

Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia

Las modificaciones introducidas en el ámbito de la competencia judicial y su repercusión en el derecho interno

Faustino Javier Cordón Moreno

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Introducción

Con el mismo «objetivo de mejorar la eficacia y eficiencia en los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas» (considerando 8 del RPI 2000), el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia (RPI) actual persigue «mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones» (considerando 1). Entre ellas se encuentran las disposiciones en materia de competencia judicial internacional, única que, como es obvio, por la naturaleza de la norma, regula el reglamento. En las páginas que siguen me refiero a ellas —y lo haré desde la perspectiva del Derecho español— poniendo la atención en las modificaciones de nuestra legislación interna que vienen impuestas por algunas de las reformas introducidas en el este ámbito por el reglamento.

En la exposición prescindiré de las modificaciones introducidas en las normas atributivas de competencia judicial internacional, que no son sustanciales y tienden en gran medida a «evitar foros de conveniencia fraudulentos o abusivos» (considerando 29), para centrarme en las novedosas normas reguladoras de su control (arts. 4 a 6). Porque, a diferencia del anterior reglamento, que nada decía sobre la posibilidad de discutir la competencia, limitándose en el considerando 22 a apelar para la solución de este problema (y de otros) al «principio de confianza mutua», de forma que «la decisión del tribunal que lo incoe en primer lugar debería ser reconocida en los demás Estados miembros,

que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal», el reglamento actual prevé la posibilidad de controlar y discutir la competencia.

2. Carácter imperativo de las normas de competencia internacional: su control de oficio y también a instancia de parte

2.1. Dispone el artículo 4.1 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia: «El órgano jurisdiccional que reciba una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia examinará de oficio si es competente de conformidad con el artículo 3. La resolución de apertura del procedimiento de insolvencia especificará los motivos en los que se basa la competencia del órgano jurisdiccional y, en particular, si se basa en el apartado 1 (procedimiento de insolvencia principal) o en el apartado 2 del artículo 3 (procedimiento territorial)».

Es decir, las normas de competencia internacional son imperativas: se establece un control de oficio de este presupuesto procesal y se impone expresamente una motivación reforzada de la decisión («especificará los motivos y, en particular...»). Porque lo importante es que se respete el fuero legalmente establecido, se otorgan al juez amplias facultades: «En todo caso, cuando las circunstancias del asunto susciten dudas sobre la competencia del órgano jurisdiccional, éste debe exigir al

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

deudor que aporte pruebas adicionales que respalden sus declaraciones y, en caso de que la ley aplicable a los procedimientos de insolvencia lo permita, ofrecer a los acreedores la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la cuestión de la competencia jurisdiccional» (considerando 32).

Entiendo que estas normas del reglamento sobre el control de oficio de la competencia internacional y la motivación, así como su interpretación auténtica, deben servir para completar el artículo 10.4 de la Ley Concursal (LC), que regula el control de oficio de este presupuesto en el ordenamiento español: será aplicable la norma del artículo 38 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme al cual la abstención del juez, por entender que carece de jurisdicción, «se acordará de oficio, con audiencia de las partes y del ministerio fiscal, tan pronto como sea advertida la falta de competencia internacional»; pero ahora, junto a la audiencia preceptiva del ministerio fiscal, el juez «debe exigir» al deudor que aporte pruebas adicionales y, aunque la Ley Concursal no diga nada al respecto, «podrá» también prestar audiencia a los acreedores, porque este trámite no es incompatible con el régimen de control interno y porque puede ser útil para lograr el efecto fundamental que se pretende, que no es otro que fijar la competencia judicial conforme al criterio legal establecido de forma imperativa.

2.2. El reglamento regula también el control de la competencia internacional a instancia de parte en el procedimiento principal.

2.2.1. Al respecto, dispone el artículo 5.1 que el «deudor o cualquiera de los acreedores podrán impugnar ante un órgano jurisdiccional la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal por motivos de competencia internacional»; porque, como se dice en el considerando 34, «todo acreedor del deudor debe tener acceso a una tutela judicial efectiva frente a la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia».

Es discutible si la legitimación para impugnar la competencia internacional se extiende también al «acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud (de apertura del procedimiento), hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento», que, según el artículo 3.2 de la Ley Concursal, carece de legitimación para solicitar la declaración de concurso. En mi opinión, la respuesta debe ser afirmativa porque no se excluye su cualidad de parte en el procedimiento (art. 63.1 LEC) y porque la finalidad de la norma que excluye la legitimación es diferente de la perseguida con la impugnación de la competencia.

A diferencia del artículo 10.1 de la Ley Concursal —que está pensando exclusivamente en la declinatoria que se ha de plantear en los supuestos de concurso necesario y sólo para las cuestiones de competencia territorial—, esta norma prevé también la declinatoria en los supuestos de concurso voluntario (aunque obviamente su planteamiento queda excluido para el deudor) y para la denuncia de la falta de competencia judicial internacional.

2.2.2. Y completa el precepto en su apartado segundo: «La resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia principal puede ser impugnada (por motivos de competencia internacional) por otras partes distintas de las mencionadas en el apartado 1 [...], siempre que el Derecho nacional así lo establezca». En el Derecho español hay que entender que esta norma se remite al elenco de las personas legitimadas —para solicitar la declaración de concurso— distintas del deudor (o, en su caso, sus herederos) y los acreedores: en el

caso de una persona jurídica, los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquella (art. 3.3 LC); y en el caso del concurso de la herencia, su administrador. En el momento temporal en que la declinatoria puede plantearse no existen terceros interesados que puedan solicitar la intervención en el concurso (por ejemplo, en el incidente de oposición a la declaración de concurso necesario) y adquirir la cualidad de parte —al amparo del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— ni tampoco la administración concursal que es nombrada en el auto de declaración de concurso cuando la competencia internacional está ya fijada definitivamente.

- 2.2.3. Insisto en que esta posibilidad de denunciar por medio de la declinatoria la falta de competencia judicial internacional es una novedad del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, ya que no está prevista ni en el reglamento anterior ni en la Ley Concursal. La razón —a la que ya antes hice referencia— hay que buscarla en que la Ley Concursal acogió el criterio del reglamento del 2000, en el que nada se dice sobre la posibilidad de discutir la competencia (internacional), limitándose en su considerando 22 a apelar, para la solución de este problema (y de otros), al «principio de confianza mutua». Pues bien, el criterio debe entenderse modificado y la norma de este precepto del reglamento ha de ser incorporada a nuestro Derecho interno.
- 2.3. Continúa el considerando 34: «La consecuencia de la impugnación de la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia debe regirse por el Derecho nacional», en nuestro país, por las normas reguladoras de la declinatoria en la Ley

de Enjuiciamiento Civil (arts. 63 y ss.), aunque con las peculiaridades previstas en el artículo 11 de la Ley Concursal.

- 2.3.1. En los supuestos de concurso necesario, el planteamiento de la declinatoria por el deudor se ve facilitado por el carácter contradictorio que reviste su declaración en el sistema instaurado por la Ley Concursal: podrá hacerlo dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le hubiere emplazado para formular oposición. También podrán plantear la declinatoria (tanto en el concurso voluntario como en el necesario) los demás acreedores y los legitimados para solicitar la declaración de concurso (incluidos los acreedores cuya legitimación está excluida en el artículo 3.2 de la Ley Concursal, según antes decía), en el plazo de diez días a contar desde la última de las publicaciones del auto de declaración que se ordenan en el artículo 23.1 (art. 12.1 LC).
- 2.3.2. La previsión del control de oficio y, por tanto, el carácter imperativo de las normas que regulan este presupuesto excluyen, obviamente, la sumisión pactada entre el deudor y todos los acreedores con anterioridad a la declaración judicial de concurso a los tribunales de otro país. Se plantea la cuestión acerca de si, en defecto de control de oficio por parte del juez o a instancia de los legitimados para plantear la declinatoria, es posible admitir que se ha producido una sumisión tácita. En el sistema anterior de la quiebra, la jurisprudencia la admitió para la competencia territorial porque la alternativa sería admitir la posibilidad de plantear un incidente de nulidad de actuaciones cuando la falta de competencia fuera apreciada con posterioridad y tal posibilidad estaba excluida, dado que tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) como la Ley de

Enjuiciamiento Civil no consideran nulas las actuaciones realizadas con falta de competencia territorial. Sin embargo, tal conclusión no puede admitirse para la competencia judicial internacional fijada por normas imperativas porque en la hipótesis prevista sí estaría justificado el incidente de nulidad de actuaciones (causa primera de nulidad de los arts. 238 LOPJ y 225 LEC).

- 2.3.3. Como antes decía, considero aplicable a la declinatoria internacional la norma del artículo 12.2 de la Ley Concursal prevista en dicha ley para la competencia territorial interna. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil general (*cf.* art. 64 LEC), la interposición de la declinatoria internacional no tendrá efectos suspensivos del procedimiento concursal, aunque, según dispone la misma norma, en ningún caso podrá pronunciarse el juez sobre la oposición del concursado sin haber resuelto la cuestión de competencia planteada, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. La excepción: carácter dispositivo de las normas reguladoras de la competencia en los procedimientos de coordinación de los integrantes de un grupo de sociedades

En los casos en que se encuentren abiertos los procedimientos de insolvencia de diversas empresas integrantes de un grupo de sociedades ante tribunales de países diferentes, el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia prevé (como una de sus novedades) la posibilidad de tramitar un procedimiento de coordinación de ese grupo. La competencia para conocer de dicho procedimiento se atribuye a cualquiera de los órganos jurisdiccionales que la tienen atribuida para conocer del procedimiento de insolvencia de cualquiera de miembros del grupo (art. 61.1 RPI). No obstante, en caso de que se solicite el inicio del procedimiento de coordinación de grupo ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, todo órgano jurisdiccional distinto de aquel al que se

haya presentado la primera solicitud se inhibirá a favor de éste (art. 62).

Sin embargo, ambas normas tienen carácter dispositivo porque, según el artículo 66.1 del reglamento, «[c]uando al menos dos tercios de todos los administradores concursales nombrados en procedimientos de insolvencia de los miembros del grupo hayan acordado que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que sea competente es el más adecuado para el inicio del procedimiento de coordinación de grupo, dicho órgano jurisdiccional tendrá competencia exclusiva».

4. Alcance internacional de la jurisdicción

- 4.1. Dice el artículo 6.1 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia: «Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con éste». Una norma semejante se contiene en el artículo 13 de la Ley Concursal: en el ámbito internacional la jurisdicción del juez del concurso comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso.

El precepto del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia del 2015 menciona como típicas las acciones revocatorias, y en su considerando 35 se refiere también a «las acciones relacionadas con las obligaciones que surjan en el transcurso de los procedimientos de insolvencia, como los pagos anticipados de las costas procesales». Pero no son las únicas.

Obviamente, el problema se planteará a la hora de precisar el ámbito de estas acciones y, consiguientemente, del juez competente para conocer de los correspondientes conflictos; porque tanto el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia como la Ley Concursal se limitan a fijar un criterio general (el reglamento lo concreta en

los dos casos indicados): las acciones que no entren dentro de él no se ven afectadas por la fuerza atractiva del concurso y, por tanto, podrán ejercitarse ante otros tribunales distintos del juez competente para conocer de aquél, e incluso en vía arbitral. Precisamente, la exposición de motivos de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, al justificar la reforma del artículo 52.1 de la Ley Concursal para mantener la subsistencia de los convenios arbitrales después de la declaración de concurso, se refiere en su apartado IV a estas acciones calificándolas de «meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso». Y a continuación ejemplifica algunas de ellas: «Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal, los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura». Y también en el considerando 35 del reglamento se mencionan otras; en concreto, las acciones destinadas al cumplimiento de las obligaciones contraídas mediante contratos celebrados por el deudor con anterioridad a la apertura de los procedimientos.

4.2. Cuando una acción como la mencionada en el apartado 1 sea una acción conexa con otra en materia civil y mercantil interpuesta contra el mismo demandado, el administrador concursal podrá promover ambas acciones ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado el demandado o, en caso de que la acción se interpusiera contra varios demandados, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio esté domiciliado alguno de ellos, siempre que esos órganos jurisdiccionales sean competentes con arreglo a las normas establecidas por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 (art. 6.2). Tal puede ocurrir, por ejemplo, dice el considerando 35 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, cuando el administrador concursal desee ejercer una acción basada en el Derecho de insolvencia por la responsabilidad de un administrador junto con una acción basada en el Derecho de sociedades o en el Derecho general en materia de responsabilidad civil.

El artículo 6.3 completa el régimen disponiendo que, a los efectos del apartado 2, se considerarán conexas las acciones vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente.