



Régimen de Ley aplicable y libertad de establecimiento en las acciones contra los actos perjudiciales hacia el conjunto de los acreedores

(A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Sexta, de 10 de diciembre de 2015, Asunto C-594/14, Kornhaa)

Autor/a

José David Ortega Rueda

Doctor Europeo en Derecho por la Universidad de Bolonia (Italia)

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº1 | Año 2016

Artículo nº 16

Páginas 77-81

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

1.- Antecedentes de hecho y cuestiones planteadas

La seguridad jurídica y la libertad de establecimiento son dos de los ejes esenciales en torno a los cuales se vertebra el espacio económico de la Unión Europea. La previsibilidad en la aplicación del Derecho y la posibilidad de que sociedades o profesionales europeos puedan implantarse sin discriminación en

cualquier Estado miembro son, sin lugar a dudas, dos garantías imprescindibles para asegurar el buen funcionamiento del mercado interior. Los procedimientos concursales transfronterizos que se desarrollan en el seno de la Unión Europea no pueden ser ajenos a estos fundamentos: no en vano, la insolvencia es una contingencia que constituye una parte consustancial de la vida económica y, en con-

secuencia, debe integrarse de un modo armónico en el ser del ordenamiento europeo. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció acerca de esta problemática en su sentencia de 10 de diciembre de 2015 sobre el asunto Kornhaas. Basándose en el Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, tuvo que dilucidar si una disposición de la legislación societaria alemana podía aplicarse al concurso abierto con respecto a una sociedad que, estando registrada en Alemania, había sido constituida según el Derecho de otro Estado miembro y, además, si esta misma previsión normativa resultaba o no compatible con la libertad de establecimiento consagrada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Atendiendo a los antecedentes en los que se contextualiza la resolución aquí analizada, nos encontramos frente a un supuesto de hecho en el que claramente entra en juego la permeabilidad económica y movilidad empresarial transfronteriza a la que aspira el mercado interior. Nos encontramos con una sociedad de responsabilidad limitada que estaba registrada en Alemania y desarrollaba sus actividades en este último Estado. Eso sí, tenía la particularidad de que había sido constituida de conformidad con la legislación de sociedades británica, pues se trataba de una sucursal de una matriz radicada en el Reino Unido. La Sra. Kornhaas, quien actuaba como administradora societaria de la sucursal, autorizó una serie de pagos entre el 11 de diciembre de 2006 y el 26 de febrero de 2007 por un importe total de 110.151,66€. Posteriormente, una vez abierto el procedimiento de insolvencia relativo a esta sucursal ante la jurisdicción alemana, el administrador concursal consideró que los referidos desembolsos se habían efectuado cuando la sociedad ya era insolvente, una situación en la que habría incurrido desde por lo menos el 1 de noviembre de 2006. Por ello

presentó una demanda contra la Sra. Kornhaas, en la que le instaba a devolver esas cantidades para integrarlas en la masa activa del concurso.

La cobertura legal de esta reclamación se amparaba en el artículo 64 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada alemana (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, en adelante «GmbHG»). En virtud del primer apartado de este precepto se obliga a los administradores de una sociedad insolvente o sobreendeudada a presentar sin demora, en un plazo máximo de tres semanas, una solicitud de apertura de un procedimiento concursal. En caso contrario entraría en juego su segundo apartado, que manda a los administradores «devolver a la sociedad los pagos realizados después de que se haya producido la insolvencia de la sociedad o de que se haya declarado su endeudamiento excesivo».

Esta demanda fue estimada en primera instancia y posteriormente recurrida, llegándose a plantear recurso de casación ante el Tribunal Supremo alemán. Este órgano elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea dos cuestiones prejudiciales. Por un lado, ¿sería aplicable el precepto antes aludido –por el cual el administrador concursal puede reclamar el reembolso de los pagos realizados por el administrador societario antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, pero después de producida la situación de insolvencia– cuando, en el transcurso de un procedimiento de insolvencia abierto en Alemania, la sociedad insolvente está constituida de conformidad al ordenamiento de otro Estado miembro? Y por el otro, ¿una demanda como la anteriormente descrita conculcaría la libertad de establecimiento propugnada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

2.- Ley aplicable a las acciones de reintegración de la masa activa

Esbozando brevemente el marco normativo europeo relevante para este supuesto, hemos de fijar nuestra atención en el artículo 4 del Reglamento 1346/2000. En su primer apartado se estipula que, salvo disposición en contrario del mismo texto, «la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento de insolvencia», lo que técnicamente se denomina *lex fori concursus*. A mayor abundamiento y a los efectos que ahora nos interesan, su segundo apartado indica que la legislación del Estado de apertura determinará específicamente «las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de acreedores» (artículo 4.2.m). Expresándolo en otros términos, el ordenamiento que regirá el procedimiento concursal en general y las acciones de reintegración en particular se hace depender de la jurisdicción a la que se atribuye la competencia judicial internacional para conocer de la causa. Recordando el artículo 3.1 del Reglamento, esa competencia recae sobre los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor, el cual es definido por el considerando 13 como el «lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguados por terceros». La razón de ser de la construcción de Derecho internacional privado europeo del centro de intereses principales es, en pocas palabras, asegurar la máxima previsibilidad posible en la tutela de los derechos de crédito. De este modo, el régimen de competencia judicial internacional y de Ley aplicable a un hipotético procedimiento concursal puede ser fácilmente conocido por los acreedores desde el instante en que contratan con su deudor.

La primera cuestión prejudicial se vincula al contenido de estos artículos y gira en torno a las ideas previamente expresadas de la seguridad jurídica y la previsibilidad del Derecho pues, como hemos indicado, se pretende determinar si se puede invocar un precepto de la legislación societaria de Alemania en un procedimiento concursal abierto en ese país cuando la sociedad insolvente ha sido constituida con arreglo al ordenamiento de otro Estado miembro. Procede entonces plantearse dos interrogantes para resolver adecuadamente esta consulta. En primer lugar, ¿hemos de considerar que una acción de reintegración de la masa activa, como la que en esencia desarrolla el artículo 64.2 de la GmbHG, se deriva del procedimiento concursal de manera que pueda subsumirse en la previsión del artículo 4 del Reglamento 1346/2000? Y en segundo término, ¿qué cuerpos normativos se inscribirían en el concepto de *lex fori concursus*, la legislación concursal *stricto sensu* o todas aquellas disposiciones que se desarrollen por efecto de la insolvencia?

El propósito perseguido por toda acción de reintegración consiste, en abstracto, en reparar un menoscabo patrimonial que pueda haber sufrido la masa activa concursal por cualquier motivo. Eso ocasiona un correlativo perjuicio al conjunto de sus acreedores, habida cuenta que la proporción de los créditos que éstos podrían ver satisfechos se vería evidentemente disminuida. Así las cosas, las acciones encaminadas a remediar dicho detrimento constituyen un aspecto esencial para garantizar el buen fin del concurso y, por ende, lo más lógico es que las acciones de reintegración queden integradas en su estructura procesal. La lectura más llana del artículo 4.2.m del Reglamento 1346/2000 evidencia que el legislador europeo es perfectamente consciente de esa realidad y, por consiguiente, tuvo la voluntad de conectar las acciones de reintegración

gración con la *lex fori concursus*. Dado que esa regla general de Ley aplicable a los procedimientos de insolvencia se hace depender de la ubicación del centro de intereses principales del deudor, de ahí resulta que es aplicable la legislación del Estado donde se conozca la causa a las acciones ejercitadas por la administración concursal con el fin de obtener la devolución de los pagos realizados después de que se hubiera producido la insolvencia de la sociedad; y todo ello con independencia de cualquier otra inferencia del Derecho de otro Estado en el caso concreto. En definitiva, de cara al mantenimiento de la seguridad jurídica en los intercambios civiles y mercantiles en la Unión, importa más la dimensión *ad extra*, relativa a la actuación de las sociedades en el tráfico económico, que una vertiente *ad intra*, concerniente a las relaciones internas de las sociedades. Por eso, para determinar el régimen de Ley aplicable a las acciones rescisorias concursales, es del todo irrelevante que la sociedad deudora se haya constituido con arreglo a una legislación nacional distinta al del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia.

Por otra parte, para resolver si un precepto de la legislación societaria entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 del Reglamento 1346/2000, hemos de examinar su contenido concreto. El análisis del artículo 64 de la *GmbHG* revela que su objetivo es prevenir la disminución de los activos antes de la apertura del procedimiento de insolvencia desde dos puntos de vista: establecer el deber de los administradores sociales de solicitar tempestivamente la declaración del concurso y, en su defecto, imponerles una responsabilidad personal para reintegrar los pagos indebidamente realizados para asegurar *la par condicio creditorum*. Teniendo en cuenta la finalidad de esta disposición, y aunque formalmente está integrada en la normativa de socieda-

des alemana, está claro que debe entenderse comprendida en el procedimiento de insolvencia: de un lado, su virtualidad se hace depender de la situación de insolvencia o sobreendeudamiento y, por el otro, desarrolla unos efectos eminentemente concursales, al pretenderse la protección y restablecimiento de la masa activa. De conformidad con lo anterior, la sentencia considera que el artículo 64 de la *GmbHG* es equiparable a una norma relativa a la inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores. En conclusión, lo que trasluce de esta interpretación es que el aspecto que le importa al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para aplicar el Reglamento 1346/2000 a una disposición normativa no es su adscripción formal a una u otra rama del ordenamiento jurídico, sino su contenido teleológico-concursal.

3.- Insolvencia, responsabilidad personal del administrador societario y libertad de establecimiento

Los artículos 49 y 54 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consagran la libertad de los trabajadores por cuenta propia, profesionales y personas jurídicas que operan en un Estado miembro para que desarrollen sus actividades económicas de manera estable y continuada en otro Estado de la Unión. De este modo, se prohíben las discriminaciones con respecto a los nacionales y empresas radicados en el Estado donde quieran establecerse y, más concretamente, se impiden las restricciones a la apertura de agencias, sucursales o filiales. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha complementado este principio, señalando que también ocurre una vulneración de la libertad de establecimiento cuando un foro se niega a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida sobre la base del or-

denamamiento de otro Estado y, además, cuando se le imponen los requisitos de capital previstos en la legislación nacional o se prevén sanciones contra los administradores sociales en el momento que ese importe no alcanza el mínimo previsto o, en el transcurso de la vida de la sociedad, desciende por debajo del mismo. No en balde, tales previsiones irían en contra del espíritu de integración económica pretendido por el mercado interior, ya que servirían de disuasión para establecer una sociedad en otro Estado.

Tomando en cuenta estos propósitos, la Sentencia resuelve que el artículo 64.2 de la *GmbHG* no vulnera, desde ninguna perspectiva, el principio de libertad de establecimiento. Por un lado, a lo largo del procedimiento concursal nunca se puso en duda la capacidad jurídica de la sociedad deudora. Muy por el contrario, el desarrollo de la acción implicaba un reconocimiento implícito de la efectiva existencia de la sociedad, por cuanto se le estaba aplicando una disposición de la legislación de sociedades al que, de otro modo, no se hubiese podido acudir. Por otro lado, la activación de la responsabilidad personal de la Sra. Kornhaas nada tenía que ver con que la sociedad no alcanzase un importe de capital social mínimo, sino que venía a colación de haber cometido una infracción en sus deberes como administradora social: no haber presentado a tiempo, de conformidad con el ordenamiento alemán, la solicitud de apertura del concurso y haber seguido autorizando los pagos.

4.- Síntesis y conclusiones

A modo de resumen, podemos decir que la acción de reintegración de la masa activa derivada del artículo 64.2 de la *GmbHG* es, al menos desde el prisma de las normas de

Derecho internacional privado europeo, un precepto perfectamente aplicable al asunto Kornhaas. No es relevante que la sociedad haya sido constituida con base en un ordenamiento distinto al de la jurisdicción que conoce de la causa, ni tampoco que se trate de una norma formalmente incluida en el Derecho de sociedades. Por el contrario, será de aplicación la *lex fori concursus*, pues seguirá imperando la regla general de Ley aplicable al procedimiento de insolvencia –que se deduce de la determinación de la competencia judicial internacional–. A su vez, dado que el contenido material del precepto sobre el que orbitan las cuestiones prejudiciales es de índole concursal, no hay ningún óbice a la hora de invocar el Reglamento 1346/2000. Finalmente, esta misma disposición tampoco contradice la libertad de establecimiento, habida cuenta que se desarrollan sus efectos con ocasión de la insolvencia o sobreendeudamiento de la sociedad y no en su constitución o traslado de un Estado miembro a otro.

En nuestra opinión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha llevado a cabo una interpretación muy adecuada tanto de las normas de Derecho internacional privado aplicables a los procedimientos de insolvencia transfronterizos como del principio de libertad de establecimiento. Concretamente, se complementa y profundiza la doctrina ya expresada sobre las normas relativas a los actos prejudiciales para la masa pasiva (específicamente, en su Sentencia de 4 de diciembre de 2014 sobre el asunto C-295/13, H., en la que se limitaba a resolver una cuestión sobre competencia judicial internacional), siendo perfectamente congruente con la línea exegética que previamente había enunciado. Todo ello refuerza la seguridad jurídica en el mercado interior y, en última instancia, asegura su buen funcionamiento incluso en situaciones de crisis económica empresarial.