

## **Hermann Lutz v Elke Bäuerle o de la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales**

### **Hermann Lutz v Elke Bäuerle *or of the law applicable to the transactional avoidance***

LAURA CARBALLO PIÑEIRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado,  
Universidad de Santiago de Compostela

DOI: <https://doi.org/10.36151/MDIPR.2015.009>

Bitácora Millennium, Nº 2 (2015)

Zaragoza, diciembre 2015

### **Abstract**

Las acciones revocatorias concursales se clasifican como materia concursal de modo que las cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable se resuelven de acuerdo con esta caracterización. Ahora bien y teniendo en cuenta las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones, se permite oponer a la aplicación de la *lex fori concursus* a este tipo de acciones, que el acto impugnado no es impugnabile en modo alguno de acuerdo con la *lex causae*. La problemática que esta excepción plantea es que compromete seriamente el éxito de las acciones revocatorias concursales transfronterizas y, en general, el de los objetivos del concurso, tal y como se puede apreciar de las consecuencia de la sentencia del TJUE *Hermann Lutz*.

*Transactional avoidance is typically an insolvency-related matter and the international jurisdiction and conflict of laws issues arising from it are solved accordingly. However and taking into account third parties' expectations and the certainty of transactions, the application of the lex fori concursus to transactional avoidance may be avoided by opposing that the challenged transaction is not in accordance with lex causae. The issue arising from this approach is that the success of a cross-border avoidance proceeding and in general insolvency proceedings' objectives, are seriously hampered by this exception as evidence by the CJUE Hermann Lutz judgment.*

Palabras clave: procedimiento de insolvencia, acciones revocatorias concursales, acciones paulianas concursales, acciones de reintegración de la masa, ley aplicable, *lex fori concursus*

Key words: *insolvency proceedings, transactional avoidance, avoidance proceedings, conflict of laws, lex fori concursus*

## **Sumario**

[I. Introducción](#)

[II. Los hechos del caso](#)

[III. Garantías reales y acciones revocatorias concursales](#)

[IV. De la ley aplicable a las acciones revocatorias y su ámbito de aplicación](#)

[V. Consideraciones críticas](#)

## I. Introducción

La apertura de un concurso de acreedores es un paso en una deriva que puede haber empezado un largo tiempo atrás y verse jalonada de actos u omisiones que hayan agravado todavía más la insolvencia. Dichas actuaciones reciben atención específica tras la apertura del procedimiento de insolvencia de la mano de las acciones paulianas concursales, también denominadas revocatorias concursales o de reintegración de la masa. Además de recuperar activos para la masa, coadyuvan a mantener el orden en la prelación de créditos antes de la apertura del procedimiento en la medida en que 'atacan' actuaciones dirigidas a preferir unos acreedores sobre otros y, en definitiva, mandan un mensaje a los deudores en dificultades sobre qué prácticas son admisibles y cuáles no, por lo que su función preventiva es realmente destacable.

Vistas en estos términos, las acciones paulianas concursales contribuyen decisivamente a la eficacia y eficiencia de los procedimientos de insolvencia y es por ello que han de calificarse de concursales. Como así lo ha confirmado, por otra parte, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de febrero de 2009, As. C-339/07, *Seagon v. Deko Marty Belgium*<sup>1</sup>. La doctrina de esta decisión se ha incorporado al Reglamento (UE) 2015/848, de 20 de mayo<sup>2</sup> (en adelante, RIbis) - que revisa el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo<sup>3</sup>, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, RI) – cuyo artículo 6.1 consagra el principio de la *vis attractiva concursus* y, por tanto, la atracción de toda acción "que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación

---

Fecha de recepción del original: 17 de julio de 2015. Fecha de aceptación de la versión final: 27 de julio de 2015.

Este trabajo se ha realizado en el marco de un proyecto financiado por la DG de Justicia de la Unión Europea titulado "Security Rights and the European Insolvency Regulation", y dentro del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas financiado por la Xunta de Galicia y FEDER, concedido al Grupo *De Conflictu Legum*.

<sup>1</sup> Véase sobre sus implicaciones L. Carballo Piñeiro, "La *vis attractiva concursus* nel Diritto concorsuale europeo", *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, núm. 3-4, maggio-agosto 2011, pp. 360-379.

<sup>2</sup> DOUE núm. L 141, 5.6.2015.

<sup>3</sup> DOUE núm. L 160, 30.6.2000.

con éste, como las acciones revocatorias"<sup>4</sup>. A la luz de esta referencia expresa a las acciones revocatorias ésta será la terminología que se utilice a continuación.

La calificación concursal sirve para enfrentar los problemas de competencia judicial internacional y ley aplicable que este tipo de acciones presentan, justificando en el primer caso el juego de la *vis attractiva concursus* y de la *lex fori concursus* en el segundo. De todos modos y por mor de la protección de terceros y el tráfico jurídico, se admite que el beneficiado por el acto impugnado pruebe que el mismo se rige por la ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia y la citada ley no permite su impugnación en el caso concreto. A día de hoy, el tratamiento internacional-privatista se encuentra bien en el RI, bien en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal<sup>5</sup> (en adelante, LC), dependiendo del ámbito de aplicación espacial del primero: el centro de intereses principales del deudor debe encontrarse en un Estado miembro de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca que no lo es de este instrumento y, en lo que atañe a la ley aplicable, además, la correspondiente norma de conflicto debe remitir a la ley de un Estado miembro en el sentido indicado; en otro caso, ha de acudir a la Ley Concursal española que, de todos modos, opta por las mismas soluciones que el Reglamento de insolvencia a los efectos que aquí nos interesan<sup>6</sup>. Y las mismas soluciones se mantienen en el RIbis, que comenzará a aplicarse a los procedimientos que se inicien a partir del 26 de junio de 2017<sup>7</sup>.

Así las cosas, la doctrina que sienta la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de abril de 2015, asunto C-557/13, *Hermann Lutz y Elke Bäuerle, en calidad de síndico de ECZ Autohandel GmbH*, está llamada a informar la aplicación no sólo del RI, sino también de su sustituto y, dada la similitud de soluciones, también tendrá impacto en la aplicación de los artículos 200 y 208 LC. A continuación se examinan los hechos del caso, de los que se desprenden problemas interpretativos que el tribunal que plantea las tres cuestiones prejudiciales que dan lugar a esta sentencia focaliza en el artículo 13 RI. Sin embargo, el caso también tiene implicaciones en el análisis del artículo 5 RI, como se verá en el tercer epígrafe de este trabajo. Allí se analiza el tipo de acto impugnado, un embargo, susceptible de ser calificado como garantía real a los efectos del Reglamento y, por tanto, sujeto a las reglas especiales que el mismo contiene. El cuarto epígrafe ya aborda la problemática que suscitan las reglas sobre acciones de impugnación de actos realizados en perjuicio de los acreedores. A la luz

<sup>4</sup> Con más explicaciones, véase Considerando 35 RIbis.

<sup>5</sup> BOE núm. 164, 10.7.2003.

<sup>6</sup> Artículos 200 y 208 LC.

<sup>7</sup> Véase artículos 84 y 92 RIbis.

de lo que se indique, este comentario habrá de cerrarse con una serie de consideraciones críticas, no sobre la sentencia que responde a una ortodoxia, sino sobre la existencia del artículo 13 RI, 16 RIbis.

## II. Los hechos del caso

ECZ era una sociedad de responsabilidad limitada alemana dedicada a la venta de vehículos, que también operaba en Austria a través de una filial. Es ésta la que le vendió un vehículo al Sr. Lutz, también domiciliado en Austria, quien pagó el precio correspondiente, pero nunca recibió el coche. Fracasados los intentos amistosos para recobrar el dinero, el Sr. Lutz inició la vía judicial y un tribunal austríaco emite el 17 de marzo de 2008 un requerimiento de pago contra la sociedad deudora por 9.566 euros más intereses.

Sólo un mes después, el 13 de abril de 2008, la filial austríaca solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia en Alemania. A partir de ahí los procedimientos se entrelazan. El 20 de mayo de 2008, el tribunal austríaco autorizó la ejecución forzosa de su resolución de 17 de marzo siendo embargadas tres cuentas corrientes de la deudora en una entidad de crédito austríaca, a la que se le comunicó la traba el 23 de mayo de 2008. En cambio, no fue hasta el 4 de agosto de 2008 que los órganos jurisdiccionales alemanes abrieron procedimiento de insolvencia sobre la sociedad deudora.

Como es sabido, la ley rectora del concurso decide los efectos de la apertura de un procedimiento de este tipo sobre las ejecuciones individuales estableciendo, normalmente, su paralización. Sin embargo, en el caso y como el proceso de ejecución ya estaba en curso, la entidad bancaria austríaca que gestionaba las cuentas corrientes embargadas de la sociedad deudora pagó al Sr. Lutz lo pedido el 17 de marzo de 2009; previamente, el síndico alemán informó a la entidad bancaria que se reservaba el ejercicio de una acción revocatoria concursal frente a dicho pago.

El síndico alemán actuando en nombre de ECZ impugnó finalmente el pago el 23 de octubre de 2009, solicitando al Sr. Lutz la reintegración a la masa de todo lo recibido. La impugnación se planteó ante el juez concursal en Alemania con base en el artículo 3 RI, puesto que es allí donde se había procedido a la apertura del procedimiento de insolvencia; dado que la acción presentada es concursal, entra en juego la *vis attractiva concursus* que el tribunal alemán ostenta en relación con

acciones, como la presente, que derivan directamente del procedimiento de insolvencia y se encuentran estrechamente vinculadas al mismo<sup>8</sup>.

Todas las cuestiones prejudiciales versan, sin embargo, sobre la aplicación del artículo 13 RI. Como se ha indicado, la ley aplicable a las acciones revocatorias concursales es la *lex fori concursus*. Según el artículo 4.2,m) RI, la ley rectora del concurso decide sobre “las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores”. Sin embargo y “con el fin de proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros de aquél en el que se inicia el procedimiento” de insolvencia<sup>9</sup>, se admite que el beneficiado por el acto impugnado pruebe que “dicho acto está sujeto a la Ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura, y que en ese caso concreto, dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto” (artículo 13 RI). El legislador de la Unión Europea impone, por tanto, que la acción revocatoria concursal se someta a los requisitos que imponga la *lex fori concursus*, cuya operatividad puede ser excepcionada por el beneficiario del acto impugnado alegando que este último es inatacable conforme a su ley rectora, determinada conforme a la norma de conflicto que corresponda por la naturaleza del acto.

El caso versa, justamente, sobre el ejercicio de la excepción planteada por el tercero beneficiado por el acto impugnado, el Sr. Lutz, con base en lo dispuesto en la ley austríaca - en tanto que aplicable al embargo de cuentas corrientes ordenado por un tribunal austríaco - frente a la impugnación del pago de acuerdo con lo dispuesto en la ley concursal alemana. El punto de discordia viene dado porque el derecho concursal alemán concede un plazo de tres años para ejercitar la acción revocatoria concursal desde la apertura del procedimiento de insolvencia; en cambio, el derecho austríaco sólo de un año a partir del mismo momento.

### III. Garantías reales y acciones revocatorias concursales

La primera cuestión prejudicial que ha de solventar el Tribunal de Justicia enlaza con la protección que merecen las garantías reales en los procedimientos de insolvencia comprendidos en el RI, si bien la cuestión se refiere, en particular, a la concatenación temporal, a si el artículo 13 RI también comprende actuaciones como la presente, un pago practicado después de la apertura del concurso. La peculiaridad de este pago es que se produce como consecuencia de un embargo

<sup>8</sup> Véase STJUE 12.2.2009, As. C-339/07, *Seagon v. Deko Marty Belgium*.

<sup>9</sup> Considerando 24 RI, 67 Rlbis.

realizado antes de dicho momento y procede, por tanto, el análisis del mismo a efectos de dar una respuesta a esta cuestión prejudicial.

La trascendencia de la cuestión prejudicial se encuentra en la cautela con la que hemos de aproximarnos al artículo 13 RI, puesto que es una excepción al artículo 4.2,m) RI y, como tal, merece una interpretación estricta y en consideración al objetivo que lo preside, de proteger expectativas legítimas; en la medida en que “a partir del inicio de un procedimiento de insolvencia, los acreedores del deudor de que se trate tienen la posibilidad de prever los efectos de la aplicación de la *lex fori concursus* sobre las relaciones jurídicas que mantienen con ese deudor”<sup>10</sup>, no es aplicable el artículo 13 y, por tanto, la excepción allí prevista a favor del tercero beneficiario del acto impugnado, a los actos producidos después de la apertura de un procedimiento de insolvencia<sup>11</sup>: también cabe la impugnación de estos actos, pero la misma se regirá enteramente por la ley concursal. Para responder a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia ha de examinar, por tanto, las especiales características del acto impugnado, un embargo de cuentas corrientes, por si fuera anterior a la apertura del procedimiento de insolvencia con el consiguiente impacto en la ley aplicable a la acción revocatoria concursal.

El tratamiento de las garantías reales en el procedimiento de insolvencia también es objeto de una excepción a la aplicación de la *lex fori concursus*, puesto que si el bien objeto de garantía se localiza en un Estado miembro distinto del de apertura del concurso en el momento de dicha apertura, la garantía real es inmune al concurso en el sentido de que no resulta afectada por el procedimiento de insolvencia. El artículo 5 RI compone una regla de no afectación que no prejuzga qué se entienda por derechos reales de garantía<sup>12</sup>. Ello implica que si el derecho de embargo se considera una garantía real, el acreedor garantizado puede actuar como si no existiera el concurso y, por tanto, cobrarse sobre los bienes embargados.

En este contexto, el Tribunal de Justicia aborda si estamos en el caso ante un derecho real de garantía de terceros en los términos prescritos en el artículo 5 RI, para concluir que “el derecho resultante del embargo practicado en las cuentas bancarias de que se trata en el asunto principal podía efectivamente constituir un «derecho real» en el sentido del artículo 5, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, siempre que tal derecho presentara, en virtud del Derecho nacional pertinente, en este caso el Derecho austríaco, un carácter exclusivo frente a los

<sup>10</sup> STJUE 16.4.2015, As. C-557/13, apartado 35.

<sup>11</sup> STJUE 16.4.2015, As. C-557/13, apartado 36.

<sup>12</sup> Véase Considerando 25 RI, 68 Rlbis.

demás acreedores de la sociedad deudora, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente<sup>13</sup>. Es la ley rectora de la garantía real la que decide, por tanto, si existe y se trata efectivamente de un derecho real, con independencia de que el artículo 5.2 RI ofrezca algunas pistas de qué deba entenderse por tal. La misma ley, la *lex rei sitae* en la mayoría de las situaciones, decide en qué momento comienza a existir, cuestión importante ya que el beneficio del artículo 5.1 RI sólo se concede a las garantías reales ya existentes en el momento de la apertura del concurso.

La siguiente cuestión es qué implicaciones tiene esta calificación para las acciones revocatorias concursales en la medida en que esta regla de no afectación puede suponer que tampoco se puedan ejercitar este tipo de acciones contra las garantías reales. La respuesta es, sin embargo, otra, ya que el artículo 5.4 RI permite expresamente el ejercicio de la acción revocatoria concursal contra las garantías reales constituidas antes de la apertura del concurso y localizadas en un Estado miembro distinto del de apertura. De los términos del precepto se desprende, por tanto, que las normas a las que se refiere el artículo 4.2,m) RI pueden utilizarse para atacar este tipo de actos. En otras palabras, la ley austríaca en tanto que rectora del embargo decide el momento en que se entiende constituida una garantía real, en el caso antes de la apertura del concurso; siendo así, el titular de la garantía puede prevalerse del artículo 5.1 RI, por lo que la administración concursal puede hacerlo de las acciones revocatorias a las que se refiere el 5.4 RI.

Pero, más concretamente, la primera cuestión prejudicial versa sobre el artículo 13 RI, precepto al que no se refiere expresamente el artículo 5.4 RI y, por tanto, se mantiene la incógnita de si el Sr. Lutz puede utilizar la excepción que le concede esa norma o no. Respondiendo ya a la cuestión, el Tribunal de Justicia concluye lo que, por otra parte, es lógico: si es aplicable la regla, también lo es la excepción; es decir, si el síndico alemán puede entablar acción revocatoria contra el Sr. Lutz y el pago recibido después de la apertura del concurso aunque a consecuencia del embargo previamente realizado, el Sr. Lutz tiene derecho como beneficiario del acto impugnado, a probar que el mismo es inatacable conforme a su ley rectora<sup>14</sup>, la austríaca en este caso en tanto que *lex causae*.

#### IV. De la ley aplicable a las acciones revocatorias y su ámbito de aplicación

<sup>13</sup> STJUE 16.4.2015, As. C-557/13, apartado 28.

<sup>14</sup> STJUE 16.4.2015, As. C-557/13, apartado 42.

De acuerdo con lo dispuesto en las normas de conflicto ya expuestas, la acción revocatoria entablada por la administración concursal alemana contra el pago recibido por el Sr. Lutz es la *lex concursus* alemana. Aunque no se refiera a ello la sentencia comentada, es interesante destacar que la revocación procedía en virtud del § 88 de la *Insolvenzordnung* alemana, cuya virtualidad es que opera *ex lege*: los actos de garantía constituidos a favor de acreedores en el mes anterior o con posterioridad a la apertura del procedimiento de insolvencia quedan automáticamente revocados sin necesidad de impugnación judicial. Tal y como destaca en sus Conclusiones el Abogado General Sr. Szpunar, esta modalidad de impugnación, que no procede judicialmente, también está comprendida en la dicción del artículo 4.2,m) RI<sup>15</sup>, que también cubre acciones basadas en derecho común siempre y cuando la ley concursal aplicable lo admita<sup>16</sup>.

Una vez determinado que el acto se ha constituido antes de la apertura del concurso y que es revocable conforme a la ley concursal alemana, la discusión pasa a centrarse en la exacta dicción del artículo 13 RI, en sus expresiones “en ese caso concreto” y “en ningún caso”<sup>17</sup>, y qué alcance tiene. Como precisa el Abogado General, no basta con un riesgo abstracto, sino que el acto ha de ser impugnabile en las circunstancias concretas<sup>18</sup>. La duda está, más concretamente, en si los términos del artículo 13 RI entran también los efectos jurídicos derivados del paso del tiempo. Es por ello que la segunda cuestión prejudicial plantea si los plazos de prescripción, anulabilidad y caducidad previstos en la ley rectora del acto impugnado son oponibles a través del artículo 13 RI dado que perfectamente pueden caracterizarse como procesales; *ergo*, lo que persigue esta cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia es la delimitación del ámbito del artículo 13 RI y si sólo se refiere a reglas sustantivas o también a las procesales.

La respuesta del Tribunal de Justicia parte del artículo 12 del Reglamento (CE) 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, puesto que incluye los plazos referidos dentro del ámbito de aplicación de la *lex causae*. Sin embargo y con acierto, el Tribunal concluye que esta disposición no sirve para responder a la cuestión prejudicial, puesto que la misma no es aplicable a las acciones

---

<sup>15</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. D. Maciej Szpunar, presentadas el 27.11.2014, apartados 45-50.

<sup>16</sup> Como permite, por ejemplo, el artículo 71.6 LC.

<sup>17</sup> Expresiones a las que también se refiere el Informe M. Virgós y E. Schmidt al Convenio de Bruselas antecedente del RI, apartado 137.

<sup>18</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. D. Szpunar, apartados 58 y 73.

revocatorias<sup>19</sup>. Ciertamente, la referencia no es afortunada ya que, además, estas acciones no sólo impugnan obligaciones contractuales, sino también de otro tipo, por lo que el TJUE hubiera debido descartar otros preceptos como el artículo 15 del Reglamento (CE) 864/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Pero sí sirve para poner en duda la supuesta naturaleza procesal de los plazos mencionados<sup>20</sup>.

En todo caso, lo que resta es decidir la segunda cuestión prejudicial conforme al texto del artículo 13 RI y del mismo no se desprende distinción alguna entre normas materiales y procesales; sólo el dato de que el acto no debe ser impugnado de manera alguna atendidas las circunstancias concretas<sup>21</sup>. Y la misma respuesta ha de darse a la última cuestión prejudicial que es una versión de la segunda ya que se pregunta si los requisitos de forma para interponer la acción revocatoria se someten a la ley concursal o a la *lex causae*<sup>22</sup>. Así las cosas, el que “la ley de dicho Estado miembro no permite por ningún medio que se impugne dicho acto” ha de interpretarse en el sentido de que se refiere a cualquier tipo de disposición, sea concursal o no, sea material o procesal, que permita impugnar el acto impugnado<sup>23</sup>. En definitiva, las posibilidades de que prospere una acción revocatoria concursal en el espacio de justicia europeo son escasas atendiendo a que se han de cumplir todos los requisitos de una y otra reglamentación.

## V. Consideraciones críticas

El artículo 13 RI, 16 Rlbis, se sostiene, desde una perspectiva ontológica, en la protección de las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones, y, desde una perspectiva práctica, en que la labor de la administración concursal se limita a interponer la acción revocatoria y fundarla conforme a la *lex fori concursus*; la *lex causae* sólo entra en juego en caso de que el tercero beneficiado por el acto

---

<sup>19</sup> STJUE 16.4.2015, apartado 46.

<sup>20</sup> Como aprecia en sus Conclusiones el Abogado General Sr. D. Szpunar, apartado 76.

<sup>21</sup> STJUE 16.4.2015, apartados 47 y 48

<sup>22</sup> STJUE 16.4.2015, apartado 53

<sup>23</sup> Véase los problemas de prueba que esto genera para el tercero y que, al final, revierten en el administrador concursal en L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 272-275.

impugnado se oponga y vete la aplicación de las consecuencias previstas en la *lex fori concursus*, es decir, la *lex causae* sólo ejercería una función de veto<sup>24</sup>.

Decisiones como la aquí comentada ponen de manifiesto que, en realidad, la combinación de los artículos 4.2,m) y 13 RI, 7.2,m) y 16 Rlbis, implica un cúmulo de normas que dificulta enormemente, cuando no imposibilita, el éxito de la acción revocatoria concursal. El administrador concursal no puede dejar de tener en cuenta la *lex causae* a la hora de tomar la decisión de entablar una acción de este tipo ya que de ella depende en gran medida su éxito y, por tanto, el coste económico que su interposición pueda comportar para el procedimiento de insolvencia<sup>25</sup>.

El hecho de que no se haya aprovechado la revisión del RI para suprimir el artículo 13 RI no deja de sorprender tras la sentencia del Tribunal de Justicia *Seagon v. Deko Marty Belgium*, donde se establecía claramente la relación entre las acciones revocatorias y los objetivos concursales<sup>26</sup>: las mismas no sólo sirven al acrecentamiento de la masa concursal, sino a la preservación del orden de cobro entre los acreedores incluso antes de la apertura del procedimiento, contribuyendo con ello al fomento de buenas prácticas entre los deudores<sup>27</sup>. En esta dirección, cabe apuntar que acciones revocatorias y acciones de responsabilidad concursal de administradores sociales juegan un papel similar antes de la declaración de la insolvencia y los ordenamientos jurídicos se apoyan en una u otra institución para cumplir el objetivo de prevenir en la medida de lo posible la insolvencia y, en particular, su agravación<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Véase L. Carballo Piñeiro, *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*, Santiago de Compostela, 2004, pp. 268-272.

<sup>25</sup> En sus Conclusiones, el Abogado General Sr. D. Szpunar, apartado 87, menciona el problema de que la administración concursal deba consultar otro derecho a efectos de ejercitar la revocatoria concursal para minimizarlo considerándolo un hecho habitual en los casos de derecho internacional privado. Estando plenamente de acuerdo con esta visión, sí ha de indicarse que el problema no es que haya de consultarse una ley extranjera, sino que el resultado es que han de aplicarse dos leyes distintas y, por tanto, que la acción revocatoria concursal ha de superar los requisitos impuestos por cada una de ellas. Véase L. Carballo Piñeiro, *op.cit.*, pp. 269-271.

<sup>26</sup> Por ejemplo, STJUE *Seagon v Deko Marty Belgium*, apartado 17.

<sup>27</sup> Véase R. Mangano, *La revocatoria fallimentare delle attribuzioni indirette*, Turín, 2004, *passim*.

<sup>28</sup> En esta línea, algunos ordenamientos jurídicos ponen el acento en las acciones revocatorias en tanto que otros lo hacen en la responsabilidad de los administradores sociales. *Vid.* G. Wagner, 'Distributions to Shareholders and Fraudulent Transfer Law', *EBOR* 2006, p. 217-231, p. 219-220.

La decisión de mantener el artículo 13 RI se fundamenta en una supuesta falta de controversia al respecto<sup>29</sup>, puesto que en la práctica no se han detectado muchos casos. Pero y tomando en consideración las dificultades reseñadas, la ausencia de jurisprudencia también puede interpretarse de otro modo, con base en el efecto desmotivador que tiene una regla como la aquí comentada. De hecho y a la vista de estas consecuencias, se ha propuesto la armonización de este sector del derecho de insolvencia, tal y como resulta del Informe emitido por INSOL-Europe<sup>30</sup>, y al que siguió en 2011 una Resolución del Parlamento Europeo apuntando a que se intentase esta armonización<sup>31</sup>.

Las dificultades de tal armonización no se escapan a nadie, en particular en lo que atañe a un tipo de acciones que se caracteriza por la complejidad de su estructura, puesto que depende de plazos y requisitos objetivos y subjetivos que varían grandemente de un país a otro, por ejemplo, porque se opte por ser más restrictivo en la exigencia de responsabilidad concursal a los administradores de la sociedad y menos exigente en las acciones revocatorias, y a la inversa. La sentencia *Lutz* aquí comentada no hace más que poner en evidencia estas diferencias. Es por ello que la Resolución del Parlamento Europeo de 2011 se limita a sugerir una armonización parcial, prestando sólo atención a algunos tipos de actos perjudiciales a los acreedores y cuya revocación habría de ser decidida conforme a criterios objetivos tales como su realización en el periodo sospechoso y la relación que existe entre el deudor y el tercero con el que concluye el acto<sup>32</sup>. De hecho, se puede decir que

<sup>29</sup> Véase Informe de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo de la Unión Europea y al Comité Económico y Social sobre la aplicación del Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, Bruselas, 12.12.2012, p. 14 [COM(2012) 733 final].

<sup>30</sup> El Informe INSOL se titula *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level* y fue publicado en Bruselas en abril de 2010. Está accesible en: <[www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009\\_2014/documents/empl/dv/empl\\_study\\_insolvencyproceedings\\_/empl\\_study\\_insolvencyproceedings\\_en.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/dv/empl_study_insolvencyproceedings_/empl_study_insolvencyproceedings_en.pdf)>, pp. 9-12. A este informe le siguieron otros: A.M. Pukzsto, *Harmonisation of Insolvency Law at EU Level with Respect to Opening of Proceedings, Claims Filing and Verification and Reorganisation Plans*, 2011, accesible en: <[www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110622ATT22313/20110622ATT22313\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110622ATT22313/20110622ATT22313_EN.pdf)>; y D. Fritz, *Harmonisation of Insolvency Law at EU level: Avoidance Actions and Rules on Contracts*, 2011, accesible en: <[www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110622ATT22311/20110622ATT22311\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201106/20110622ATT22311/20110622ATT22311_EN.pdf)>. En todos ellos, el último acceso fue el 15.7.2015.

<sup>31</sup> Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho de sociedades de la UE (2011/2006(INI)) [P7\_TA (2011)0484].

<sup>32</sup> Igualmente, véase D. Fritz, *loc.cit.*, pp. 10-16. Con una propuesta específica, véase R.J. de Weijs, 'Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies', *International Insolvency Review*, 2011, pp. 219-244.

parte de este camino ha comenzado a recorrerse puesto que la Recomendación de la Comisión de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial insiste en que la nueva financiación que se pueda conseguir con base en un acuerdo de refinanciación o reestructuración del deudor no debe revocarse ya que no se trata de un acto perjudicial al conjunto de los acreedores<sup>33</sup>. El artículo 71bis LC es buena prueba de que la armonización se está produciendo, en un lento proceso que, de momento, va de abajo a arriba<sup>34</sup>.

En el corto plazo la opción más razonable hubiera sido la supresión del artículo 13 RI, tal y como por otra parte también sugería la ya citada Recomendación del Parlamento de 2011<sup>35</sup>. Al respecto, cabe añadir que las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones están ya protegidas por la *lex fori concursus*, una ley razonablemente previsible para dichos terceros en la medida en que se trata, o bien de la ley del centro de los intereses principales del deudor, o bien la de uno de sus establecimientos<sup>36</sup>. Si ello es así en el RI, este dato es todavía más evidente en la nueva versión del RI, puesto que el RIbis, de una parte, refuerza los parámetros para identificar el centro de intereses principales del deudor y evitar el *forum shopping*<sup>37</sup>, de otra parte, introduce fórmulas que reducen los supuestos en los que pudiera abrirse un concurso territorial<sup>38</sup>. Además, la elección de estas conexiones obedece no sólo a su estabilidad, sino al hecho de que presuntamente son

---

<sup>33</sup> Vid. los apartados 6(e), 27 a 29 de la Recomendación de la Comisión de 12.3.2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial [COM(2012) 1500 final].

<sup>34</sup> La Comisión Europea abrió un concurso en el año 2014 con el fin de realizar un estudio sobre derecho concursal sustantivo en los Estados miembros, que ha ganado la Universidad de Leeds, en el Reino Unido. Véase <http://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:111780-2015:TEXT:EN:HTML> (último acceso, 15.7.2015).

<sup>35</sup> Véase el Anexo a la Resolución del Parlamento de 2001, punto 2(5).

<sup>36</sup> L. Carballo Piñeiro, *op.cit.*, pp. 196-200. En términos parecidos, véase E. Rodríguez Pineau, *Integridad del patrimonio y protección del crédito: las acciones pauliana y revocatoria en el tráfico internacional*, Navarra, 2010, pp. 106-111.

<sup>37</sup> De un lado, se introduce la definición de qué se entienda por centro de intereses principales del deudor en el artículo 3.1 y Considerando 28 RIbis); de otro lado, se completan las presunciones de dónde está situado dicho centro y se confirma que se trata de presunciones fuertes (art. 3.2 y Considerandos 29 a 31 RIbis), pero se fortalecen los controles a través del recordatorio de que el juez concursal debe examinar esta cuestión siempre de oficio y motivar el lugar designado como tal (art. 4 RIbis) y se uniforma la vía de recurso a disposición de los acreedores (art. 5 RIbis).

<sup>38</sup> Véase el Capítulo III del RIbis y, en particular, el artículo 36 que regula el derecho a contraer un compromiso con el fin de evitar procedimientos de insolvencia secundarios.

reconocibles por terceros<sup>39</sup>. De ahí que quepa insistir en que la sola aplicación de la *lex fori concursus* a las acciones revocatorias también cubre las expectativas de terceros y la seguridad de las transacciones<sup>40</sup>.

Por otra parte, el RIbis da entrada en su ámbito de aplicación material a la evolución de los derechos concursales nacionales plasmada en la citada Recomendación de la Comisión Europea de 2014<sup>41</sup>. Se trata de establecer mecanismos que permitan un *fresh start* y, por tanto, den una segunda oportunidad a deudores en dificultades. En esta nueva cultura los acuerdos de refinanciación y de reestructuración son clave y, en la mayoría de los supuestos, implican que, si se cumplen determinadas condiciones, también vinculan a los acreedores garantizados. Ahora bien, en el esquema del Reglamento de insolvencia las garantías reales no quedan afectadas por la apertura del concurso si el bien sobre el que se constituye la garantía se halla en un Estado distinto del de apertura del concurso y, aunque dicha garantía puede ser impugnada, el acreedor garantizado siempre puede parapetarse tras la *lex causae*. Su posición queda, por tanto, doblemente reforzada, a través de la regla de inmunidad y a través del artículo 13 RI<sup>42</sup>. La consecuencia más primaria es que estos acreedores nunca van a quedar obligados por un acuerdo de los reseñados a

---

<sup>39</sup> Como indica el Considerando 28 RIbis: “Al determinar si el centro de intereses principales del deudor puede ser reconocible por terceros, debe prestarse una especial atención a los acreedores y a su percepción del lugar en el que el deudor lleva a cabo la gestión de sus intereses. Ello puede requerir, en caso de traslado del centro de intereses principales, que se informe a los acreedores a su debido tiempo de la nueva ubicación desde la cual el deudor está ejerciendo sus actividades, por ejemplo advirtiéndolo del cambio de dirección en la correspondencia comercial o haciendo pública la nueva ubicación mediante otros medios adecuados”.

<sup>40</sup> Este es un punto al que se dedica atención en las Conclusiones del Abogado General Sr. D. Szpunar, apartados , conforme con la función que cumple el artículo 13 RI y ejemplificándolo en el caso en que el tercero es un consumidor. Ahora bien, la comparación ha de hacerse con un consumidor del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia, a quien le va a sorprender tanto como le sorprendería al Sr. Lutz la insolvencia de la compañía con la que ha contratado y más que su garantía sea inoperante conforme a la ley concursal. Por otra parte y como se ha indicado, el RIbis refuerza la localización del centro de intereses principales del deudor y sus presunciones, de manera que un concurso sobre una filial austríaca debería abrirse en Austria.

<sup>41</sup> Véase Considerando 10 RIbis.

<sup>42</sup> Por ejemplo, el punto núm. 15 de las *Global Rules on Conflict of Laws Matters in International Insolvency Cases* promovidas por el *American Law Institute* propone una regla similar a la contenida en el artículo 5 RI, pero precisa que: “the benefit does not apply if proof is provided that the state where the assets are situated at the time of the opening of insolvency proceedings has no substantial relationship to the parties or the transaction in relation to which the security right was created and there is no other reasonable basis for the fact that the assets are so situated”. Véase el texto en y los comentarios de I. Fletcher, “L’enfer, c’est les autres”: Evolving Approaches to the Treatment of Security Rights in Cross-Border Insolvency”, *Texas International Law Journal* (46) 2011, p. 489-512.

menos que expresamente consientan<sup>43</sup>, de manera que en sus manos puede quedar la viabilidad de una empresa o un emprendedor<sup>44</sup>. En definitiva, mantener el artículo 13 RI no se cohonesta con los objetivos concursales.

---

<sup>43</sup> Otra posibilidad es que se abra un procedimiento de insolvencia secundario allí donde están situados los bienes objeto de garantía. Ahora bien, esta alternativa tampoco es una solución real dado que, en muchos casos, no habrá allí establecimiento del deudor y, por tanto, foro de competencia judicial internacional para adoptar esta medida. Y cuando lo haya los costes que dicha apertura pueda comportar son un factor con el que también habrá que contar.

<sup>44</sup> L. Carballo Piñeiro, "Towards the Reform of the European Insolvency Regulation: Codification rather than Modification", *NIPR*, 2014, pp. 207-215, pp. 211-212.