

El Reglamento comunitario y la Ley Concursal en el nuevo Derecho internacional privado de la insolvencia

Autor: José Javier Ezquerro Ubero

I. Introducción

El Derecho internacional privado debe dar una respuesta jurídica adecuada a los problemas que suscita la situación concursal que, por afectar a un deudor cuya actividad se conecta con varios Estados, puede calificarse como situación concursal internacional¹. Esta situación se caracteriza por la presencia de uno o varios elementos internacionales: los bienes del deudor se encuentran situados en diferentes Estados, algunos de los acreedores residen en el extranjero, ciertos créditos se rigen por la ley de otro Estado, etc.². Es necesario, en tales circunstancias, determinar el tribunal o los tribunales estatales que gozan de competencia judicial internacional para

¹ FLETCHER, I.F. *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*. Clarendon Press, Oxford. 1999. P. 5.

² SIEHR, K. "International Aspects of Bankruptcy" en ANDOLINA, I. (ed.). *Trans-National Aspects of Procedural Law*. Volumen II. Giuffrè Editore. Milán. 1998. P. 790; FLETCHER. 1999. O. c. P. 5; LEMONTEY, J. "Actualités du droit international de la faillite". *Travaux du comité français de droit international privé*. 1986-87. P. 89.

iniciar y llevar a término un procedimiento de insolvencia, la ley o leyes aplicables y, por último, los efectos en otros Estados de tales procedimientos así como de las resoluciones dictadas en el curso de los mismos.

El Derecho internacional privado español no ha contado hasta tiempos recientes con una regulación de las mencionadas situaciones, pero esta ausencia de reglas era sólo una deficiencia más en el marco de la inadecuada reglamentación de la insolvencia en nuestro país³. En una economía desarrollada y abierta al comercio internacional resulta imprescindible, desde luego, una regulación de las situaciones concursales que permita responder a las exigencias de la seguridad jurídica, y en esa regulación deben tener su lugar unas normas adecuadas de Derecho internacional privado⁴.

La ausencia de una normativa en materia de concurso internacional trasladaba a los jueces y tribunales la responsabilidad de alcanzar una solución satisfactoria de los litigios que se suscitaban. Pero en la época en que las relaciones económicas eran sobre todo internas las decisiones no podían ser abundantes, por lo que no es de extrañar que en la jurisprudencia falten criterios definidores de una respuesta clara, global y coherente a los problemas de Derecho internacional privado que se plantean en el campo de los concursos, quiebras y suspensiones de pagos⁵.

³ Prieto-Castro pudo afirmar hace ya años que las situaciones de quiebra y suspensión de pagos se encontraban “gobernadas (¡es un decir!) por unas leyes y disposiciones de hace siglo o siglo y medio que, sin excepciones, son consideradas entre los juristas como anacrónicas, insuficientes, inservibles y, por tanto, perjudiciales para la Nación” y lamentaba ese estado de cosas en “una economía hoy ya bastante avanzada, tanto en el aspecto comercial como en el industrial y en el laboral y en el de las relaciones con el exterior” (PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L. *El Derecho concursal español y el extranjero (La ley desacredita a la ley)*. Madrid. 1976. P. 8). La ausencia de reglas legales aplicables al concurso con elemento extranjero es, de todos modos, un problema bastante generalizado (TORREMANS, P.L.C. *Cross Border Insolvencies in EU, English and Belgian Law*. Kluwer. La Haya. 2002. P. 1; GRASMANN, G. “Effets nationaux d’une procédure d’exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaires, faillite, concordat)”. *Revue critique de droit international privé*. 1990. Nº 3. P. 424; FLETCHER, I.F. *The Law of Insolvency*. Sweet & Maxwell. Londres. 1990. P. 545; SIEHR. O. c. P. 794).

⁴ Un Derecho concursal moderno no puede ignorar las dimensiones internacionales de los procedimientos (OLIVENCIA RUIZ, M. “Planteamiento de la reforma concursal en el Derecho español y en el Derecho comparado” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. 1985. Nº 8. Monográfico (*Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*). P. 45).

⁵ PUENTE EGIDO, J. *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo. 1841-1977*. EUNIBAR. Barcelona. 1981. P. 555; ALONSO HORCADA, M.L. *El centro de las actividades del deudor como criterio de competencia judicial internacional en materia concursal*. Madrid. 1992. P. 16; ESPLUGUES MOTA, C. A. *La quiebra internacional*. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1993. P. 170 y 408; ESPLUGUES, C. “Eficacia en España de los procedimientos concursales iniciados en el extranjero. Análisis del Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995, en relación con el Convenio de Bruselas, de 23 de noviembre de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. 1997. Nº 68. P. 1121; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios de quiebra y procedimientos análogos” en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (eds.) *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*. Tomo III. Cívitas. Madrid. 1986. P. 834; MIAJA DE LA MUELA, A. *Derecho internacional privado*. II. Parte especial. Atlas. Madrid. 1982. P. 485. La escasez de la práctica española se refleja con claridad en COOPER, N. y JARVIS, R. *Recognition and Enforcement of Cross-Border Insolvency. A Guide to International Practice*. John Wiley & Sons. Chichester. 1996. P. 113 y ss. Un

La situación descrita se ha visto alterada por la aparición de dos textos normativos de enorme importancia: el Reglamento (CE) N^o 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁶ y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal⁷. El primero entró en vigor el 31 de mayo de 2002 (artículo 47)⁸. La Ley entrará en vigor el 1 de septiembre de 2004 (Disposición final trigésima quinta). Hasta esta última fecha, por tanto, convivirán en España, en sus respectivos ámbitos de aplicación, las modernas reglas de Derecho internacional privado contenidas en el Reglamento con los confusos criterios derivados de la jurisprudencia tradicional⁹. Aquí, como en otros campos, puede afirmarse que el progreso del Derecho internacional privado español se ha visto estimulado por la participación de España en el proceso de integración europea.

En este trabajo se pretende presentar el nuevo Derecho internacional privado de la insolvencia y clarificar, en la medida de lo posible, la articulación de los dos textos, Reglamento y Ley Concursal, que van a constituir el Derecho vigente en la materia a partir de la entrada en vigor de la segunda. Parece necesario, en primer lugar, poner de manifiesto la insuficiencia de la regulación de las situaciones concursales internacionales por medio de normas internas de Derecho internacional privado y la dificultad que presenta su reglamentación internacional.

tratamiento amplio de la quiebra internacional en PASTOR RIDRUEJO, J.A. "La faillite en droit international privé". *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Volumen 133 (1971-II). P. 135; RAMÍREZ, J.A. *La quiebra*. Tomo III. Bosch, Casa Editorial. Barcelona. 1959. Título XI (Ed. actualizada: 1998). Una exposición de los criterios españoles en ESPLUGUES. 1993. O.c. P. 172 y ss y 409 y ss y ALONSO. O.c. P. 152 y ss; VIRGÓS SORIANO, M y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FJ. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Cívitas. Madrid. 2000. P. 138 y 561. La imprevisibilidad caracteriza a las soluciones del Derecho internacional privado español en materia concursal (SÁNCHEZ LORENZO, S. "Eficacia de la declaración de un concurso pronunciado en el extranjero: paralización de las acciones individuales". *La Ley*. 18 de abril de 1989. P. 1). En España tiene lugar, en todo caso, "la más famosa quiebra" del siglo XX, la que afectó a la Barcelona Traction (GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. "Aspectos internacionales de la situación concursal" en *Reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*. Cívitas y Fundación Universidad-Empresa. Madrid. 1982. P. 329; MIAJA. O.c. P. 475). La declaración de quiebra de esa sociedad canadiense dio incluso lugar a la intervención del Tribunal Internacional de Justicia (Un extracto de la decisión y un comentario de la misma en PUENTE EGIDO, J. *Casos prácticos de Derecho internacional*. Madrid. 1997. P. 310).

⁶ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 160. 30.6.2000. Corrección de erratas: L 176. 5.7.2002.

⁷ *Boletín Oficial del Estado*. 10.7.2003. En su Exposición de Motivos, apartado XI, se destaca que la Ley dedica especial atención al concurso con elemento extranjero, "fenómeno carente de adecuada regulación en el derecho anterior y cada vez más frecuente en una economía globalizada".

⁸ El establecimiento de un largo periodo de *vacatio legis* obedeció a la complejidad de la materia (IDOT, L. "Un nouveau droit communautaire des procédures collectives: le règlement (CE) n^o 1346/2000 du 29 mai 2000". *JCP. La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires*. 2000. N^o 42. P. 1649).

⁹ Hasta la entrada en vigor de la Ley, por otra parte, los órganos jurisdiccionales pueden encontrar dificultades para acomodar las previsiones del Reglamento en el viejo sistema español (TRIGO SIERRA, E. y CAMBRONERO GINÉS, A. "Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal". *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. 2003. N^o 6. P. 52).

II. Insuficiencia de la regulación de la insolvencia internacional por medio de normas internas de Derecho internacional privado. Dificultades para la elaboración de reglas internacionales

La quiebra con elementos internacionales más antigua de la que se tiene noticia pudo ser resuelta de manera satisfactoria gracias a la intervención del Papa en el año 1302. En la actualidad no existe, sin embargo, una autoridad supranacional ante la que se puedan desarrollar procedimientos de quiebra sin las limitaciones derivadas del carácter territorial de las competencias estatales, por lo que puede afirmarse, en cierto modo, que es hoy más difícil que en la Edad Media alcanzar una solución adecuada de los problemas planteados por las situaciones concursales con elementos extranjeros¹⁰.

Dado que son autoridades estatales las que se ocupan de resolver las quiebras internacionales, y dado que lo hacen de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado vigentes en el foro, puede ocurrir, efectivamente, que los jueces de dos o más Estados se consideren competentes para intervenir en un mismo asunto, o que surjan dificultades en cuanto a la aplicación de un Derecho extranjero, o que no se reconozca en otro Estado la decisión adoptada. Estos problemas, habituales en Derecho internacional privado, son especialmente graves en el campo de los procedimientos de insolvencia, pues parece deseable, por la propia naturaleza de los mismos, que en un solo procedimiento se sumen todos los bienes a la masa de la quiebra para beneficio de todos los acreedores y del propio deudor¹¹. El procedimiento de insolvencia pierde su sentido, al menos en parte, si en un determinado Estado el deudor puede enajenar en su propio beneficio los bienes en él situados, o si un acreedor puede hacer efectivo su crédito sin contar con los demás.

Por las anteriores razones, se ha propuesto tradicionalmente como meta a alcanzar en el Derecho internacional privado de la insolvencia la de la unidad y universalidad: ante las autoridades de un solo Estado debería desarrollarse el procedimiento, y éste debería afectar a todos los bienes y derechos del deudor dondequiera que se localizaran¹². Sin embargo, el establecimiento de un sistema de unidad y universalidad tropieza, en primer lugar, con dificultades prácticas: el síndico debe actuar en diversos países, con distintos ordenamientos jurídicos y diferentes lenguas, con lo que la duración del proceso puede alargarse y el coste del mismo incrementarse de manera insoportable; los acreedores pueden no tener conocimiento a tiempo de la

¹⁰ BOGDAN, M. "Insolvency Law in the European Union" en HOFFMANN, B. VON (ed.) *European Private International Law*. Ars Aequi Libri. Nimega. 1998. P. 181. También FLETCHER, I.F. "Harmonization of Jurisdictional and Recognitional Rules: The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention" en ZIEGEL, J.S. (ed.) *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*. Clarendon Press. Oxford. 1994. P. 709. Las dificultades planteadas por la quiebra del Banco Ammanati de Pistoia y la solución que se encuentra para las mismas se exponen con detalle en ESPLUGUES. 1993. O.c. P. 103.

¹¹ SIEHR. O. c. P. 790; BOGDAN. O. c. P. 181; FLETCHER, 1999. O. c. P. 10; TORREMANS. O. c. P. 4.

¹² Sobre los antecedentes doctrinales de la unidad y universalidad de la quiebra, ROLIN, A. "Des conflits de lois en matière de faillite". *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Volumen 14 (1926-IV). P. 18.

iniciación del procedimiento, y si se encuentran en un país lejano puede serles muy costoso, además, comunicar sus créditos y hacer valer sus derechos. Estos inconvenientes podrían afrontarse mediante la elaboración de una normativa adecuada, e incluso mediante la cooperación internacional, pero siempre permanecería el obstáculo más importante: las diferencias entre las legislaciones nacionales en el campo de la insolvencia. Aceptar la unidad y universalidad de la quiebra supone por ejemplo admitir que, en el supuesto de que se abra un procedimiento en un Estado, el destino de los bienes existentes en otro sea decidido, en principio, conforme a los criterios vigentes en el primero. Pero, dejando a un lado la posibilidad de que en un ordenamiento se discrimine a los acreedores extranjeros, no puede ignorarse que las divergencias normativas son muy sustanciales, por lo que la defensa de los intereses de los acreedores del Estado en que se encuentran situados los bienes puede exigir la iniciación, en este último, de otro procedimiento de insolvencia. Sobre todo en el caso en el que el deudor ha actuado en dicho Estado por medio de un establecimiento, se han generado unas expectativas locales que son dignas de tenerse en cuenta. Si, además, entre esos acreedores se encuentra la Hacienda Pública, se impone la apertura de este procedimiento adicional para asegurar el cobro de los créditos de la misma. En último término, tampoco puede desconocerse la importancia que para la economía nacional reviste la solución adecuada de las situaciones concursales, y desde esta perspectiva puede resultar obligado el desarrollo de un procedimiento de insolvencia en el país en cuestión, para que en el marco del mismo se tomen debidamente en consideración los imperativos del interés general¹³.

Por diversas vías, en consecuencia, parece inevitable admitir a veces la existencia de una pluralidad de procedimientos de insolvencia. Si la propia naturaleza de la institución concursal y los intereses del comercio internacional militan en favor de la existencia de un solo procedimiento de ámbito universal en el que se afronte la situación de una manera global, los intereses locales pueden imponer la apertura de otros procedimientos territoriales¹⁴. El Derecho internacional privado debe buscar, entonces, una articulación satisfactoria del ideal de la universalidad y de las exigencias de la territorialidad¹⁵. En la actualidad, para aquellos supuestos en los que no sea posible resolver la situación por medio de un solo procedimiento, predomina el criterio de intentar la coordinación de los diferentes procedimientos nacionales de insolvencia, de cara al logro de una universalidad de hecho. A través de la colaboración entre los Estados se trata de establecer, así, un marco en el que pueda darse una res-

¹³ La presencia de los intereses públicos es mayor aquí que en otros sectores del Derecho internacional privado (RAJAK, H. "European Cross-Border Insolvency Developments" en RAJAK-HORROCKS-BANNISTER (eds.) *European Corporate Insolvency. A Practical Guide*. 2ª ed. John Wiley & Sons. Chichester. 1995. P. 4; FLETCHER. 1999. O. c. P. 6). Una explicación muy completa de las dificultades de la universalidad en BOGDAN. O. c. P. 183-184.

¹⁴ ESPLUGUES. 1993. O. c. P. 469.

¹⁵ Ningún ordenamiento adopta un enfoque puramente universal o territorial (DANIELE, L. *Il fallimento nel Diritto internazionale privato e processuale*. Cedam. Padua. 1987. P. 5).

puesta adecuada a las situaciones concursales internacionales: en un único procedimiento o en varios se va a buscar una respuesta global que permita dar el mismo trato a todos los acreedores¹⁶. Se habla, en este sentido, de una universalidad matizada o “controlada”¹⁷.

Para el logro de dicha respuesta adecuada no basta, sin embargo, con que el legislador estatal adapte su normativa de Derecho internacional privado al enfoque propuesto, pues no está garantizada en todos los casos la imprescindible cooperación interestatal¹⁸. Sólo mediante un convenio internacional puede conseguirse que los Estados se obliguen, para el caso de que se inicien varios procedimientos de insolvencia, a adoptar las medidas adecuadas de coordinación. En ausencia de tratado, los Estados pueden verse impulsados a la adopción de un enfoque nacionalista, dirigido exclusivamente a la protección de los intereses locales, ya que la suerte de éstos en un tratamiento global del concurso resulta incierta¹⁹. Se ven favorecidos así los comportamientos oportunistas del deudor, que traslada determinados bienes a otro Estado, o de los acreedores, que hacen efectivo su crédito con los bienes locales, prescindiendo de los derechos de los demás. El patrimonio del deudor, de este modo, puede llegar a ser liquidado por partes, de una manera injusta para el conjunto de los acreedores e incluso para el propio deudor. Se dificulta inevitablemente, en este contexto, el saneamiento de las empresas en dificultades²⁰.

¹⁶ FLETCHER. 1999. O. c. P. 13-14; ESPLUGUES. 1993. O. c. P. 26; ESPLUGUES MOTA, C.A. “La crisis del Banco de Crédito y Comercio Internacional como elemento de reflexión en torno a la regulación de las quiebras internacionales” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*. Tomo I. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. P. 1075; GRASMANN. O. c. P. 477 y ss. Un resumen de los objetivos a alcanzar en la resolución de las quiebras internacionales en LOPUCKI, L.M. “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”. *Cornell Law Review*. 1999. Nº 3. P. 702.

¹⁷ GUYON, Y. *Droit des affaires*. Tomo 2. 8ª ed. Economica. París. 2001. P. 23; WOODLAND, P. “The Proposed European Community Insolvency Convention” en LEONARD, E.B. y BESANT, C.W. *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*. Graham & Trotman e IBA. Londres. 1994. P. 6; CARBONE, S.M. “Il c. d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d. i. p. e diritto uniforme”. *Diritto del commercio internazionale*. 1998. Nº 3. P. 635; LEMONTEY. O. c. P. 94.

¹⁸ FLETCHER. 1999. O. c. P. 367.

¹⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “La racionalidad económica del Derecho internacional privado” en *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*. 2001. P. 126; OPPETIT, B. Nota sobre la sentencia BCCI *Overseas c/ Forde et autres*. *Revue critique de droit international privé*. 1995. Nº 4. P. 753; POWERS, T.E. “The Model International Insolvency Co-operation Act: A Twenty-First Century Proposal For International Insolvency Co-operation” en LEONARD, E.B. y BESANT, C.W. *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*. Graham & Trotman e IBA. Londres. 1994. P. 688; GUYON, Y. O. c. P. 21.

²⁰ HAMEAU, P. y RAIMON, M. “Les faillites internationales. Approche européenne”. *Revue de droit des affaires internationales/International Business Law Journal*. 2003. Nº 6. P. 645; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J. “El Reglamento de insolvencia: una aproximación general” en BORRÁS, A. (dir.) *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*. Cuadernos de Derecho judicial. IV-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. P. 235; FLETCHER. 1999. O. c. P. 6; POWERS. O. c. P. 687. En casos concretos como el de la quiebra del Banco de Crédito y Comercio Internacional se comprueba la gravedad que puede llegar a tener la situación (ESPLUGUES. 1995. O. c. P. 1066; OPPETIT. O. c. P. 747).

La denuncia de la inseguridad jurídica que rodea a las situaciones de insolvencia internacional no es nueva²¹. La necesidad de encontrar remedio para la misma ha aumentado, sin embargo, a medida que se han incrementado las relaciones jurídicas que presentan una dimensión internacional. El desarrollo de las relaciones internacionales entre particulares da lugar, como es natural, a situaciones de concurso internacional cada vez más frecuentes y de mayor trascendencia, que reclaman una respuesta jurídica más apropiada²². La facilidad con la que circulan de unos a otros países las personas, los bienes y los capitales da a esas situaciones, por otra parte, una notable complejidad, sobre todo cuando el deudor busca refugio en Estados que pueden calificarse, debido a la legislación o a la jurisprudencia vigente en los mismos, como “paraísos de la insolvencia”²³.

La elaboración por los Estados de normas de Derecho internacional privado ajustadas a las circunstancias actuales, y abiertas a la cooperación internacional, resulta desde luego necesaria. Sin un acuerdo entre los Estados, sin embargo, no parece posible alcanzar plenamente el objetivo deseado, es decir, la reglamentación satisfactoria de los concursos con elemento extranjero²⁴. La elaboración de convenios internacionales en este sector se encuentra tradicionalmente, en cualquier caso, con importantes resistencias, por lo que un tratado ampliamente aceptado por los Estados aparece en la actualidad como el “Santo Grial” de la insolvencia internacional²⁵ o como una utopía²⁶.

Entre las razones que pueden explicar este estado de cosas cabe mencionar la propia complejidad del fenómeno concursal y la trascendencia económica y social de la insolvencia de las personas físicas y jurídicas. En la reglamentación del concurso, efectivamente, se ven involucrados numerosos sectores del ordenamiento (obligaciones, derechos reales, sociedades, relaciones laborales, etc.), y todos ellos deben ser atendidos de una manera coordinada²⁷. La declaración de concurso, por otra parte,

²¹ El juez Jabez Henry propone en 1825 la elaboración de un Código europeo de quiebras que aporte seguridad y previsibilidad a las relaciones internacionales entre los comerciantes (FLETCHER. 1999. O. c. P. 16-19). Recientemente GUYON. O. c. P. 21; POWERS. O. c. P. 688.

²² LOPUCKI. O. c. P. 699 y 761; FLETCHER. 1999. O. c. P. 6; BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “El Reglamento de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia”. *Tribunales de Justicia*. 2001. Abril. P. 32; CARBONE, S.M. “Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull’insolvenza transfrontaliera”. *Diritto del commercio internazionale*. 2000. Nº 3. P. 591; HO, L.C. “Anti-Suit Injunctions in Cross-Border Insolvency: A Restatement”. *International and Comparative Law Quarterly*. 2003. Nº 3. P. 697.

²³ GRASMANN. O. c. P. 424; FLETCHER. 1994. O. c. P. 713. Un buen ejemplo de esa complejidad es, de nuevo, la quiebra del Banco de Crédito y Comercio Internacional (ESPLUGUES. 1995. O. c.; OPPETTIT. O. c.).

²⁴ BURBIDGE, P. “Cross border insolvency within the EU: dawn of a new era”. *European Law Review*. 2002. Nº 5. P. 590; MORSE, C.G.J. “Cross-Border Insolvency in the European Union” en *International Conflict of Laws for the Third Millennium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*. Transnational Publishers. Ardsley. 2001. P. 260; CALVO CARAVACA, A.L. “Problemas y tendencias del Derecho concursal internacional”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. 1994. P. 47; FLETCHER. 1999. O. c. P. 7 y 370; ESPLUGUES. 1995. O. c. P. 1060 y 1078; POWERS. O. c. P. 688.

²⁵ FLETCHER. 1994. O. c. P. 713.

²⁶ OPPETTIT. O. c. P. 752.

²⁷ BUREAU, D. “La fin d’un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité”. *Revue critique de droit international privé*. 2002. Nº 4. P. 615; CALVO. O. c. P. 15; OPPETTIT. O. c. P. 753.

tiene unos efectos muy amplios tanto sobre la persona y bienes del deudor como respecto del conjunto de los acreedores²⁸. Si elaborar una normativa adecuada de la insolvencia interna es ya difícil, todavía lo es más el establecimiento de una reglamentación satisfactoria de la insolvencia internacional. Cuando tal reglamentación se pretende introducir por medio de un convenio, debe además obtenerse, como es natural, el acuerdo de los Estados. Éstos, no obstante, se encuentran muy condicionados por la aludida trascendencia económica y social del concurso, y temen perder el control de decisiones que pueden afectar gravemente a los acreedores locales y que tienen consecuencias en materia de empleo y supervivencia de empresas²⁹. Lo cierto es que la materia concursal ha permanecido, por unas u otras razones, como un “islote de resistencia” en el proceso de elaboración de convenios de Derecho internacional privado³⁰.

En la actualidad, no parece factible un convenio internacional de ámbito mundial en el campo de la insolvencia. Por eso, practicando “el arte de lo posible”, se intenta favorecer la adopción de una reglamentación estatal más ajustada a las necesidades de la vida internacional por la vía de una ley modelo³¹. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional ha aprobado en 1997 la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, que los Estados pueden incorporar a su Derecho interno en la medida en que lo consideren adecuado y en el momento en que lo estimen oportuno³².

La elaboración de convenios internacionales debe limitarse a un marco regional. La experiencia muestra que los tratados vigentes no son numerosos, y que predomina entre ellos el bilateral³³. En la práctica, los esfuerzos dirigidos a la adopción de un convenio multilateral se han visto premiados con el éxito sólo en un caso: el del

²⁸ FLETCHER. 1994. O. c. P. 710.

²⁹ BÉGUIN, J. “Un îlot de résistance à l'internationalisation: le droit international des procédures collectives” en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*. Dalloz. París. 1994. P. 32 y 34; OPPETIT. O. c. P. 751; ESPLUGUES. 1993. O. c. P. 20; FLETCHER. 1990. O. c. P. 618.

³⁰ BÉGUIN. O. c. P. 31; SAINT-ALARY-HOUIN, C. *Droit des entreprises en difficulté*. 4ª ed. Montchrestien. París. 2001. P. 749. Además, se ha sugerido que la reglamentación de la insolvencia internacional requiere flexibilidad e innovación, por lo que fijar unas reglas en un convenio puede no resultar conveniente, y que sería mejor confiar en el buen hacer de los jueces (OPPETIT. O. c. P. 753). Corresponde a los jueces, en cualquier caso, un papel esencial a la hora de alcanzar una resolución justa de la situación concursal (FLETCHER. 1999. O. c. P. 371).

³¹ FLETCHER. 1999. O. c. P. 368.

³² La Ley Modelo va acompañada de una Guía para la incorporación al Derecho interno y de una Resolución de la Asamblea General mediante la que se recomienda a los Estados su toma en consideración (pueden consultarse en www.uncitral.org). Sobre la Ley Modelo, ESPLUGUES MOTA, C. “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza de 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?”. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. 1998. Nº 27. P. 45; SÁNCHEZ FELIPE, J.M. “La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza”. *Revista española de Derecho internacional*. 1998. Nº 2. P. 317; FLETCHER. 1999. O. c. P. 323 y ss; TORREMANS. O. c. P. 199 y ss.

³³ ESPLUGUES. 1993. O. c. P. 107 y 459; FLETCHER. 1994. O. c. P. 709; FLETCHER. 1999. O. c. P. 221; VOLKEN, P. “L'harmonisation du droit international privé de la faillite”. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Volumen 230 (1991-V). P. 367.

Convenio Nórdico de 1933³⁴. Para que se consigan los objetivos previstos al iniciarse los trabajos en este campo parece imprescindible, en general, que los Estados compartan un interés muy sólido al respecto, y también que exista entre ellos una estrecha afinidad en el máximo número posible de aspectos relevantes (tradición jurídica y cultural, sistema de valores económicos y sociales, enfoque de las relaciones internacionales). Lo más probable es que tales circunstancias se den entre Estados que forman grupos regionales, en el interior de los cuales tienen lugar abundantes relaciones a todos los niveles³⁵.

En seno del Consejo de Europa se ha adoptado el Convenio de Estambul, de 5 de junio de 1990, sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, pero no se encuentra en vigor³⁶. Es la Unión Europea, indudablemente, el ámbito más propicio para la introducción de normas comunes a varios Estados en materia de insolvencia: a los elementos ya mencionados se une aquí la existencia de una organización internacional que exige a los Estados miembros determinadas actuaciones de cara al logro de los fines de la misma³⁷.

Pero también en la Unión Europea se han experimentado grandes dificultades. Sólo tras un largo período de reflexión se ha conseguido ganar ese “islote de resistencia” a la internacionalización que hasta ahora había constituido la insolvencia internacional³⁸. La evolución del proceso de integración europea ha determinado, no obstante, que el texto adoptado sea un reglamento, no un convenio internacional. Propiamente no hay, por tanto, internacionalización, sino “comunitarización”.

El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia acoge la doctrina predominante, antes expuesta, sobre concurso internacional. Lo mismo hace la Ley Concursal. Debe pasarse ahora a presentar el Reglamento, para analizar después su ámbito de aplicación y establecer así también el de la Ley.

III. El Reglamento comunitario

Se van a considerar, en primer lugar, los antecedentes del Reglamento. Después se valorará el significado de éste y se presentará su contenido.

III.1. Antecedentes. El Convenio de 1995

El artículo 293 (antes 220) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) establece, desde 1957, que los Estados miembros entablarán, en

³⁴ FLETCHER. 1999. O. c. P. 237 y ss (texto en 449). Los resultados obtenidos en el continente americano son menos satisfactorios (FLETCHER. 1999. O. c. P. 222 y ss).

³⁵ FLETCHER. 1999. O. c. P. 221.

³⁶ A 8.1.2004 no ha obtenido las tres ratificaciones requeridas. Su texto puede consultarse en www.coe.int. Un análisis en FLETCHER. 1999. O. c. P. 302 y ss. (texto en 409).

³⁷ FLETCHER. 1994. O. c. P. 713.

³⁸ BUREAU. O. c. P. 614; IDOT. O. c. P. 1648.

tanto sea necesario, 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. Pronto se iniciaron los trabajos para la elaboración de un convenio, pero en el curso de los mismos se observó inmediatamente que las situaciones concursales requerían un tratamiento especial, con inclusión de las cuestiones relacionadas con la ley aplicable. La naturaleza peculiar de los procedimientos de insolvencia estuvo, sin duda, en el origen de la decisión de separar esta materia de los trabajos generales. La dificultad propia de esta materia, en la que además se ponían de manifiesto importantes diferencias entre los ordenamientos estatales, aconsejaba actuar así, pues de otro modo el convenio podría retrasarse³⁹.

Los esfuerzos desarrollados en dichos trabajos generales fructificaron en pocos años, y se vieron reflejados en el Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁰. En el artículo 1 se excluyen de su ámbito de aplicación “la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos”. En lo relacionado con estas materias, en cambio, no fue posible el acuerdo entre los Estados miembros hasta 1995⁴¹.

El Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, era el fruto maduro de muchos años de reflexión, y contenía una reglamentación aceptable, en principio, para todos los Estados miembros⁴². Le acompañaba un Informe explicativo redactado por Miguel Virgós y Etienne Schmit. No obstante, este Convenio no pudo entrar en vigor, al no ser firmado por el Reino Unido en el plazo establecido al efecto, y no llegó a ser publicado oficialmente⁴³. Entre las razones de la falta de firma de dicho Estado suelen considerarse las dos siguientes.

³⁹ FLETCHER, I.F. “A Culling of Sacred Cows - The Impact of the EC Insolvency Regulation on English Conflict of Laws” en FAWCETT, J. (ed.) *Reform and Development of Private International Law. Essays in honour of Sir Peter North*. Oxford University Press. Oxford. 2002. P. 168; BÉGUIN. O. c. P. 33; BORRÁS. O. c. P. 829; WOODLAND. O. c. P. 3. En el Informe Virgós-Schmit, del que inmediatamente se va a tratar, se destaca, en particular, que no es posible un convenio sobre reconocimiento de procedimientos de insolvencia sin la garantía de respeto de derechos adquiridos que un sistema unificado de normas de conflicto proporciona (apartados 8 y 42).

⁴⁰ Sigue en vigor sólo para las relaciones con Dinamarca. Su texto consolidado fue publicado en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. C 27. 26.1.1998. En las relaciones entre los demás Estados miembros ha sido sustituido por el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 12. 16.1.2000).

⁴¹ Sobre los trabajos anteriores al Convenio de 1995, MOSS, G., FLETCHER, I.F. e ISAACS, S. (eds.) *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotation*. Oxford University Press. Oxford. 2002. P. 1; FLETCHER. 1999. O. c. P. 247 y ss; ESPLUGUES. 1993. O. c. P. 133 y ss, 269 y ss; ESPLUGUES MOTA, C. A. “La actividad desarrollada por las Comunidades Europeas en el ámbito del Derecho concursal”. *Noticias de la Comunidad Económica Europea*. 1993. Julio. Nº 102. P. 57.

⁴² MORSE. O. c. P. 234.

⁴³ El Convenio y su Informe explicativo (en lo sucesivo Informe Virgós-Schmit) se pueden consultar en *Derecho procesal civil europeo*. McGraw-Hill. Madrid. 1996. P. 421 y ss.

La primera, y más inmediata, la decisión del Gobierno británico de no cooperar con sus socios comunitarios como muestra de su insatisfacción ante la política adoptada para hacer frente a la denominada “enfermedad de las vacas locas”⁴⁴. Y la segunda, de mayor calado, las dificultades relacionadas con la aplicación del Convenio a Gibraltar⁴⁵. Estas razones, como puede comprobarse, son de naturaleza más bien política, y no afectan al contenido de la reglamentación establecida en el Convenio⁴⁶. No es de extrañar, por tanto, que el texto acordado haya sido recuperado posteriormente para su incorporación a un Reglamento comunitario.

III.2. Significado y contenido

Con escasas modificaciones el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia recoge, efectivamente, el contenido del Convenio de 1995⁴⁷. El impulso para su elaboración procede de la reforma del TCE introducida por el Tratado de Ámsterdam, que entraña, en ciertas condiciones, la “comunitarización” del Derecho internacional privado. El nuevo artículo 61 atribuye competencia a la Comunidad para la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, con el alcance previsto en el artículo 65. Con base en las nuevas disposiciones, y poco después de que entraran en vigor, Alemania y Finlandia presentan una Iniciativa que permite salir de la situación de bloqueo en que se encontraba la reglamentación de la insolvencia en la Unión Europea⁴⁸.

⁴⁴ FLETCHER. 1999. O. c. P. 298; GOODE, R.M. *Principles of Corporate Insolvency Law*. 2ª ed. Sweet & Maxwell. Londres. 1997. P. 509; IDOT. O. c. P. 1648; BURBIDGE. O. c. P. 591.

⁴⁵ FLETCHER. 1999. O. c. P. 298; BOELE-WOELKI, K. “Unification and Harmonization of Private International Law in Europe” en *Private International Law in the International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*. TMC Asser Press. La Haya. 2000. P. 70. El Convenio no determinaba su ámbito de aplicación territorial. La cuestión era abordada, sin embargo, en los apartados 300 a 302 del Informe Virgós-Schmit, redactados por el profesor Virgós, en términos de los que se desprendía la necesidad del consentimiento de España para la extensión del Convenio a Gibraltar. Con posterioridad, el Reino Unido y España han puesto fin a las diferencias que mantenían en este punto mediante Acuerdo de 19 de abril de 2000 (se recoge en *Boletín Oficial del Estado*. 20.1 y 8.3.2001. Nota de A. RODRÍGUEZ BENOT en *Revista española de Derecho internacional*. 2000. Nº 1. P. 273).

⁴⁶ FLETCHER. 1999. O. c. P. 301. Mantiene una interpretación distinta SCHLOSSER, P. “Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation”. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Volumen 284 (2000). P. 279.

⁴⁷ Las modificaciones se enumeran en MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 13. El Informe Virgós-Schmit y la doctrina sobre el Convenio siguen teniendo utilidad para la interpretación del Reglamento (DANIELE, L. “Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. 2002. Nº 1. P. 33; VIRGÓS SORIANO, M.-GARCIMARTÍN ALFÉREZ, E.J. “El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna”. *Revista española de Derecho europeo*. 2002. Nº 1. P. 88).

⁴⁸ BUREAU. O. c. P. 617. Se pone de relieve el interés que tenía para algunos Estados miembros la existencia de una reglamentación común (BATTAGLIA, R. “Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”. *Diritto Fallimentare*. 2002. Nº 1. P. 23; CANDELARIO MACÍAS, I. “Aproximación a la Iniciativa de Reglamento del Consejo Europeo (sic) sobre procedimientos de insolvencia (1999/C 221/06): ¿Más de lo mismo?”. *Diritto Fallimentare*. 1999. Nº 6. P. 1226).

Entre las “medidas” que podían adoptarse se elige el reglamento. Es decir, un acto comunitario de alcance general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro (artículo 249, antes 189, TCE)⁴⁹. Con esta elección parece darse apoyo a la opinión de los que sostienen que es el reglamento el cauce adecuado, en términos generales, para la adopción de normas de Derecho internacional privado por el legislador comunitario. El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia establece, por su propia naturaleza, una normativa uniforme para todos los Estados miembros, y no requiere medidas internas de ejecución⁵⁰. Se evitan así los inconvenientes derivados de la necesaria trasposición de las directivas⁵¹.

El Reglamento constituye un importante logro desde la perspectiva de la construcción del mercado interior en la Unión Europea. Para comprender completamente su alcance, no obstante, es necesario tener en cuenta el marco en el que tiene lugar la “comunitarización” del Derecho internacional privado. Se trata de una “comunitarización” limitada, por una parte, en cuanto a los Estados miembros afectados, y matizada, además, en cuanto a la intervención del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Tres Estados miembros gozan de regímenes especiales en este terreno: por un lado, el Reino Unido e Irlanda; por otro, Dinamarca. El Reglamento es aplicable en los dos primeros, ya que han decidido participar en su adopción y aplicación, pero no en Dinamarca⁵².

Las particularidades de la intervención del Tribunal en este nuevo ámbito de competencia comunitaria se establecen en el artículo 68 TCE. En lo que aquí interesa, y por comparación con el régimen general del artículo 234 (antes 177), debe destacarse que no gozan de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales los órganos jurisdiccionales nacionales distintos de aquellos cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. A la hora de valorar esta reglamentación restrictiva es necesario tener en cuenta los delicados problemas que suscita la cuestión prejudicial, en cuya solución hay que articular intereses enfrentados:

⁴⁹ Los reglamentos, como se sabe, no se publican en el *Boletín Oficial del Estado*. La Administración española, para facilitar el conocimiento del Reglamento decidió publicarlo en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. Suplemento al nº 1879. P. 3401 y ss (con nota introductoria de F. Bueno Arús). Se incluye el Informe Virgós-Schmit, por considerarse de indudable utilidad para la interpretación del Reglamento.

⁵⁰ No obstante, es conveniente que cada Estado miembro revise su Derecho y adopte las medidas necesarias para evitar confusiones y asegurar el cumplimiento del Derecho comunitario (FLETCHER. 2002. O. c. P. 173).

⁵¹ El considerando 8 del Reglamento estima necesaria la adopción de un acto de esta naturaleza para la consecución de los objetivos previstos. La experiencia de las directivas sobre seguro parece confirmar que es el reglamento, efectivamente, el cauce adecuado para la adopción de normas comunitarias de Derecho internacional privado.

⁵² Considerandos 32 y 33 del Reglamento. Acerca de la solución que cabe dar a la situación de Dinamarca FLETCHER. 2002. O. c. P. 167; BOS, T.M. “The European Insolvency Regulation and the Harmonization of Private International Law in Europe”. *Netherlands International Law Review*. 2003. Nº 1. P. 49.

mediante la misma se consigue la deseable uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario, pero con la utilización del mecanismo se alarga la duración de los procedimientos y aumentan los gastos ocasionados por los mismos, lo que puede tener especial gravedad precisamente en materia concursal⁵³.

En cualquier caso, los jueces y tribunales de los Estados miembros deben interpretar el Reglamento sin olvidar su origen comunitario y su finalidad, ateniéndose, cuando proceda, a la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia⁵⁴.

Dicho lo anterior, hay que repetir que el Reglamento representa un avance significativo en el proceso de integración. La ausencia de unas normas comunitarias sobre insolvencia constituía una carencia significativa en la realización del mercado interior⁵⁵. El buen funcionamiento de éste exigía, desde luego, una reglamentación adecuada de la insolvencia transfronteriza en la que se coordinaran las medidas a adoptar en los Estados miembros⁵⁶. Sólo en un marco de esas características pueden evitarse, en la medida en que se considere oportuno, comportamientos como los aludidos anteriormente: el traslado de bienes o la transferencia de litigios a otro Estado en busca de una posición jurídica más favorable (*forum shopping*)⁵⁷.

Pues bien, ese marco de coordinación es lo que aspira a establecer el Reglamento, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 (antes 3 B) TCE⁵⁸. En esta dirección, se establecen unas normas uniformes de Derecho internacional privado (competencia judicial internacional, reconocimiento de decisiones y ley aplicable), no un Derecho material uniforme en materia concursal.

Con esas normas comunes de Derecho internacional privado puede preverse qué tribunales europeos son competentes y qué Derecho van a aplicar en una situación concursal internacional, y se asegura la estabilidad o continuidad espacial de las

⁵³ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 88-91; LEIBLE, S. y STAUDINGER, A. "El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?". *Anuario español de Derecho internacional privado*. 2001. P. 93-96; BUREAU. O. c. P. 622; MORSE. O. c. P. 236.

⁵⁴ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 91 y ss. Suele hablarse de interpretación "autónoma". No obstante, el propio Reglamento exige el recurso al Derecho nacional cuando, por ejemplo, no define los conceptos de "insolvencia" y "derecho real" en los artículos 1 y 5 (Informe Virgós-Schmit, apartado 43).

⁵⁵ Informe Virgós-Schmit, apartado 1; VIRGÓS SORIANO, M. "The interaction between national law and European integration law: The future EC Bankruptcy Convention" en HOMMELHOFF, P., JAYME, E. y MANGOLD, W. (eds.) *Europäischer Binnenmarkt Internationales Privatrecht und Rechtsangleichung*. C.F. Müller. Heidelberg. 1995. P. 51-52; BELTRÁN. O. c. P. 32; CARBONE. 1998. O. c. P. 635.

⁵⁶ Considerandos 2 a 4 del Reglamento; Informe Virgós-Schmit, apartado 7; FLETCHER. 1999. O. c. P. 246; TORREMANS. O. c. P. 133 y 138.

⁵⁷ El *forum shopping* es menos frecuente en la Unión Europea que en Estados Unidos, por razones que tienen que ver, por ejemplo, con la existencia de barreras lingüísticas y de cultura jurídica, pero aumenta a medida que se intensifica la integración (REIMANN, M. *Conflict of Laws in Western Europe: A Guide Through the Jungle*. Transnational Publishers. Irvington. 1995. P. 66; VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 87). Hay que tener en cuenta, por otro lado, que en el campo concursal el juez competente aplica en buena medida su propio Derecho, por lo que hay mayor aliciente para el *forum shopping* (BUREAU. O. c. P. 637; BURBIDGE. O. c. P. 594).

⁵⁸ Considerandos 5 y 6 del Reglamento.

decisiones que adopten esos tribunales⁵⁹. Como se ha anticipado, el enfoque que se adopta es el de universalidad matizada o mitigada⁶⁰. El alcance del procedimiento abierto en el Estado miembro en que el deudor tiene su centro de intereses principales –concepto que se precisará más adelante– es, en principio, universal (tanto por lo que se refiere a los bienes como por lo que afecta a los acreedores)⁶¹. En ese procedimiento se aplica, en general, la propia legislación concursal. Desde este punto de partida, se introducen dos correcciones de la universalidad. Por una parte, se establecen determinadas excepciones a la aplicación de la *lex fori*. Por otra, se permite la apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento, procedimiento que afecta sólo a los bienes situados en dicho Estado, y que debe coordinarse, en su caso, con el procedimiento abierto en el Estado en que se encuentra el centro de intereses principales⁶². Con la vigencia de esta reglamentación de Derecho internacional privado se consideran suficientemente satisfechas las necesidades actuales del mercado interior⁶³. Solamente se añaden, para facilitar la aplicación de la normativa establecida, algunas normas auxiliares de Derecho material y procesal⁶⁴.

La reglamentación introducida responde a un enfoque realista, y trata de dar una respuesta satisfactoria a las necesidades de la práctica, por lo que ha recibido una acogida favorable, en términos generales⁶⁵. Se destaca en ocasiones su complejidad, y por tanto la importancia de la intervención del Tribunal de Justicia en la resolución de las dudas de interpretación que se susciten⁶⁶. Tal complejidad resulta particular-

⁵⁹ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 87; FLETCHER. 1999. O. c. P. 256; MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 12.

⁶⁰ STRUB, A. “Le marché unique des procédures d’insolvabilité. Entre l’universalité et la territorialité”. *Revue du marché commun et de l’Union Européenne*. 1995. Nº 385. P. 130; VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 76 y ss.

⁶¹ El alcance universal del procedimiento no está asegurado, sin embargo, en terceros Estados. Si el deudor, por ejemplo, es propietario de bienes situados fuera de la Comunidad, el reconocimiento del procedimiento depende, naturalmente, del Derecho del Estado de que se trate (VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 76-78). Mantienen una interpretación diferente MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 168.

⁶² Cuando se abre un procedimiento universal y uno o más territoriales, el primero se considera procedimiento principal y los segundos, secundarios. La competencia judicial internacional se regula en el artículo 3, la ley aplicable en los artículos 4 a 15 y el reconocimiento en los artículos 16 a 26 del Reglamento. El Capítulo III se ocupa de los procedimientos secundarios de insolvencia (artículos 27 a 38).

⁶³ Puede considerarse que así, en la medida en que se mantiene la diversidad material en el Derecho concursal, se respeta la identidad nacional de los Estados miembros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.3 del Tratado de la Unión Europea (DROBNIG, U. *Private Law in the European Union*. Forum Internationale. Kluwer. La Haya. 1996. P. 19).

⁶⁴ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 69. Ejemplo de esas normas son las contenidas en los artículos 39 a 42 sobre presentación de créditos e información a los acreedores.

⁶⁵ BOGDAN. 1998. O. c. P. 186-188; BOS. O. c. P. 33; BURBIDGE. O. c. P. 609; BUREAU. O. c. P. 677; ESPLUGUES. 1997. O. c. P. 1160; FLETCHER. 1999. O. c. P. 255; MORSE. O. c. P. 260.

⁶⁶ BORRÁS, A. “Hacia la supresión del exequátur en Europa” en BORRÁS, A. (dir.) *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*. Cuadernos de Derecho judicial. IV-2001. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2001. P. 42; CESARI, P. DE “Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”. *Rivista di diritto internazionale pri-*

mente preocupante en los Estados que atribuyen el conocimiento de los procedimientos concursales a jueces no especialistas⁶⁷. La experiencia acumulada en la aplicación del Reglamento y, naturalmente, la jurisprudencia del Tribunal podrán utilizarse en el futuro para mejorar y simplificar esta normativa.

El Reglamento se aplica a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico⁶⁸. Se excluyen de su ámbito de aplicación, no obstante, los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros, a las entidades de crédito, a las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros y a los organismos de inversión colectiva⁶⁹.

Lo que interesa destacar en este trabajo es, en todo caso, que el Reglamento se aplica sólo a las situaciones intracomunitarias. En el campo que queda sin regular es el legislador nacional el que debe establecer las normas que considere procedentes.

IV. La situación intracomunitaria y el ámbito de aplicación espacial del Reglamento. Ámbito de aplicación espacial de las normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal

El Reglamento tiene un ámbito de aplicación limitado, pues se aplica sólo a las situaciones intracomunitarias. Más concretamente, se aplica a los procedimientos internacionales de insolvencia que se abren en un Estado miembro en relación con deudores que tienen su centro de intereses principales en la Comunidad⁷⁰.

vato e processuale. 2003. Nº 1. P. 82; BELTRÁN. O. c. P. 35; DANIELE. 2002. O. c. P. 50; ESPLUGUES. 1997. O. c. P. 1160; HAMEAU-RAIMON. O. c. P. 662.

⁶⁷BUREAU. O. c. P. 677. Es el caso de España, hasta la entrada en vigor de la reforma concursal.

⁶⁸ Artículo 1.1. En España se aplica a los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos (Anexo A). Una vez en vigor la reforma concursal, se aplicará al procedimiento de concurso (CORDÓN MORENO, F. "La unificación del Derecho concursal en el ámbito de la Unión Europea: el Reglamento comunitario 1346/2000, de procedimientos de insolvencia". *Unión Europea Aranzadi*. 2003. Marzo. P. 8; BELTRÁN. O. c. P. 35).

⁶⁹ Artículo 1.2. Como las empresas aludidas están sujetas a la supervisión prudencial de las autoridades, se entiende que la insolvencia de las mismas debe recibir una reglamentación especial, ajustada a los criterios de unidad y universalidad, por parte del Derecho comunitario (Informe Virgós-Schmit, apartados 54 y ss; VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 69 y 94). Existe ya legislación comunitaria al respecto o se encuentra en elaboración. Esta diversidad de regímenes no está libre de críticas (BURBIDGE. O. c. P. 593).

⁷⁰ Considerando 14 del Reglamento. Algunos autores destacan que, en este como en otros aspectos, hay más precisión en la motivación que en el articulado del Reglamento, lo que puede originar errores de interpretación (BUREAU. O. c. P. 621; MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 38). Con independencia de la valoración que merezca desde el punto de vista de la técnica jurídica, este hecho se explica por los antecedentes del Reglamento: se quiso acompañar el Convenio de 1995, como se ha dicho, de un Informe explicativo que auxiliara en su interpretación, de manera que cuando el texto del Convenio se traslada al Reglamento se procura recoger en su motivación lo esencial de dicho Informe (MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 13). Sobre el ámbito de aplicación VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 96; LEIBLE-STAUDINGER. O. c. P. 104; CAPONI, R. "Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza". *Foro Italiano*. 2002. Nº 11. P. 222; PROTO, V. "L'insolvenza transfrontaliera nell'ordinamento comunitario". *Diritto Fallimentare*. 2003. Nº 2. P. 561; TORREMANNS. O. c. P. 145.

Antes de delimitar con más precisión el alcance de la normativa comunitaria, conviene detenerse en este último concepto⁷¹. El centro de intereses principales del deudor no se define en el texto del Reglamento⁷². Del considerando 13 se desprende que es el lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, puede ser averiguado por terceros⁷³. Se habla, en sentido amplio, de “intereses” porque el Reglamento se aplica tanto a la insolvencia de las personas jurídicas como a la de las personas físicas. Atendiendo a la situación de la persona que tiene varios centros de intereses, se añade el término “principales”: se exige en ese supuesto un análisis comparativo para decidir el lugar que se tiene en consideración⁷⁴.

El centro de intereses principales es, por tanto, un criterio fáctico, que se aprecia de acuerdo con las circunstancias del caso (localización de los bienes, derechos y obligaciones, oficinas centrales o lugar donde se toman las decisiones de la empresa,...) y que aparece como resultado del esfuerzo doctrinal dirigido a flexibilizar el criterio tradicional del domicilio⁷⁵. Se pretende con él asegurar una conexión real entre la persona y el territorio de un Estado miembro, en concordancia con la manera en que se desenvuelve en el mundo de hoy la actividad de los particulares y las empresas⁷⁶. Su determinación, sin embargo, puede ser difícil en ciertos casos⁷⁷. Por eso el Reglamento presume, para las personas jurídicas, que dicho centro se encuentra, salvo prueba en contrario, en el lugar del domicilio social⁷⁸. No hay, en cambio, presunción para las personas físicas. El Informe Virgós-Schmit señala a este respecto que, en principio, el centro de intereses principales de una persona que ejerce una actividad profesional es el lugar de su domicilio profesional, y el de las personas físicas en general, su lugar de residencia habitual⁷⁹.

De este modo, si el centro de intereses principales se encuentra en la Comunidad, a la insolvencia del deudor le serán de aplicación las reglas del Reglamento⁸⁰. El

⁷¹ El centro de intereses principales opera también en el Reglamento como criterio de competencia judicial internacional.

⁷² Sobre este punto, Informe Virgós-Schmit, apartado 75.

⁷³ No es suficiente la presencia de bienes o de un establecimiento en la Comunidad (CESARI. O. c. P. 64; MORSE. O. c. P. 238; VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 97).

⁷⁴ CESARI. O. c. P. 63.

⁷⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”. *Recueil des cours de l'Académie de droit international*. Volumen 287 (2000). P. 217 y 243-245; ESPLUGUES. 1995. O. c. P. 1069; TORREMANS. O. c. P. 153. En este ámbito no se considera relevante, en principio, la nacionalidad de la persona (VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 96-97).

⁷⁶ MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 39; TORREMANS. O. c. P. 150 y ss; GARCIMARTÍN. “Cooperación...”. O. c. P. 262; ESPLUGUES. 1995. O. c. P. 1070.

⁷⁷ MORSE. O. c. P. 239. Algunas decisiones inglesas que lo ponen de relieve se comentan en HAMEAU-RAIMON. O. c. P. 657 y ss.

⁷⁸ Artículo 3.1. El Reglamento no contempla la figura de los grupos de sociedades, lo que se ha considerado como una de las debilidades mayores de la normativa que introduce (BURBIDGE. O. c. P. 593; MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 173; TORREMANS. O. c. P. 154).

⁷⁹ Apartado 75, párrafo 4º. TORREMANS. O. c. P. 152.

⁸⁰ Se sigue aquí básicamente el planteamiento de VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 97-99.

hecho de que el deudor tenga su centro de intereses principales en un Estado miembro determina, en primer término, la aplicación de las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Reglamento⁸¹. El juez de un Estado miembro que se declara competente en aplicación de dichas reglas aplica, además, las normas de conflicto del propio Reglamento. Estas normas, no obstante, sólo determinan la ley aplicable a las situaciones conectadas con los Estados miembros. Dicho de otro modo, esas normas de conflicto se aplican únicamente cuando la ley designada es la de un Estado miembro⁸². Las normas sobre reconocimiento y ejecución, por su parte, son aplicables cuando, por estar el centro de intereses en la Comunidad, el juez que dicta la resolución se ha declarado competente conforme al Reglamento (con independencia de las normas de conflicto aplicadas)⁸³. Las disposiciones sobre información a los acreedores y presentación de sus créditos benefician solamente a los acreedores que tengan su residencia habitual, su domicilio o su sede en un Estado miembro distinto del de apertura del procedimiento⁸⁴. Las reglas de coordinación de procedimientos, finalmente, se aplican en el caso de que tales procedimientos se hayan abierto en dos o más Estados miembros con arreglo a las reglas del Reglamento.

La reglamentación introducida, como puede comprobarse, no tiene alcance universal: se aplica exclusivamente a las situaciones intracomunitarias, tal y como han sido definidas por el Reglamento. La regulación de las restantes situaciones se deja al Derecho nacional. Corresponde al legislador de cada Estado miembro, en consecuencia, establecer las normas que considere oportunas para todos los supuestos no contemplados en el Reglamento⁸⁵. Primero, las reglas de competencia judicial internacional aplicables en el caso de que el centro de intereses principales del deudor se encuentre fuera de la Comunidad. Segundo, las normas de conflicto aplicables en los procedimientos iniciados en aplicación de dichas normas de competencia judicial internacional. Tercero, las normas de conflicto aplicables en los procedimientos iniciados con arreglo al Reglamento, al encontrarse el centro de intereses principales en la Comunidad, en el caso en que, por no designar como aplicable la ley de un Estado miembro, no resultan de aplicación las normas de conflicto del propio Reglamento. Cuarto, las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones proce-

⁸¹ Se deduce del propio artículo 3 del Reglamento (STARACE, V. "La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere". *Rivista di diritto internazionale*. 2002. Nº 2. P. 298).

⁸² En las normas de conflicto de los artículos 5 y ss se establecen excepciones a la regla general de aplicación de la *lex fori* contemplada en el artículo 4. Salvo en las contenidas en los artículos 6 y 14, la remisión se hace expresamente a la ley "de un Estado miembro". Por razones sistemáticas, parece que debe interpretarse en el mismo sentido la remisión de los aludidos artículos 6 y 14 (Informe Virgós-Schmit, apartados 44 y 93). Sobre este aspecto, DANIELE. 2002. O. c. P. 47-49 y FLETCHER. 1999. O. c. P. 265.

⁸³ Se deduce de la propia redacción de los artículos 16 y 25.

⁸⁴ Artículos 39 y 40. BUREAU. O. c. P. 652.

⁸⁵ Se sigue también aquí, en lo esencial, a VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O. c. P. 99. Sobre el espacio que queda para la legislación nacional, Informe Virgós-Schmit, especialmente apartados 11, 44, 82, 93, 144, 269 y 271.

dentes de terceros Estados. Quinto, las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones dictadas por autoridades de otros Estados miembros que, por encontrarse el centro de intereses principales en un tercer Estado, se hubiesen declarado competentes de acuerdo con normas distintas de las del Reglamento. Sexto, las reglas sobre información a los acreedores y presentación de créditos cuando dichos acreedores no tienen su residencia habitual, su domicilio o sede en otro Estado miembro. Séptimo, las disposiciones de coordinación de los procedimientos iniciados en el foro con los abiertos en terceros Estados. Y, finalmente, las normas destinadas a coordinar los procedimientos abiertos, con base en reglas de competencia distintas de las contenidas en el Reglamento, en el foro y en otros Estados miembros, respecto de deudores que no tengan su centro de intereses principales en la Comunidad.

Este es el terreno que corresponde ocupar al Derecho estatal. Por ejemplo, al Derecho español y concretamente, desde su entrada en vigor, a la Ley Concursal. Es un terreno considerablemente amplio, y en el mismo se incluyen situaciones que tienen un contacto relevante con la Comunidad Europea: aquellas en que el centro de intereses principales se encuentra en un Estado tercero, pero existen bienes o un establecimiento en un Estado miembro⁸⁶. Incluso en supuestos en que se aplica el Reglamento, por hallarse dicho centro en la Comunidad, importantes aspectos, como la ley aplicable, pueden quedar sometidos al Derecho nacional.

¿No habría sido mejor elaborar una reglamentación de ámbito universal, en vez de establecer esa dualidad de regímenes, aplicable el uno a las situaciones definidas como intracomunitarias y el otro a las restantes? Teóricamente, no hay duda de que resulta preferible un solo régimen jurídico. Algunos Estados miembros, sin embargo, mostraron su voluntad de mantener la competencia para regular las situaciones extracomunitarias ya en las negociaciones del Convenio de 1995⁸⁷. Cuando se decide trasladar este texto a un reglamento, la base jurídica que se utiliza es el nuevo artículo 65 TCE, en el que se ha introducido una precisión: pueden adoptarse actos “en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”. El Derecho comunitario no parece hoy configurado, en definitiva, de una manera que permita elaborar un Derecho internacional privado universal⁸⁸.

En tales circunstancias, parece inevitable aceptar la compleja dualidad de regímenes que acaba de exponerse. Tal complejidad puede reducirse, sin embargo, por diferentes vías⁸⁹. En lo que aquí interesa, los Estados miembros pueden adoptar para las situaciones no cubiertas por el Derecho comunitario, por razones de coherencia

⁸⁶ MOSS-FLETCHER-ISAACS. O. c. P. 38.

⁸⁷ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O.c. P. 97.

⁸⁸ REMIEN, O. “European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice”. *Common Market Law Review*. 2001. P. 75 y 86; BASEDOW, J. “The Communitarization of the Conflicts of Laws under the Treaty of Amsterdam”. *Common Market Law Review*. 2000. P. 702.

⁸⁹ VIRGÓS-GARCIMARTÍN. 2002. O.c. P. 99. La complejidad puede reducirse, además de por el camino señalado en el texto, mediante la extensión por la propia Comunidad frente a terceros Estados de la normativa establecida en el Reglamento.

interna, y con los ajustes necesarios, la misma normativa que se contiene en el Reglamento para las situaciones intracomunitarias⁹⁰.

Este ha sido precisamente el camino elegido por la Ley Concursal. La Ley sigue, “con las convenientes adaptaciones”, el modelo del Reglamento. “Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito”. En el mismo sentido, la regulación se inspira también en la Ley modelo de las Naciones Unidas, de la que se ha tratado anteriormente⁹¹.

A la hora de establecer una normativa española para el concurso con elemento extranjero son necesarias, desde luego, algunas adaptaciones. Las reglas del Reglamento se apoyan en el nivel de confianza existente entre los Estados miembros de la Comunidad Europea. Si ese nivel es elevado es porque esos Estados se encuentran vinculados por un Tratado en el que, entre otras muchas cosas, se crea un Tribunal de Justicia que garantiza la uniforme aplicación del Derecho comunitario. Ese grado de confianza mutua no existe, naturalmente, entre España y otros Estados, por lo que son necesarias determinadas cautelas en la reglamentación de dicha materia. En esta dirección, el artículo 199 de la Ley, en su párrafo segundo, dispone que “a falta de reciprocidad o cuando se produzca una falta sistemática a la cooperación por las autoridades de un Estado extranjero”, no se aplicarán respecto de los procedimientos seguidos en dicho Estado las reglas sobre reconocimiento de procedimientos y coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia⁹².

El artículo 199 de la Ley señala también que las normas del título en que se inserta (Título IX de la Ley, “De las normas de Derecho Internacional Privado”) se aplicarán sin perjuicio de lo establecido en el Reglamento y demás normas comunitarias o convencionales que regulen la materia (párrafo primero). Esta disposición, en realidad, no hace otra cosa que recordar los criterios generales de nuestro Derecho en lo relacionado con la aplicación del Derecho comunitario y los convenios internacionales. En ausencia de la misma, por tanto, el modo de proceder de los jueces y tribunales españoles sería exactamente el mismo. No obstante, resulta útil en la práctica que se recuerde la posición que ocupa, en particular, el Reglamento. Dentro del ámbito de aplicación de éste, la normativa a tener en cuenta es la contenida en el mismo, como Derecho uniforme que es, aplicable en la Comunidad, y queda desplazada la regulación interna. Ésta sólo se aplica a las situaciones no contempladas en el Reglamento.

⁹⁰ No parece haber nada que lo impida (Informe Virgós-Schmit, apartado 45). Un llamamiento a la coherencia de regímenes se contiene ya en VIRGÓS. O. c. P. 54. ESPLUGUES. 1997. O. c. P. 1162; CESARI. O. c. P. 84; FLETCHER. 2002. O. c. P. 168.

⁹¹ Exposición de Motivos, apartado XI, párrafo 2º. También párrafo penúltimo del apartado I. La Ley se ocupa de la competencia judicial internacional (artículos 10 y 11), de la ley aplicable (200 y ss), del reconocimiento (220 y ss) y de la coordinación de los procedimientos paralelos de insolvencia (227 y ss).

⁹² Los artículos 227 y 230 reiteran la exigencia de reciprocidad. Se recoge también, fuera del campo señalado por el artículo 199, en el artículo 217 (presentación de créditos tributarios y de la Seguridad Social de otros Estados).

El Título IX, sin embargo, no contiene todas las normas de Derecho internacional privado de la Ley. Faltan las relativas a la competencia judicial internacional, que se recogen en el Título I, en el marco de la reglamentación de la jurisdicción y competencia en el procedimiento concursal. Por razones sistemáticas, probablemente, el legislador ha preferido dar en ese lugar un tratamiento global a dichas cuestiones, con inclusión de los aspectos internacionales. En cualquier caso, como la competencia judicial internacional se regula en el Reglamento, también en este punto las reglas españolas quedan desplazadas en las situaciones a las que el mismo se aplica, con arreglo a los mencionados criterios generales⁹³.

Las normas de Derecho internacional privado de la Ley, en definitiva, se aplican en ese terreno que deja sin regular el Reglamento y que antes ha quedado delimitado.

Interés especial presenta la regulación de la competencia en el artículo 10 de la Ley. Las reglas de competencia interna son aplicables siempre, pues el Reglamento deja la regulación de ese aspecto a los ordenamientos nacionales⁹⁴. Las reglas de competencia internacional, en cambio, son aplicables sólo cuando el centro de intereses principales del deudor se encuentra fuera de la Comunidad. Para la declaración y tramitación de un concurso principal, sin embargo, la Ley atribuye competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales españoles cuando se encuentre en España el centro de intereses principales del deudor. Se entiende por tal “el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses”. El concepto se ha tomado, como puede verse, del Reglamento. Puesto que las normas de éste se aplican cuando el deudor tiene dicho centro en España, parece que la norma española de competencia judicial internacional no se aplicaría nunca directamente en el caso del procedimiento principal⁹⁵. La única posibilidad de aplicarla derivaría del hecho de que prevaleciera en nuestro país una interpretación propia, distinta de la comunitaria, del concepto de “centro de intereses principales”. Por las razones de coherencia interna antes aducidas a favor del ajuste de la reglamentación estatal a la comunitaria, parece aconsejable, en todo caso, que la interpretación de ese concepto de la Ley Concursal se acomode a la interpretación comunitaria que vaya prevaleciendo, a la vista, en su caso, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

⁹³ En la presentación de las normas de Derecho internacional privado de la Ley, en el aludido apartado XI de la Exposición de Motivos, se incluyen también, como es natural, las normas de competencia judicial internacional.

⁹⁴ Considerando 15.

⁹⁵ Sí podría aplicarse como norma de competencia judicial internacional indirecta, es decir, en el campo del reconocimiento de decisiones extranjeras (artículo 220.1.3º de la Ley).

V. Consideración final

En este trabajo se ha pretendido solamente presentar el nuevo Derecho internacional privado de la insolvencia y contribuir a la clarificación de las relaciones entre los dos textos que van a tener que aplicar los jueces y tribunales españoles, Reglamento y Ley Concursal. La jurisprudencia irá señalando en el futuro los aspectos en los que sea necesario profundizar para mejorar la compleja reglamentación establecida.

Resumen

En este trabajo se presenta el cambio que ha tenido lugar recientemente en España en lo que se refiere al tratamiento de la situación concursal del deudor cuya actividad se encuentra en contacto con dos o más Estados. El anterior vacío normativo ha sido superado con la aparición de dos textos, el Reglamento CE sobre procedimientos de insolvencia y la Ley Concursal, cuyos respectivos ámbitos de aplicación necesitan ser clasificados.

Palabras clave: Situación concursal internacional, Derecho internacional privado de la insolvencia, Reglamento CE 1346/2000, normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal.

Summary

The EC Insolvency Regulation 2001 became effective in May 2002. The Spanish Insolvency Act 2003 will enter into force in September 2004. After describing the current status of insolvency in Private International Law, the paper analyses the scope of application of both the Regulation and the Act and their relationship. The Regulation applies only to intra-community insolvency proceedings (i.e., when the centre of the debtor's main interests is located within the territory of a Member State). The paper attempts to clarify the scope of the Regulation in various aspects, such as: international jurisdiction, choice of law, recognition of proceedings, interrelationship of parallel proceedings and the creditor's right to lodge claims and to receive information. Once the scope of the EC Insolvency Regulation has been clarified, the scope of the Spanish Insolvency Act can then be ascertained.