vez primera el problema de la insolvencia transfronteriza de un grupo de sociedades en el espacio de la Unión, proponiéndose la posibilidad de si debían concentrarse las actuaciones procesales de la sociedad filial en el Estado miembro donde se encontrase el COMI de la sociedad dominante. La respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue negativa: entendió que «el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento [de que el COMI se halla en el foro donde se

⁵²² En términos prácticamente idénticos, el ya referido Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 1346/2000 se hace eco de esta realidad, indicando que la premisa básica de esa regulación estribaba en que «los procedimientos de insolvencia se relacionan con una sola personalidad jurídica y que, en principio, se deben abrir procedimientos separados de insolvencia para cada miembro individual del grupo» [COMISIÓN EUROPEA (2012). *Report from the Commission* [...], *op. cit.*, p. 14].

encuentra el domicilio social de la sociedad]»⁵²³. Esta jurisprudencia consagra la premisa anteriormente enunciada de que debe tramitarse un concurso por cada deudor insolvente, aun cuando exista una dependencia de una sociedad para con otra, y que sólo cabría la acumulación de la cognición cuando se probase que el COMI de la sociedad se halla realmente en otro Estado miembro. Sobre este dato en particular, indica que ése sería el caso de las *sociedades fantasma*, definidas como aquellas entidades que no ejercen ninguna actividad en el Estado donde se encuentran domiciliadas –y, por ende, no cabe hablar de la administración de ningún interés–⁵²⁴.

Asimismo, también vendría a aplicarse la misma regla cuando existiese una confusión de patrimonios –ya sea entre dos personas más o menos independientes o, con más razón, entre los miembros de un grupo de sociedades–. Según la Sentencia del caso *Rastelli*, esgrimir este motivo no sería suficiente como para extender los efectos de un procedimiento de insolvencia a una persona distinta domiciliada en otra jurisdicción. Se redunda en la idea de que debe demostrarse que el COMI de una sociedad realmente se sitúa en un Estado distinto, que sería coincidente con el foro en que se hubiese iniciado un concurso. Se conjugaría así una regla general cuya validez se puede predicar también para el supuesto que hemos visto arriba y que exige apreciar globalmente todos los elementos pertinentes que permitan acreditar, de un modo comprobable por terceros, que el COMI de la sociedad extranjera se halla en el Estado que hubiese incoado el primer procedimiento de insolvencia⁵²⁵. De esta manera se protege la seguridad jurídica de los acreedores que hubiesen contratado con esa sociedad –quienes habrían previsto que, si incurriese en insolvencia, la tramitación de su concurso se llevaría a término en una jurisdicción concreta y regida por una legislación determinada–, pues se dificultaría que se sustrajera la cognición del procedimiento concursal al foro que sería originariamente competente para trasladarlo a otro.

Con la reforma del año 2015 se sigue precisamente la línea establecida por la jurisprudencia europea, constituyéndose un régimen de cooperación y comunicación que evidencia algunos paralelismos con el modelo que ya hemos descrito para la

⁵²³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, punto 36.

⁵²⁴ *Vid. ibíd.*, punto 35.

⁵²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli*, punto 39.

interrelación del procedimiento principal con los procedimientos secundarios. La intención no es otra que facilitar la eficaz administración del concurso de grupos, propiciando las sinergias características de esa construcción jurídica para lograr un objetivo económico que beneficie positivamente a todos los acreedores⁵²⁶. Eso sí, se establecen dos límites: por un lado, en ningún caso se puede en detrimento de los intereses de los acreedores de los respectivos procedimientos –por lo que la coordinación tendrá siempre un carácter voluntario– y, por el otro, no puede ser óbice para concentrar todas las hipotéticas actuaciones en una sola jurisdicción si se considerase que el COMI se encuentra en un único Estado⁵²⁷.

De esta manera, en el articulado del Reglamento 2015/848 se establece una regulación que respeta ese delicado equilibrio que debe existir entre la separación de masas concursales, según quién sea el titular de los activos y el obligado por el pasivo, y la necesaria consideración conjunta que ha de hacerse de todas ellas. Para ello le dedica su Capítulo V, desarrollando sus previsiones en un total de veintidós artículos divididos en dos secciones que, muy sucintamente, vamos a describir a continuación.

En la primera sección se propugna un *régimen de cooperación y comunicación* entre los órganos concursales de los distintos procedimientos de insolvencia que se hubieren abierto en las sociedades miembros del grupo (artículos 56 y siguientes). De esta manera, mediante el oportuno intercambio de información entre administradores concursales y órganos jurisdiccionales, se pretende lograr la eficaz administración económico-patrimonial de dichos procedimientos en su más amplio conjunto. A su vez, se legitima a cualquiera de los administradores concursales para que pueda ser oído en el procedimiento de otra sociedad del grupo y, específicamente, podrá interesar dos medidas concretas: la suspensión de la liquidación de los activos de un deudor –siempre que, en su defecto, proponga un plan de reestructuración que redunde en beneficio de los acreedores del procedimiento en que se inste– o el inicio del *procedimiento de coordinación de grupo*.

⁵²⁶ Reglamento (UE) 2015/848, *leg. cit.*, considerandos 52 y 57. En idéntico sentido, a propósito de la conservación de las empresas pertenecientes a un grupo a través de un tratamiento procesal omnicompreensivo *vid.* FLESSNER, A. (2009). «La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato». *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2009, fasc. 1, p. 19.

⁵²⁷ *Ibid.*, considerandos 53 y 56.

La segunda sección del capítulo se dedica a determinar los aspectos procesales y sustantivos de la singular herramienta jurídica de la coordinación de grupo (artículos 61 y siguientes). A propósito del procedimiento para llevar a término la coordinación de grupo, al que se dedica la primera subsección de esta parte de la norma, caben destacar dos factores: la norma de prioridad y la voluntariedad para formar parte de él. La prioridad se expresa en el artículo 62 y permite discernir qué órgano jurisdiccional será el componente para conocer del procedimiento de coordinación. Para ello se recurre a la metodología más sencilla posible: habilitar al primer órgano jurisdiccional que haya recibido una solicitud en tal sentido e imponer un correlativo deber de inhibición al resto, asegurándose así que sólo un tribunal pueda decidir a este respecto. La voluntariedad, por su parte, tendrá como consecuencia que la mera oposición de cualquier administrador concursal de formar parte de la coordinación tendrá por efecto su inmediata exclusión, sin que este procedimiento tenga consecuencias procesales ni económicas para la masa de ese concurso (artículo 65).

Centrándonos ahora en su componente sustantivo, su construcción se centraliza en torno a la figura del coordinador, quien se encargará de conjugar los procedimientos de insolvencia abiertos con respecto a las sociedades de un mismo grupo cuando así fuese solicitado por cualquier administrador concursal. Sus dos funciones principales consistirán en elaborar las recomendaciones que sean pertinentes para la buena coordinación de los procedimientos y presentar un plan que contenga todas las medidas adecuadas a tal fin; y, de igual manera, también estará habilitado para ser oído y participar en los diferentes procedimientos –asistiendo, en particular, a las juntas de acreedores–, actuar como mediador en las controversias entre administradores, presentar y explicar los planes de coordinación por él elaborados a quien sea pertinente, solicitar y obtener la información que sea oportuna a cualquier administrador concursal o solicitar la suspensión de cualquier procedimiento por un periodo máximo de seis meses (artículo 72). No obstante, en ningún caso hemos de confundir los papeles del coordinador y del administrador concursal. Específicamente se indica que, si bien han de concurrir los mismos requisitos que para ser nombrado administrador concursal, éste debe ser una persona diferente a cualquiera de los ya existentes –garantizándose así su independencia–. A mayor abundamiento, las esferas de poder de uno y otro se hayan claramente separadas, con una evidente prevalencia de la administración concursal: nuevamente impera ese carácter potestativo de la coordinación, pues en ningún caso se

verán obligados a seguir las recomendaciones o el plan propuesto para la coordinación. En definitiva, las potestades del coordinador pueden considerarse cuanto menos epidérmicas, habida cuenta que su efectiva consumación se hará depender de que se estimen como una medida favorable de cara a los intereses colectivos de cada procedimiento de insolvencia singular.

A modo de conclusión, hemos de afirmar que con las previsiones acerca de los procedimientos de insolvencia de miembros de un grupo de sociedades se llena un inexcusable vacío en el sistema concursal transfronterizo de la Unión Europea. Sin duda, se profundiza en el principio universalidad, habida cuenta que nos encontramos con unas masas que, aunque formalmente responden a titularidades diferentes, se encuentran íntimamente unidas entre sí.

A nuestro parecer, en la estructura teórica más básica del patrimonio ya encontrábamos una primerísima formulación que nos ayudaba a comprender un primer matiz de universalidad en los patrimonios que entran en juego en los grupos de sociedades⁵²⁸. Haciendo un poco de memoria, indicábamos que el patrimonio se organiza en torno de dos componentes: uno subjetivo y otro finalista o teleológico. Por un lado, el aspecto subjetivo hace referencia a la titularidad del acervo patrimonial, así como a la atribución de las funciones directivas que se despliegan sobre mismo; y, por el otro, el elemento teleológico se relaciona con la finalidad que éste lleva a término en el mercado. Proyectando esta idea en el esquema de los grupos de sociedades, descubrimos que los patrimonios de una filial y sus matrices comparten incuestionables coincidencias. Esto es, aunque la titularidad de un conglomerado de derechos y obligaciones corresponda formalmente a personas heterogéneas, en última instancia responden a una sola esfera de control y participan en su común propósito de servir a las actividades comerciales de una única entidad fáctica a nivel económico, aunque luego se constituye jurídicamente bajo la forma de un conglomerado societario pluripersonal.

Desde esta perspectiva, las previsiones del Reglamento 2015/848 se nos podrían asemejar como una incursión excesivamente tímida en el terreno de la universalidad: únicamente se limita a establecer un sistema de comunicación y cooperación, unido a un procedimiento de coordinación sin efecto vinculante alguno, que mantienen bien delimitados los límites entre las diferentes masas concursales según quién sea su titular.

⁵²⁸ En ese sentido, *vid.* p. 36 de la presente investigación.

A pesar de todo ello, hemos de constatar que ese *modus operandi* no es, en absoluto, incorrecto en una dimensión internacional. Hay dos razones que sostienen nuestro posicionamiento: en primer término, aunque el dominio exista en el fuero interno del grupo y no haya una autonomía decisoria, de cara a terceros se manifiesta una pluralidad de sujetos contratantes; y, en segundo lugar, si bien todos los patrimonios sociales se orientarían a servir a unos intereses empresariales en un sentido general y abstracto, luego cada sociedad focaliza el desarrollo de sus actividades en el marco de un Estado concreto⁵²⁹. En otras palabras, a los efectos que nos interesan para la insolvencia transfronteriza, no ocurre entonces una auténtica confusión en la titularidad y el objetivo de distintos patrimonios y, si se tratasen de manera omnicomprendiva, acabaría repercutiendo negativamente para la seguridad jurídica de los acreedores. En definitiva, dado que el motivo que permite modular el principio de universalidad consiste en mantener la sensación de certeza del derecho, debemos saludar positivamente el tratamiento jurídico de los grupos societarios.

⁵²⁹ A propósito de la mayor importancia de la que se reviste la esfera externa, *vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). *Op. cit.*, p. 49.

Conclusioni del capitolo IV

Alla luce di quanto visto finora, possiamo affermare che i principi e le idee espresse nel corso della nostra analisi si riflettono nello strumento attraverso cui il legislatore europeo armonizza le norme del diritto internazionale privato che regoleranno le procedure d'insolvenza nelle quali si troveranno coinvolti diversi Stati membri dell'Unione Europea: il Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza.

Iniziando le nostre riflessioni da un punto di vista più generale e teorico, notiamo che l'alternativa dottrinale più adeguata per la configurazione delle procedure d'insolvenza nell'Unione Europea è quella che sostiene un modello di *universalità limitata*. Lo si può dedurre dal fatto che la tesi territorialista deve essere scartata fin da subito, poiché la sua struttura ontologica si relaziona con un concetto arcaico di sovranità, rivelatosi del tutto incompatibile con i principi ispiratori dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Per contro, all'estremo opposto, la tesi universalista nella sua formulazione più ortodossa si rivelerebbe un paradigma tanto meno idoneo alle medesime circostanze qui proposte, in quanto bisogna tener conto dell'esistenza di alcune relazioni giuridiche che necessitano di un trattamento differenziato, che meglio si adatti al caso specifico.

La motivazione si fonda sull'impossibilità di negare l'esistenza di una connessione indissociabile tra l'obbligazione e l'istituto della responsabilità - sia in sede civile che in sede d'insolvenza -. Per questo motivo, se si intende tutelare la certezza del diritto nel traffico civile e commerciale, non si può imporre in maniera repentina una disciplina d'insolvenza diversa rispetto a quella che le parti avrebbero potuto prevedere al momento della contrattazione. Si arriva in questo modo a stabilire la regola generale in base alla quale si attribuirà competenza giuridica internazionale ad un unico organo giurisdizionale e prevarrà una sola legge applicabile: quella propria della giurisdizione che disciplinerà il processo . Tuttavia, in alcuni casi potranno essere intraprese procedure di esecuzione collettiva con un ambito di applicazione territoriale e, in egual misura, alcune relazioni giuridiche potranno continuare ad esser disciplinate da una normativa concorsuale diversa rispetto alla *lex fori concursus*.

Sviluppando lo schema concettuale precedente, dobbiamo iniziare facendo riferimento al regime di competenza giurisdizionale internazionale. Il Regolamento distingue fra due modalità procedurali: una di carattere principale, rivestita da un ambito cognitivo

universale, e altre di natura territoriale, che estenderanno i propri effetti alle attività riscontrate all'interno di un particolare Stato membro.

Le *procedure principali* avranno luogo presso il foro in cui il debitore possedeva il suo centro degli interessi principali o COMI - definito come il luogo dove esercita l'amministrazione dei propri interessi in maniera abituale e riconoscibile da terzi -. L'intenzione del legislatore fu quella di salvaguardare la prevedibilità nella determinazione dell'organo giudiziario competente a conoscere la situazione di insolvenza ed evitare così la pratica del *forum shopping*, vincolando l'esercizio del procedimento alla giurisdizione con cui il debitore avesse una relazione più diretta e che fosse dunque pubblicamente espresso. A tal fine è stata configurata una serie di presunzioni legali *iuris tantum* per determinare l'ubicazione del COMI, in base allo *status* giuridico del debitore, assieme a un tempo minimo per la loro applicazione nel caso in cui si verificasse un trasferimento del centro degli interessi principali da un Stato all'altro.

L'esercizio delle *procedure territoriali*, invece, è subordinato all'esistenza di una dipendenza - intesa come sede operativa presso cui il debitore eserciti o abbia esercitato in forma non transitoria un'attività economica con mezzi umani e materiali -. Le suddette procedure possono essere secondarie o indipendenti, a seconda che sia stata avviata o meno una procedura principale. Ognuna di esse possiede una finalità diversa: le procedure indipendenti si limitano a proteggere i diritti creditizi direttamente vincolati allo sfruttamento economico della dipendenza e, in aggiunta, consentono l'apertura di un canale giurisdizionale nel caso in cui non sia possibile intraprendere una procedura principale; le procedure secondarie, invece, oltre a tutelare i creditori locali, consentono una gestione più efficiente della massa concorsuale.

Inoltre, tanto nelle procedure territoriali come in quelle secondarie la competenza giudiziaria internazionale dovrà essere motivata, potrà essere oggetto di impugnazione e, cosa più importante, avrà la possibilità di estendersi a cause correlate con la propria procedura di insolvenza. In questa maniera si sancisce la *vis attractiva concursus* nella normativa concorsuale europea, permettendone lo sviluppo anche in caso di mancato riconoscimento da parte degli ordinamenti nazionali.

Un effetto immediato della determinazione dell'organo giurisdizionale competente a disciplinare la situazione d'insolvenza consiste nel definire istantaneamente

l'ordinamento che, con carattere generale, determinerà ogni conseguenza scaturita dalla procedura di insolvenza. Come abbiamo indicato in precedenza, questa legislazione sarà, salvo disposizioni contrarie, la *lex fori concursus*. Viene stabilito in questo modo un criterio di legge applicabile prevedibile e uniforme per l'intera Unione Europea, che per di più, imprime una omogeneità nel regime concorsuale. Tuttavia, in alcune occasioni sarà necessario mitigare questa universalità normativa così assoluta e radicale, al fine di garantire la tutela delle legittime aspettative riguardo alle operazioni economiche effettuate all'interno di Stati membri diversi da quello in cui il processo viene intrapreso. In pratica, l'omogeneità normativa viene modulata così da non pregiudicare la certezza del diritto, dal momento che sarebbe inammissibile vedere snaturare le relazioni giuridiche preesistenti per effetto dell'insolvenza.

Nella sezione corrispondente al regime concorsuale internazionale si riflettono le idee relative allo spazio giudiziario europeo in una duplice dimensione: quella del riconoscimento e quella dell'accesso alle procedure. In primo luogo, in virtù del principio di fiducia reciproca, si abolisce il requisito dell'*exequatur* e si stabilisce un sistema di riconoscimento diretto delle decisioni in materia concorsuale, il cui unico limite diventa così quello dell'ordine pubblico. In questa maniera, le decisioni pronunciate in qualunque giurisdizione saranno direttamente eseguibili negli altri Stati, rendendo agile il procedimento e facilitando l'adeguato conseguimento dei suoi fini. Il curatore concorsuale della procedura principale potrà altresì svolgere le funzioni concessagli dal suo ordinamento all'interno di qualunque Stato, mentre per quel che riguarda le procedure secondarie - considerato l'ambito prettamente territoriale delle sue applicazioni - la sua portata internazionale sarà circoscritta al perseguimento dei beni fuoriusciti dal foro in cui si trovi ad agire e all'esercizio delle azioni revocatorie che reputi pertinenti.

In secondo luogo, l'accesso alle procedure concorsuali viene organizzato con un doppio sistema che pretende tutelare la *par condicio creditorum* da due punti di vista. Da un lato, si facilita la conoscenza del suo svolgimento a tutti quei soggetti che possano considerarsene interessati, sia in modo specifico attraverso un'informazione individualizzata per ogni creditore, sia in maniera generale, in virtù di un modello pubblicitario su scala europea. Riguardo quest'ultimo, il Regolamento 2015/848 dispone la creazione di registri pubblici nazionali di insolvenza accessibili online, per poi procedere in seguito alla loro interconnessione: ciò darà luogo alla realizzazione di

un autentico spazio europeo dei registri di insolvenza, al servizio della certezza del diritto dell'insieme degli operatori economici dell'Unione. All'altro estremo, e non avrebbe potuto essere altrimenti, si riconosce la piena uguaglianza di tutti i creditori - locali e stranieri - nel reclamare i propri crediti in qualunque procedura di insolvenza aperta contro un medesimo debitore, utilizzando a tal fine qualsiasi mezzo di comunicazione riconosciuto dalla *lex fori concursus*, e senza alcuna necessità di essere rappresentato da un avvocato o da qualsiasi altro professionista.

Infine, il legislatore europeo ha considerato opportuno stabilire un ambito di correlazione tra differenti procedure di insolvenza. Il suo obiettivo consiste nell'offrire un miglior trattamento verso determinate masse di diritti e obbligazioni che, per ragioni diverse, devono essere considerate congiuntamente.

È questo il caso che si verifica tra la procedura principale ed le procedure secondarie, dal momento che in ultima istanza si riferiscono alla situazione economica di un medesimo debitore. Viene così ad esprimersi il fattore di mitigazione per eccellenza della tesi dell'universalità, permettendo che alcuni debiti o diritti godano di una attenzione più specifica. In ogni caso, ciò non preclude una conveniente coniugazione tra la procedura secondaria e quella principale, motivo per cui sarà soggetta a norme di coordinazione e ad un certo grado di subordinazione in relazione a quest'ultimo. La coordinazione processuale si realizzerà attraverso un regime di cooperazione e comunicazione che coinvolgerà i differenti organi concorsuali, mentre la subordinazione si manifesterà in una serie di disposizioni concrete. Tra queste vale la pena menzionare l'impegno unilaterale e vincolante con cui il curatore concorsuale della procedura principale si obbliga ad evitare l'apertura della procedura secondaria, a patto di applicare ai diritti ed ai crediti relazionati con la dipendenza del debitore il regime che sarebbe stato applicabile nel caso in cui fosse stato avviato una procedura concorsuale nel suo foro di competenza. Attraverso questo provvedimento tutte le attuazioni si concentreranno nella giurisdizione del COMI, con un conseguente risparmio dei costi processuali. Inoltre, il primato del curatore della procedura principale si evidenzia in un'ulteriore facoltà, che consiste nella possibilità di sollecitare la sospensione dell'esecuzione di attività in una procedura secondaria.

Analogamente, le procedure di insolvenza che interessano le società di un medesimo gruppo necessitano di un trattamento armonico - considerato che l'insieme delle loro

attività si trova soggetto ad una direzione societaria unica, nonostante la titolarità delle masse, formalmente, ricada sopra debitori differenti -. Con questi presupposti si configura, da una parte, un sistema di cooperazione e comunicazione tra gli organi delle diverse procedure e, dall'altra, una procedura di coordinazione specifica. Nonostante ciò, tanto la procedura di coordinazione quanto le raccomandazioni che possano esprimersi al suo interno avranno sempre un carattere volontario, dal momento che ogni procedura concorsuale viene instaurata al servizio degli interessi dei suoi creditori, i quali non devono essere danneggiati nei loro crediti.

In conclusione, possiamo affermare che la regolamentazione dell'insolvenza transfrontaliera nell'Unione Europea parte contemporaneamente da una premessa e da un augurio: la premessa consiste nella pluralità di giurisdizioni e ordinamenti giuridici che si trovano nell'Unione Europea, mentre l'augurio riguarda l'auspicio che lo svolgimento delle procedure di insolvenza transfrontaliere aventi luogo tra differenti Stati membri risulti analogo a quello che si svolgerebbe eventualmente in un unico foro. Solo nella misura in cui si realizzi questa intenzione sarà possibile perfezionare il principio di universalità sul piano internazionale. Tuttavia, in nessun caso si dovrà incorrere in un eccesso *universalista* che finisca per snaturare il principio della certezza del diritto. Il Regolamento 2105/848, come abbiamo avuto la possibilità di verificare, rispetta perfettamente questo proposito, e si attiene alle finalità della procedura concorsuale fino alle estreme conseguenze.

CONCLUSIONI

Nel corso del presente studio abbiamo avuto l'opportunità di analizzare come si è sviluppato il principio di universalità a partire dalla sua stessa origine, per osservare successivamente in che modo si riflette nelle procedure di insolvenza transfrontaliera che hanno luogo nell'Unione Europea.

Nella prima parte del nostro studio si è evidenziata la relazione tra tre istituti giuridici: l'obbligazione, la responsabilità patrimoniale e il diritto concorsuale. La chiave di volta che conferisce struttura a tutti questi elementi risiede in un principio assiologico fondamentale: la certezza del diritto. Questo dogma ispira praticamente ogni aspetto dell'interazione economica nel mercato, e funge da base per la modulazione di molte delle costruzioni giuridiche del diritto privato.

L'obbligazione è il nostro punto di partenza: possiamo considerarla come l'unità sostantiva minima da cui discendono effetti rilevanti per il traffico civile. In questo caso, la certezza del diritto non è altro che la convinzione della buona fede, ossia la presunzione dei contraenti sul compimento spontaneo dell'obbligazione ad opera della controparte. Venendo a mancare questo presupposto, la responsabilità patrimoniale universale s'intenderebbe come una *prima derivata* dell'obbligazione: costituita sul fenomeno dell'inadempimento, la certezza del diritto si fonda sull'assoggettamento del patrimonio del debitore all'adempimento del suo debito, e sulla conseguente facoltà di aggressione assunta dal creditore al fine di esercitare un procedimento di esecuzione coattiva individuale.

Tuttavia, in una situazione di insolvenza e di inadempimento generalizzato dei crediti, non sarà sufficiente vincolare l'attivo del debitore per liquidare, di conseguenza, alcuni o tutti i suoi beni. Procedere alla compensazione individuale dei crediti, intesi nella loro specificità più radicale e in maniera atomistica, comporta che questi crediti siano eventualmente e reciprocamente pregiudicati, nel momento in cui si vogliono assoggettare a procedura esecutiva individuale. Non invano, tutti questi crediti ricadono sugli stessi attivi, che in non poche occasioni possono risultare incipienti. L'attuazione giuridica deve essere allora patrimonialmente onnicomprensiva ed è necessario che sia presente un criterio di equità nel risarcimento dei creditori - valutati nell'insieme come

comunità o massa passiva -. Non va, inoltre, trascurato il debitore, la cui situazione potrebbe essere sanata anche senza ricorrere alla liquidazione. Per questo motivo, il diritto concorsuale dovrà assoggettare non solo l'attivo del debitore, ma dovrà anche prevedere un trattamento processuale per l'altra faccia della medaglia, il complesso dei debiti, che dovranno essere opportunamente canalizzati e modulati nel procedimento d'insolvenza. Visto da questa prospettiva, possiamo affermare che il diritto concorsuale è una *seconda derivata* dell'obbligazione primaria quando, oltre all'inadempimento della prestazione in merito, si verifica anche l'insolvenza del debitore.

Nasce così il principio di universalità concorsuale, in virtù del quale si assoggettano tutte le circostanze patrimonialmente rilevanti del debitore a un unico procedimento di esecuzione collettiva. A questo punto, tenendo in considerazione il contesto in cui s'inquadra questo principio di universalità, possiamo trarre agilmente la nostra prima conclusione: il principio di universalità, malgrado sia di capitale importanza, non può essere concepito come un assioma indipendente e sovrano ma, al contrario, trova la sua essenza nel fondamento strutturale precedente della certezza del diritto; e, a seguito di questa relazione subordinante, si determina la funzione teleologica e i limiti della *vis attractiva concursus*.

Quando l'universo economico del debitore rimane circoscritto a un unico Stato, non si rileva alcuna difficoltà aggiuntiva al momento di intraprendere la procedura d'insolvenza. In altri termini, se la sua intera sfera patrimoniale attiva e passiva viene sottoposta a una sola giurisdizione e normativa concorsuale, il principio di universalità potrà dispiegarsi fino alle estreme conseguenze per garantire la tutela dei diritti di credito. A fronte di ciò, se l'attivo e il passivo risultassero dispersi in diversi Stati, la disciplina di una medesima situazione di insolvenza finirebbe per contemplare molteplici giurisdizioni competenti e diverse leggi applicabili. Il corretto svolgimento degli scambi civili transfrontalieri esige, perciò, che il diritto concorsuale tenga conto di queste vicissitudini concrete e ne offra una risposta, poiché in caso contrario subentrerebbe un certo grado di incertezza che pregiudicherebbe il normale sviluppo del commercio internazionale.

Il diritto internazionale privato presenta due alternative teoriche per la regolamentazione dell'insolvenza transfrontaliera: da una parte la *tesi di territorialità*, in base alla quale si aprirebbero tante procedure di insolvenza quanti sono gli Stati in cui vengano rilevati

elementi patrimoniali, ognuno con il proprio Giudice e la propria legge applicabile; e, dall'altra, la *tesi di universalità*, che sosterebbe l'apertura di un'unica procedura d'insolvenza, sottoponendo tutto l'attivo e il passivo del debitore comune a un unico regime di controllo giuridico e normativo. Ovviamente, se riconosciamo il principio di universalità come l'opzione più adeguata affinché la procedura concorsuale possa compiere adeguatamente le sue finalità, dovremo allora appoggiare la tesi di universalità. Tuttavia, in virtù dell'applicazione di questo stesso principio, la regola generale appena delineata dovrà essere convenientemente integrata da alcuni componenti della tesi di territorialità. Può apparire contraddittorio, ma dobbiamo tener presente che nella struttura del principio di universalità rimangono impliciti alcuni limiti all'eccessivo *universalismo*, i quali sono definiti dal loro stretto vincolo con la certezza del diritto. Volendo essere più precisi, esistono determinate relazioni economiche a cui non si può imporre in maniera impreveduta un regime legale o giurisdizionale diverso da quello che si sarebbe potuto prevedere nel momento in cui si è stabilita la relazione obbligatoria, poiché entrerebbe in conflitto col sentimento di fiducia che dovrebbe prevalere nella contrattazione.

In questo modo arriviamo a una seconda conclusione: nell'ambito dell'insolvenza transfrontaliera, una corretta comprensione del principio di universalità concorsuale richiede di stabilire un equilibrio tra la tesi di universalità e quella di territorialità, al fine di non costituire un pregiudizio per la certezza del diritto.

Tutte queste idee si concretizzano perfettamente nelle circostanze giuridiche ed economiche dell'Unione Europea. Il suo mercato interno è un esempio paradigmatico della consacrazione della *vis attractiva commertius* su tutti i livelli della società, stabilendosi uno spazio libero da frontiere interne in cui sussiste una permeabilità totale nella libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali. In altre parole, un contesto ontologicamente internazionale finisce per comportarsi come un unico sistema economico e, di conseguenza, si dovrà configurare un ordinamento giuridico che salvaguardi il sentimento di fiducia nelle transazioni civili intra-europee. Per questo motivo è stato previsto un sistema di cooperazione giuridica in questo ramo del diritto che si basa sul riconoscimento automatico delle sentenze in tutti gli Stati membri, sulla possibilità per gli operatori di accedere a qualsiasi giurisdizione e, infine, sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali, quando necessario. In tale contesto si produce un fenomeno conosciuto come *l'europeizzazione del diritto internazionale*

privato, tenuto conto del fatto che le autorità europee devono armonizzare questo tipo di norme per il buon funzionamento del mercato interno.

Com'era inevitabile, una delle sfide con cui ha dovuto confrontarsi il legislatore europeo risiede nella regolamentazione dell'insolvenza, nel momento in cui possa arrivare a danneggiare operazioni commerciali in cui siano coinvolti differenti Stati membri.

Il testo che attualmente disciplina questa materia è il Regolamento 2015/848, in cui si sviluppano fedelmente le idee e i principi a cui abbiamo fatto riferimento finora. In senso astratto, si opta per un modello teorico che propende per un'*universalità limitata*, il quale si identifica perfettamente con quello che, a nostro avviso, sarebbe l'archetipo regolamentare idoneo per l'insolvenza transfrontaliera. In questo modo si dispone la regola generale per cui si assegnerà la competenza giurisdizionale internazionale a un unico organo e prevarrà un'unica legge applicabile: quella propria della giurisdizione che intraprende la procedura. In determinati casi però potranno aprirsi altre procedure di esecuzione collettiva di portata territoriale e, in ugual modo, alcune relazioni giuridiche potranno continuare ad essere regolate da una normativa concorsuale diversa dalla *lex fori concursus*. Allo stesso modo, si stabilisce il riconoscimento automatico delle decisioni ed azioni che possano venir fuori nel corso della procedura - con la sola eccezione dell'ordine pubblico, in modo che la procedura concorsuale sia più agile - e si garantisce la possibilità di accesso alla procedura di tutti i creditori - sia informandoli della sua esistenza che assicurandoli sulla possibilità di presentare i loro crediti -. Inoltre, in determinate disposizioni si contempla qualche aspetto più specifico del principio di universalità, come potrebbe essere l'esempio della regola di non fare rientrare nella procedura determinati diritti e garanzie, l'estensione della competenza per le azioni direttamente connesse con la procedura di insolvenza, il mandato a tutti gli Stati membri di creare un sistema di pubblicità concorsuale determinato e prevedere un trattamento specifico per l'insolvenza dei gruppi di società. In questi ultimi si contempla direttamente la struttura ontologica del diritto concorsuale, apportando soluzioni concrete a circostanze determinate che devono svilupparsi sul piano transfrontaliero.

Alla luce di quanto detto in precedenza, come conclusione generale constatiamo che il regolamento europeo sulle procedure di insolvenza fa proprio lo spirito del principio di universalità fino alle sue estreme conseguenze, ottenendo in questa maniera una corretta

salvaguardia degli interessi collettivi del debitore e dei creditori concorsuali senza compromettere la certezza del diritto. Per tutto ciò, il Regolamento 2015/848 deve essere considerato come uno degli strumenti più perfetti ed efficaci per quel che riguarda la normalizzazione delle situazioni di insolvenza con elementi stranieri: tramite di esso si è riusciti a coniugare perfettamente la *vis attractiva concursus* e la *vis expansiva commertius* nella legislazione dell'Unione Europea, apportando un effetto molto positivo al corretto funzionamento del mercato interno.

Abbiamo iniziato la nostra esposizione citando un frammento del Mercante di Venezia di William Shakespeare, in cui vedevamo riflesse le tinte più tragiche di cui si può rivestire l'insolvenza. Nonostante ciò, a seguito delle ricerche e delle analisi effettuate, possiamo ora attenuare abbastanza questa prima impressione, dal momento che, pur non potendo eliminare una certa componente drammatica, abbiamo rilevato nelle procedure di insolvenza un aspetto eminentemente positivo. In effetti, non viene a mancare una sorta di catarsi, un ritorno all'ordine naturale delle cose a seguito di una certa sfiducia che proviene dai fatti o dalle nostre proprie azioni. Dall'analisi effettuata in merito alle procedure di insolvenza emerge che il diritto concorsuale è, almeno da un punto di vista economico, un cammino per ritornare alla normalità. Effettivamente si può essigere un certo grado di sacrificio per il debitore e i creditori ma, allo stesso tempo, ci viene offerta una possibilità per la risoluzione di una difficoltà. È proprio qui che troviamo il valore di una speranza.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos

ALCALDE RODRÍGUEZ, E. (1987). «La acción subrogatoria». Revista chilena de derecho, vol. 14, número 2-3.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, J. (2013). «Armas legales contra la crisis económica. Algunas respuestas del Derecho Internacional Privado». Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 5, núm. 1.

CARLÓN, M. (2004). «Las Administraciones Públicas ante el fenómeno concursal: algunas reflexiones al hilo de la nueva ley». Revista de Administración Pública, núm. 164.

CASTÁN, J. (1952). «En torno a la teoría del patrimonio». Revista de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, separata.

CROTTI, J. (2008). «Structural causes of the global financial crisis: A critical assessment of the “New Financial Architecture”». Working Paper nº 2008-14, Universidad de Massachusetts, Departamento de Economía.

DE CARLO, G. (2001). «New economy e procedure concorsuali negli USA e nella realtà europea». Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2001, fasc. 4.

DE CESARI, P. (2009). «L'onere della prova del “centro degli interessi principali del debitore”». Il fallimento, 2009, nº 1, p. 71 y s.

DE CESARI, P. (2010). «Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente». Il fallimento, 2010, nº 6.

DE LOS MOZOS, J.L. (1991). «Aproximación a una teoría general del patrimonio». Revista de Derecho privado, año 75, núm. julio y agosto.

DE VECCHIO, G. (1951). «Del resarcimiento del daño en relación con la pena». Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 27 (1^{er} semestre 1953).

DI GRAVIO, D. (1971). «Fallimento con único creditore». Il Diritto fallimentare e delle società commerciali, 1992, fasc. 5-6.

DIEZ-PICAZO, L. (1964). «El contenido de la relación obligatoria». Anuario de Derecho Civil, T. 17, fasc. II, abril-junio 1964.

DORANTES TAMAYO, L. (1980). «Teorías acerca de la naturaleza de la acción procesal». Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 117 (septiembre-diciembre de 1980).

ESPINIELLA, A. (2013). «La propuesta de la Comisión Europea para la reforma del Reglamento Europeo de Insolvencia». Anuario de Derecho Concursal, T. 29, mayo-agosto de 2005.

FLESSNER, A. (2009). «La conservazione delle imprese attraverso il diritto fallimentare. Uno sguardo di diritto comparato». Il Diritto fallimentare e delle società commerciali, 2009, fasc. 1.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2001) «El Reglamento de Insolvencia, una aproximación general». Cuadernos de derecho judicial, núm. 4.

GÓMEZ ARBOLEYA, E. (1951). «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos». Revista de Estudios Políticos, núm. 60.

HANISCH, H. (1977). «El patrimonio en derecho romano». Revista chilena de derecho, vol. 4, núm. 1-6.

LACRUZ, J.L. (1950). «Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria». Anuario de Derecho Civil, T. III, fasc. IV, octubre-diciembre 1950.

LENOCI, V. (2013). «La responsabilità della banca per interruzione "brutale" del credito». I Batteli del Reno, contributo pubblicato in data 13 luglio 2013. Recurso en

línea, disponible en
<http://www.ibattellidelreno.it/reno/attachments/article/62/LENOCI-13_luglio_2013.pdf> (última consulta: 10 de septiembre de 2015).

LUIGI, D. (2004). «Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici». *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2004, fasc. 3-4.

MACCARONI, L. (2009). «Insolvenza transfrontaliera dei gruppi, libertà di stabilimento delle società e abuso del diritto nell'ordinamento comunitario». *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2009, fasc. 1.

MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). «Las técnicas para limitar el ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado desde el Derecho Romano a la Codificación». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 4, enero-marzo de 2005.

MONTES, A.C. (1986). «El pago: el papel de la voluntad de acreedor y deudor». *Anuario de Derecho civil*, T. 39, fasc. II, abril-junio 1986.

MONTELLA, G. (2008). «Il conflitto di giurisdizione nel Regolamento CE n. 1346/2000». *Il fallimento*, 2008, nº 10.

MONTILLA BRACHO, J.H. (2008). «La acción procesal y sus diferencias con la pretensión y demanda». *Cuestiones jurídicas*, núm. 2, vol. 2 (julio-diciembre de 2008).

PACCHI, S. (2013). «El sobreendeudamiento. El régimen italiano de “iure condito” y de “iure condendo”». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 29, mayo-agosto de 2013.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2011). «La publicidad en el procedimiento concursal romano-clásico». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 24, octubre-diciembre de 2011.

RIESCO TERRERO, A. (1962). «Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1860)». *Anuario de Derecho Civil*, T. 15, fasc. 2, abril-junio 1962.

ROBLES LATORRE, P. (1999). «La subsidiariedad en la acción pauliana». *Anuario de Derecho Civil*, T. LII, fasc. II, abril-junio 1999.

SAINZ MORENO, F. (1999). «El dominio público: una reflexión sobre su concepto y naturaleza, cincuenta años después de la fundación de la “Revista de Administración Pública”». *Revista de Administración Pública*, *Revista de Administración Pública*, núm. 150.

SERRA, C. (2009). «¿El concurso sin concurso? El proceso de insolvencia con un único acreedor». *Anuario de Derecho Concursal*, T. 17, mayo-agosto de 2009.

SHAW, M. (2014), «International Law, hierarchies of sources and norms». En *Enciclopædia Britannica*, Recurso en línea, disponible en: <<http://global.britannica.com/EBchecked/topic/291011/international-law/233503/Hierarchies-of-sources-and-norms?anchor=ref129015>>, última consulta: 1 de septiembre de 2013.

TOMÁS Y VALIENTE, F. (1960). «La prisión por deudas». *Anuario de Historia del Derecho Español*, T. XXX.

ZULETA PUCEIRO, E. (1987). «Razón y codificación». *Anuario de Derecho civil*, T. 30, fasc. III, julio-septiembre 1987.

Artículos de libro

AVILÉS GARCÍA, J. (2004). «Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos». En GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coords.). *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. I. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

BELTRÁN, E. (2004). «La integración de la masa pasiva (art. 4)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

BELTRÁN, E. y ROJO, A. (2012). «El Derecho concursal». En MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (dir.). *Lecciones de Derecho mercantil*, separata. Navarra: Thompson Reuters.

BENEDETTI, L. (2012). «Il concorso dei creditori». En PANZANI, L. (dir.). *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, T. I. Turín: UTET.

BLECH, U. (2010). «Introduction to german insolvency law particularly with regard to the insolvency topics that are not harmonized under council regulation 1346/2000». En BELTRÁN, E. y SEBASTIÁN, R. (dir.) *European Insolvency Regulations. Application of the European Regulation on Insolvency Proceedings*. Pamplona: Aranzadi / Thomson Reuters.

CALDERÓN, P. (2004). «Juez del concurso (art. 8)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

CASADO RODRIGO, V. (2014). «III. Las soluciones concursales. El convenio». En HUALDE LÓPEZ, I. (coord.). *Las soluciones a la Situación de Insolvencia*. Navarra: Aranzadi

CUADRADO IGLESIAS, M. (2006). «Consideraciones acerca del perjuicio del crédito por parte de tercero». En LLAMAS POMBO, E. (coord.). *Estudios de Derecho de obligaciones, libro homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I. Madrid: La Ley, p. 351]. Para otras descripciones doctrinales de la referida posición obligacionista, *vid. cit.* 65.

«CUENCA ANTOLÍN, D. (1996). «El orden público y la justicia contractual». En PRATS, L. (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 2. Valencia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia.

D'ERCOLE, S. (1998). «L'azione revocatoria». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. II (2ª ed.). Turín: Utet.

DELGADO MARTÍN, J. (2008). «El juez en la construcción del espacio judicial europeo. Instrumentos de apoyo al auxilio judicial entre Estados miembros de la Unión Europea». En DE HOYOS SANCHO, M. (coord.). *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*. Valladolid: Lex Nova.

DI MARZIO, F. (2008). «Autonomía negociada e nuove regole sulla crisi e sulla insolvenza dell'impresa». En BONFATTI, S. y FALCONE, G. (dir.). *La nuova legge fallimentare "rivista e corretta"*. Milán: Giuffrè.

GIAMPICCOLO, G. (1959). «Azione surrogatoria». En CHELI, E., FALZEA, A. y GROSSI, P. (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè. Recurso en línea, disponible en <<http://www.iusexplorer.it/Enciclopedia/Enciclopedia?idDocMaster=296269&idDataBanks=38&idUnitadoc=2454952&nVigUnitadoc=1&pagina=0&NavId=1427656777>> (última consulta: 15 de junio de 2015).

GALÁN, A. y SÁNCHEZ, V. (2010). «Relaciones entre el Derecho de la Unión y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros». En SÁNCHEZ, V. M. (dir.). *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens.

GARCÍA AMIGO, M. (1991). «Artículo 1111». En PAZ-ARES, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dir.). *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.

GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. (2013). «Retribución de la Administración concursal en el escenario del art. 176BIS.2 de la Ley Concursal». En MARTÍN MOLINA, P. B. y DEL CARRE DÍAZ-GÁLVEZ, J. M. (coord.) *Una revisión de la Ley Concursal y su jurisprudencia*. Madrid: Dykinson.

HIDALGO GARCÍA, S. (2004). «Artículo 1.2. Presupuesto subjetivo». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. I. Valladolid: Lex Nova.

JUNG, C. G. (1919). «Carta a Jelliffe, de 25 de agosto de 1919». En BURNHAM, J. C. y MCGUIRE, W. (1983). *Jelliffe: American Psychoanalyst and Physician & His Correspondence with Sigmund Freud and C. G. Jung*. Chicago: The University of Chicago Press.

KEES, A. E. (2005). «La autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho Civil». En KEMELMAJER, A., TRIGO, F.A. y MÉNDEZ COSTA, M.J. (dir.). *Edición homenaje Dr. Jorge Mosset Iturraspe*. Santa Fe: UNL.

KINDLER, P. (2013). «Crisi dell'impresa e insolvenza transnazionale alla luce del Regolamento N. 1346/2000. Verso una riforma della competenza internazionale». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica.

LLOPIS GINER, J. M. (1996). «El orden público: módulo general delimitativo de licitud». En PRATS, L. (coord.). *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente*, vol. 1. Valencia: Servicio de publicaciones de la Universidad de Valencia.

LUNA SERRANO, A. (1991). «Artículo 1089». En PAZ-ARES, C., DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P. (dir.). *Comentario del Código Civil*, T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.

MALTESE, M. (2013). «Le forme di cooperazione internazionale nelle procedure di insolvenza transfrontaliera». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica.

MAMBRILLA, V. (2004). «Artículo 167. Resolución judicial [sobre la sección de calificación]». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. III. Valladolid: Lex Nova.

MAZZAMUTO, S. (1998). «Il sequestro conservativo». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. II (2ª ed.). Turín: Utet.

MERONE, G. (2014). «Introduzione allo studio del concetto di abuso del diritto nell'ordinamento nazionale ed in quello internazionale». En MERONE, G. (coord.). *L'abuso del diritto nel dialogo tra corti nazionali ed internazionali*. Napoles: Editoriale Scientifica.

MEYERMAN, G. E. (2000). «The London approach and Corporate Debt Restructuring in East Asia». En ADAMS, C., LITAN, R. y POMERLEANO, M. (dir.). *Managing financial and corporate distress*. Washington: Brookings Institution Press.

NASCIMBENE, B. (2013). «Operatività e limiti del mutuo riconoscimento nella circolazione delle sentenze e degli atti». En CARBONE, S. M. (dir.). *L'Unione Europea a vent'anni da Maastrich: verso nuove regole*. Napoles: Editoriale Scientifica.

NÚÑEZ LOZANO, P. L. (2006). «Consideraciones sobre la profesionalidad de la administración concursal». En PEINADO GRACIA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coord.). *Estudios de Derecho concursal*. Barcelona: Marcial Pons.

OLIVENCIA, M. (1982). «Los sistemas económicos y las soluciones jurídicas al estado de crisis empresarial». En Fundación Universidad-Empresa. *La reforma del derecho de quiebra: jornadas sobre la reforma del Derecho concursal*. Madrid: Civitas.

ORDUÑA, F. J. (2004). «La capacidad concursal de la herencia». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

PARRA LUCÁN, M. A. (2009). «Presupuesto subjetivo del concurso de acreedores». En ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. Aspectos civiles de Derecho Concursal. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

PATTI, S. (1998). «L'azione surrogatoria». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. II (2ª ed.).Turín: Utet.

PEINADO GARCÍA, J. I. (2006). «Cooperación y pillaje en el concurso». En PEINADO GARCÍA, J. I. y VALENZUELA GARACH, F. J. (coord.). *Estudios de Derecho concursal*. Barcelona: Marcial Pons.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P. (2010). «Concurso de acreedores en Derecho Romano. Presupuestos para la apertura del procedimiento». En ARIZA y GALÁN (coord.). *Reflexiones para la Reforma Concursal*. Madrid: Reus, p. 115 y ss.

ROJO, A. (1991). «La Codificación Mercantil Española». En INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Centenario del Código de Comercio*. México: UNAM.

ROJO, A. (2004). «Legitimación (art. 3)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

ROJO, A. (2004). «Presupuesto objetivo (art. 2)». En BELTRÁN, E. y ROJO, A. (dir.). *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas, p. 170

ROPPO, V. (1997). «La responsabilità patrimoniale del debitore». En RESCIGNO, P. (dir.). *Trattato di diritto privato*, T. I (2ª ed.). Turín: Utet.

SÁNCHEZ, V. M. (2010). «Breve historia de la Unión Europea». En SÁNCHEZ, V. M. (dir.). *Derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Huygens.

SAVIGNY, F.K.V. (1815). «Recensión del libro de N. Th. Göner sobre Legislación y Jurisprudencia en nuestro tiempo». En ATARD, R. (1908, trad.). *La Escuela Histórica del Derecho, documentos para su estudio*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

SCHLAGETER, J. K. (2005). «Guglielmo di Ockham». En FRIES, H. y KRETSCHMAR, G. (dir.). *Il pensiero medievale*. Milán: Jaca Book.

ROPPO, E. (1988). «Responsabilidad patrimonial». En CHELI, E., FALZEA, A. y GROSSI, P. (dir.). *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, p. 1043 (traducción propia del original en italiano).

SÁNCHEZ-CALERO, J. (2004). «Artículo 1.3. Presupuesto subjetivo». En SÁNCHEZ-CALERO, J. y GUILARTE, V. (dir.). *Comentarios a la legislación concursal*, T. I. Valladolid: Lex Nova.

Bases de datos

CIA, THE WORLD FACTBOOK (2015). *European Union*. Recurso en línea, disponible en: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ee.html> (última consulta: 10 de enero de 2016).

COMISIÓN EUROPEA (2012). *Published results for the survey with title: Consultation on the future of European Insolvency Law*. Recurso en línea, disponible en:

<<http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?userstate=DisplayPublishedResults&form=Insolvency>> (última consulta: 1 de septiembre de 2013).

CONSEJO DE EUROPA (2015). *Chart of signatures and ratifications of Treaty 136, European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, (status as of 10/11/2015)*. Recurso en línea, disponible en: <<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=136&CM=4&DF=&CL=ENG>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

EUROSTAT (2015). *GDP at current market prices*. Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:GDP_at_current_market_prices,_2003%E2%80%932012%E2%80%932014_YB15.png> (última consulta: 10 de enero de 2016).

EUROSTAT (2015). *Population statistics*. Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population_statistics_introduced> (última consulta: 10 de enero de 2016).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2015). *Estadísticas del procedimiento concursal*. Cruce de datos de la serie «Deudores concursados: Total» y los periodos de «2005Q1» a «2014Q4» (resultados trimestrales mostrados de manera agregada en años). Recurso en línea, disponible en: <<http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?type=pcaxis&path=/t38/bme2/t30/p219/10/&file=0906001.px>> (última consulta: 10 de octubre de 2015).

Documentos oficiales

BANCO MUNDIAL (2011). «Survey on consumer insolvency». The World Bank, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force. Recurso en línea, disponible en: <<http://siteresources.worldbank.org/EXTGILD/Resources/Jan11-CI-Rouillon.pdf>> (última consulta: 11 de junio de 2015).

BANCO MUNDIAL (2012). «Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons». The World Bank, Insolvency and Creditor/Debtor Regimes Task Force, Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons. Recurso en línea, disponible en:

<<http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>> (última consulta: 11 de junio de 2015).

COLEGIO NACIONAL DE REGISTRADORES [DE ESPAÑA] (2014). «Consulta núm. 70: Efectos registrales de la declaración de un concurso pronunciado en un país de la Unión Europea». En Anuario de Derecho Concursal, T. 33, septiembre-diciembre de 2014.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1970). «Avant-Projet de Convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues», Documento CEE - 3327/XIV/1 /70-F, de 16 de febrero de 1970.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1982). «Quiebras, convenios y procedimientos análogos, proyecto de convenio e informe». Boletín de las Comunidades Europeas, Suplemento 2/82.

COMISIÓN EUROPEA (2005). «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005]» Recurso en línea, disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l16002>> (última consulta: 10 de diciembre de 2015).

COMISIÓN EUROPEA (2012). «Commission staff working document, Impact Assessment. Accompanying the document: Revision of Regulation (EC) N° 1342/2000 on insolvency proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

COMISIÓN EUROPEA (2012). «Commission staff working document, Executive Summary of the Impact Assessment. Accompanying the document: Revision of Regulation (EC) N° 1342/2000 on insolvency proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia-summary_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

COMISIÓN EUROPEA (2012). «Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of the Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report_en.pdf> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

COMMISSIONE INSTITUTA PER LA COMPILAZIONE DEL PROGETTO DI CODICE PENALE (1806). «Progetto del Codice Penale pel Regno d'Italia con rapporto che ne contiene i motivi». Milán: Stamperia Reale.

CONSEJO DE EUROPA (1990). «Explanatory Report to the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy». Recurso en línea, disponible en: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cb34a>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013).

HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex I: National Reports (in tabular form)». Recurso en línea, disponible en: <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/annex_i_EN.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013).

HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex II: National Reports (original versions)». Recurso en línea, disponible en: <<http://www.ipr.uni-heidelberg.de/InsReg/Annex%20II%20National%20Reports%20%28original%20versions%29.pdf>> (última consulta: 1 de septiembre de 2013).

HESS, B., OBERHAMMER, P. y PFEIFFER, T. (2012). «External Evaluation of Regulation No. 1346/2000/EC on Insolvency Proceedings, Annex III: Compilation of case law».

Unión Europea, <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/annex_iii_en.pdf> (última consulta: 1 de septiembre de 2013).

JACOBS, F. G. (2005). «Conclusiones del Abogado General, Sr. F. G. Jacobs, de 27 de septiembre de 2005, asunto C-341/04, *Eurofood*». Recurso en línea, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59924&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1069359>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

KOKOTT, J. (2011). «Conclusiones de la Abogado General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 10 de marzo de 2011, asunto C-396/09, *Interedil*». Recurso en línea, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=81837&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1071413>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

NOËL, J. y LEMONTEY, J. (1970). «Report on the Convention relating to Bankruptcies, compositions and analogous procedures». Recurso en línea, disponible en: <<http://aei.pitt.edu/35331/1/A149.pdf>> (última consulta: 10 de noviembre de 2015).

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO (2012). «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia». Recurso en línea, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_es.pdf> (última consulta: 10 de diciembre de 2015).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. «Resolución de 2 de julio de 2012». En BOE nº 225, de 18 de septiembre de 2012.

RUIZ-JARABO COLOMER, D. (2005). «Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 6 de septiembre de 2005, asunto C-1/04, *Staubitz-Schreiber*». Recurso en línea, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d5777bb7493ea84b9bb>>

e3fd7d697cc52a3.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Och8Oe0?text=&docid=59558&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1067502> (última consulta: 15 de enero de 2016).

RUIZ-JARABO COLOMER, D. (2008). «Conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentadas el 16 de octubre de 2008, asunto C-339/07, *Seagon*». Recurso en línea, disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66608&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1070490>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

SCHUMAN, R. (1950). «Declaración de 9 de mayo de 1950». Recurso en línea, disponible en: <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_es.htm> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

STIGLITZ, J. E. (s.f.). «Principles for a New Financial Architecture». Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Monetario y Financiero Internacional, Naciones Unidas. Recurso en línea, disponible en <<http://www.un.org/ga/president/63/commission/newfinancialarchitecture.pdf>> (última consulta: 1 de junio de 2014).

UNCITRAL (1997). «Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno». Recurso en línea, disponible en: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/insolvency-s.pdf>>, (última consulta: 5 de octubre de 2015).

UNCITRAL (2009). «Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza». Nueva York: Naciones Unidas, p. 9. Recurso en línea, disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_spanish.pdf> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

VIRGÓS, M. y SCHMIDT, E. (1996). «Informe sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia». En VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.

J. (2003). *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*. Madrid: Thomson-Civitas.

Enciclopedias y diccionarios

AZARA, A. y EULA, E. (1957, dir). *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII. Torino: Unione Tipografico - Editrice torinense.

DE CHILE (s.f.). *Diccionario etimológico*. Recurso en línea, disponible en <<http://etimologias.dechile.net>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

DURÁN HERRERA, J.J. (dir., 2011). *Diccionario de finanzas*. Madrid: Ecobook.

PROYECTO WIKIMEDIA (s.f.). *Wiktionary*. Recurso en línea disponible en <<https://en.wiktionary.org>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

RAE (2001). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Recurso en línea, disponible en <<http://www.rae.es/>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

TRECCANI (s.f.). *Treccani, la cultura italiana, enciclopedia on-line*. Recurso en línea, disponible en <<http://www.treccani.it/>> (última consulta: 15 de enero de 2016).

VOX (2001). *Diccionario ilustrado, Latín* (21ª ed.). Barcelona: Vox.

VOX (2000). En *Diccionario manual Griego* (18ª ed.). Barcelona: Vox.

Jurisprudencia europea

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, *Van Gend en Loos*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, *Costa*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1982, asunto C-15/81, *Schul*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 13 de diciembre de 1989, asunto C-49/89, *Corsica Ferries France*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de enero de 2006, asunto C-1/04, *Staubitz-Schreiber*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 21 de febrero de 2006, asunto C-255/02, *Halifax*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de febrero de 2009, asunto C-339/07, *Seagon*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de diciembre de 2011, asunto C-191/10, *Rastelli*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 20 de octubre de 2011, asunto C-396/09, *Interdil*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de abril de 2012, asunto C-213/10, *F-Tex*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2012, asunto C-527/10, *ERSTE*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de noviembre de 2012, asunto C-116/11, *Bank Handlowy y Adamiak*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de septiembre de 2013, asunto C-251/12, *Van Buggenhout y Van de Mierop*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de enero de 2014, asunto C-328/12, *Schmid*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala primera) de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de abril de 2015, asunto C-557/13, *Lutz*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de octubre de 2015, asunto *Nike European Operations Netherlands*.

Jurisprudencia nacional

Sentenza della Corte Suprema di Cassazione, primera sección, del 19 de diciembre de 2008.

Auto 230/2014 de la Audiencia Provincial de Valencia.

Auto núm. 73/2015 de la Audiencia Provincial de Madrid.

Legislación europea

Derecho originario

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, de 18 de abril de 1951.

Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 25 de marzo de 1957.

Tratado de Fusión , de 8 de abril de 1965.

Acta Única Europea , de 17 de febrero de 1986.

Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992.

Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997.

Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001.

Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Protocolo (nº 21) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Protocolo (nº 22) sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Derecho derivado

Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado el 27 de septiembre de 1968.

Protocol concerning the interpretation by the Court of Justice of The Convention of 27 september 1968 on jurisdiction and enforcement of Civil and Comercial Judgements, signed at Luxemburg on 3 June 1971.

Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 23 de noviembre de 1995.

Reglamento (CE) N° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito.

Reglamento (CE) N° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

Reglamento (CE) N° 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria.

Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio.

Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Reglamento (UE) N° 1257/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente.

Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 , sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas.

Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 , por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

El Reglamento (UE) n °806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n ° 1093/2010.

Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.

Legislación internacional

Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.

Convenio de Estambul sobre Ciertos Aspectos Internacionales de la Quiebra, de 5 de junio de 1990.

Legislación nacional

Code de commerce français.

Code of Laws of the United States of America.

Code monétaire et financier français.

Codice Civile italiano, 1942.

Codice Civile italiano, 1865.

Codice di Procedura Civile italiano, 1940.

Código Civil español, 1889

Código Civil portugués, 1966

Código de Comercio español, 1829.

Código de Comercio, 1885.

Código Penal español, 1822.

Constitución de la República Italiana, 1947.

Constitución Española, 1978.

Insolvenzordnung (estatuto de insolvencia alemán).

Insolvency Act, 1986.

Leges XII tabularum.

Legge Fallimentare.

Legge 31 maggio 1995, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato

Legge 3/2012, de 27 de enero, de Disposiciones en materia de usura y de extorsión, así como de la reorganización de la crisis por sobreendeudamiento.

Legge 17 dicembre 2012, n° 221, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. BOE núm. 164/2003, de 10 de julio de 2003.

Ley de Enjuiciamiento Civil, 2000.

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Ordenanzas de la ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao, aprobadas y confirmadas por las magestades de los sres. D. Felipe V en 2 de diciembre de 1737, y D. Fernando VII en 27 de junio de 1814.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, Legge Fallimentare.

Libros

ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÀ COSTA, B. y OLESTI RAYO, A. (2005). *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo* (4ª ed.). Barcelona: Ariel.

ADAM, R. TIZZANO, A. (2014). *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*. Turín: Giappichelli.

ALCALÁ-ZAMORA, N (1991). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso* (3ª ed.). México: UNAM.

AUBRY, C. y RAU, C. (1902). *Cours de Droit Civil Français, d'apres la méthode de Zacharie*, T. IV (5ª ed.). París: Marchal et Godde.

AUBRY, C. y RAU, C. (1917). *Cours de Droit Civil Français, d'après la méthode de Zacharie*, T. IX (5ª ed.). París: Marchal et Godde.

BECCARIA, C. (1774). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid: Ibarra.

BIANCA, M. (2012). *Diritto civile*, vol. 7. Milán: Giuffrè.

BRUNS, C. G. (1909). *Fontes iuris romani antiqui*, T. I. Tubinga: Mohrii.

BONSIGNORI, A. (1986). *Il fallimento*. Libro contenido en GALGANO, F. (dir.). *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto pubblico dell'economia* (vol. 9). Padua: CEDAM.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, J. (2012). *Derecho del Comercio Internacional*. Madrid: Colex.

CASSESE, S. (2010). *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*. Milán: Giuffrè.

CASTÁN, J. (1984). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. I, vol. 2 (14ª ed.). Madrid: Reus.

CASTÁN, J. (1992). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. II, vol. 1 (14ª ed.). Madrid: Reus.

CASTÁN, J. (1992). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. III (16ª ed.). Madrid: Reus.

CASTÁN, J. (1989). *Derecho Civil Español, común y foral*, T. VI, vol. 1 (9ª ed.). Madrid: Reus.

CICARELLO, S. (1983). *Privilegio del crédito e uguaglianza dei creditori*. Milán: Giuffrè

COMPORTE, M. (2011). *Diritti reali in generale*. En SCHLESINGER, P. (dir). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Giuffrè.

CONVERTI, A. (2005). *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*. Matelica: Halley.

COUTURE, E. J. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Roque Depalma.

DE CASTRO, F. (1952). *Derecho civil de España*, T. II. Madrid: Instituto de Ciencias Políticas.

DE CASTRO, F. (1972). *Temas de Derecho Civil*. Madrid: Marisal.

DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2004). *Le procedure di insolvenca nella nuova disciplina comunitaria*. Milán: Giuffrè.

DE CESARI, P. y MONTELLA, G. (2009). *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*. Milán: Giuffrè.

DEMOGUE, R. (1911). *Les notions fondamentales du droit privé*. París: Arthur Rousseau, p. 383 (traducción propia del original en francés)

DI MAJO (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milán: Giuffrè.

DÍEZ DE VELASCO, M. (2013). *Instituciones de Derecho Internacional Público* (18ª ed.). Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. 3 (4ª ed.). Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 1 (5ª ed.). Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. 2 (6ª ed.). Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 2 (9ª ed.). Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3 (7ª ed.). Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, Vol. 1 (11ª ed.). Madrid: Tecnos.

ENRIQUES, G. (1934). *Universalità e Territorialità del Fallimento nel Diritto Internazionale Privato*. Roma: Athenaeum.

ERHARD, L. (1994). *Economía social de mercado*. Madrid: Rialp.

FAIRÉN GUILLÉN, V. (2006). *Teoría general del Derecho procesal*. México: UNAM.

FERACI, O. (2012). *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*. Milán: Giuffrè.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (1998). *El fraude de acreedores: la acción pauliana*. Bolonia: publicaciones del Real Colegio de España.

FERRARA, F. (1921). *Trattato di diritto civile italiano*, vol. 1, parte 1. Roma: Athenaeum.

FERRINI, C. (1908). *Manuale di Pandette* (3ª ed.). Milán: Società editrice librería.

GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto Civile*, vol. 2 (2ª ed.). Padua: CEDAM.

GALGANO, F. (2010). *Trattato di Diritto Civile*, Vol. 3 (2ª ed.). Padua: CEDAM.

GALGANO, F. y MARRELLA, F. (2010). *Diritto e prassi del commercio internazionale*. Padua: CEDAM.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2007). *La administración española. Estudios de ciencia administrativa* (7ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas.

GIAMPICCOLO, G. (1955). *Contributo allo studio della dichiarazione recettizia*. Milano: Giuffrè.

GIRÓN LARRUCEA, J. A. (2002). *La Unión Europea, La Comunidad Europea y el Derecho Comunitario*. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.

GONZÁLEZ PIANO, M. del C., HOWARD, W, VIDAL, K. y BELLIN, C. (s.a.). *Manual de Derecho Civil*. Montevideo: Universidad de la República.

GUASP, J. (1968). *Derecho Procesal Civil*, T. I (3ª ed.). Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

HERNÁNDEZ GIL, A. (1960). *Derecho de obligaciones*. Madrid: Rivadeneyra.

HOLMES, O. W. (2009). *The path of the Law*. Auckland: The Flotating Press.

HEGEL, G. W. F. (1999). *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*. Madrid: Alianza Editorial.

IHERING, R.V. (2005). *El espíritu del Derecho romano*. Madrid: Marcial Pons, p.

IHERING, R.V. (s.f.). *El fin en el Derecho*, traducción de Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodríguez Serra, Editor.

ISRAËL, J. (2005). *European cross-border insolvency regulation*. Oxford: intersentia, p

JOVELLANOS, G. M. (1795). *Informe de la sociedad económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el expediente de ley agraria, extendido por su individuo de número el señor don Gaspar Melchor de Jovellanos, a nombre de la junta encargada de su formación*. En NOCEDAL, C. (1859, ed.). *Obras publicadas e inéditas de Don Gaspar Melchor de Jovellanos*, T. II. Madrid: Rivadeneyra, p. 104

KELSEN, H. (2013). *Dottrina generale dello Stato*. Milán: Giuffè.

LACRUZ, J.L. (2005). *Elementos de Derecho Civil*, vol. I (3ª ed.). Madrid: Dykinson.

LACRUZ, BERDEJO, J.L. (2011). *Elementos de Derecho Civil*, T. II, vol. 1. Madrid: Dykinson.

LOCORATOLO, S. (2010). *Postergazione dei crediti e fallimento*. Libro contenido en Libonati, B. Y Ferro-Luzzi, P. (dir.). *Quaderni romani di diritto commerciale*, vol. 17. Milán: Giuffrè.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (2001). *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo.

LARENZ, K. (1985). *Derecho justo*. Madrid: Civitas.

MAROI, F. y RUGGIERO, R. (1941). *Istituzioni di diritto privato* (5ª ed.). Milán: Casa editrice Giuseppe Principato.

MERIGGI, L. (1934). Contributo alla dottrina del fallimento in diritto internazionale privato. Génova: Società Editrice del Nuovo Stato.

MUTHER, T. y WINDSCHEID, B. (1954). *Polemica intorno all'«actio»*. Florencia: Sansoni.

OMAR, P. J. (2004). *European Insolvency Law*. Farnham: Ashgate.

ORTOLAN, M. (1884). *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*, T. I. Madrid: Librería de Don Leocadio López.

ORTOLAN, M. (1884). *Explicación histórica de las Instituciones de Justiniano*, T. II. Madrid: Librería de Don Leocadio López.

PACHECO, J. F. (1843). *Estudios de legislación y jurisprudencia*. Madrid: Viuda de Jordán e hijos.

PAU, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid: Beneficentia et peritia iuris.

CARBALLO PIÑERO, L. (2005). *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

- PULGAR, J. (2005). *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, p. 136
- PAJARDI, P. y PALUCHOWSKI, A. (2008). *Manuale di Diritto Fallimentare* (7ª ed.). Milano: Giuffrè, p. 46 y s.
- PLANIOL, M. y RIPERT, G. (1946). *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*. La Habana: Ed. Cultural, p.
- PROVINCIALI, R. (1974). *Trattato di diritto fallimentare*, vol. 1. Milán: Giuffrè.
- QUEIROLO, I. (2007). *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*. Turín: Giappichelli.
- RODOTÀ, S. (1997). *Libertà e diritti in Italia: dall'Unità ai giorni nostri*. Roma: Donzelli.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2008). *Derecho Administrativo Español*, T. I. La Coruña: Netbiblo.
- ROJINA, R. (2008). *Compendio de Derecho Civil*, vol. 2 (41ª ed.). México: Porrúa.
- ROUSSEAU, C. (1953). *Droit international public*. París: Recueil Sirey.
- RUGGIERO, R. (1929). *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, vol. 1. Madrid: Reus.
- RUGGIERO, R. (1931). *Instituciones de Derecho Civil*, traducción de la 4ª ed. italiana, vol. 2. Madrid: Reus.
- SALVIOLI, G. (1906). *Le capitalisme dans le monde antique. Études sur l'histoire de l'économie romaine*. Paris: Giard & Brière.
- VANZETTI, M. (2006). *L'insolvenza transnazionale: storia del problema*. Milán: Giuffrè,

SICCHIERO, G. (2011). *La responsabilità patrimoniale*. Libro contenido en SACCO, R. (dir.). *Trattato di Diritto Civile, le obbligazioni* (vol. 2). Turín: UTET.

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2003). Comentario al Reglamento europeo de insolvencia. Madrid: Thomson-Civitas.

SMITH, A. (1794). *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, T. I. Valladolid: Oficina de la Viuda e hijos de Santander.

THON, A. (1878). *Rechtsnorm und subjectives recht*. Weimar: Hermann Böhlau.

TORRES DEL MORAL, A. (2004). *Principios de Derecho Constitucional Español*, T. I (5ª ed.). Madrid: Servicio de publicaciones de la facultad de Derecho, Universidad Complutense.

TULLIO LIEBMAN, E. (2007). *Manuale di Diritto Processuale Civile, principi* (7ª ed.). Milano: Giuffrè.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y BELTRÁN, E. (2001). *Curso de Derecho mercantil*. Madrid: Civitas.

VIRGILIO, P. (s.f.). *Aeneis*, L. VI, vv. 851-853. Proyecto Wikisource. Recurso en línea, disponible en <https://la.wikisource.org/wiki/Aeneis/Liber_VI> (última consulta: 3 de abril de 2015).

TESAURO, G. (2012). *Diritto dell'Unione Europea* (7ª ed.). Padua: CEDAM.

UBALDI, B. (1580). *Consiliorum, sive resposorum*, vol. IV [et V], Venecia: Dominicum Nicolinum, & Socios.

VALERO LOZANO, N. (2007). *El régimen jurídico del crédito público en la ley concursal*. Madrid: La Ley.

VANZETTI, M. (2006). *L'insovenza transnazionale: storia del problema*. Milán: Giuffrè.

VELLANI, C. (2006). *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*. Milán: Giuffrè.

VIRGÓS, M. (1998). *The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: An Insider's View*. Países Bajos: Wolters Kluwer.

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

VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. (2004). *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*. La Haya: Kluwer Law.

VON BÜLOW, O. (2015). *Los presupuestos procesales*. Lima: Pacífico.

WEBER, M. (1987). *Economía y sociedad*. México: FCE.

WESSELS, R. (2007). *Insolvency Law, international instruments and commentary*. Países Bajos: Kluwer.

WESSELS, B., MARKELL, B. A. y KILBORN, J. J. (2009). *International cooperation in bankruptcy and insolvency matters*. Oxford: Oxford University Press.

WESTBROOK, J.L., BOOTH, C.D., PAULUS, C.G. y RAJAK, H. (2010). *A Global View of Business Insolvency Systems*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff publishers.

WOOD, P.R. (2007). *The Law and Practice of International Finance Series – Principles of International Insolvency*, vol. 1. Londres: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters.

Recursos en línea

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE). Sitio principal. Recurso en línea, disponible en: <<http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.es.home>> (última consulta: 5 de octubre de 2015).

CNUDMI. Textos de la CNUDMI y su situación. Recurso en línea, disponible en: <http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html> (última consulta: 5 de octubre de 2015).