

Procesal y Arbitraje

La prejudicialidad civil en el concurso de acreedores

La prejudicialidad civil en el concurso constituye una excepción al régimen general de esta institución en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Navarra

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Dentro del proceso civil general, el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la prejudicialidad civil en sentido estricto, lo cual requiere la concurrencia de estos tres requisitos: que la cuestión que se vaya a decidir constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, que no sea posible la acumulación de procesos y que lo pidan ambas partes o una de ellas, oída la contraria. Si concurren tales presupuestos, el precepto dispone que el juez «podrá» decretar la suspensión del curso de las actuaciones en el estado en que se hallen; el precepto otorga, por tanto, una facultad frente a la que la única alternativa que se abre —aparte de rechazar la prejudicialidad planteada por no concurrir los requisitos legales— es el reconocimiento al juez de la posibilidad de decidir la cuestión prejudicial *incidenter tantum*. Éste es el

criterio de algunas resoluciones judiciales (por ejemplo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, de 10 de febrero del 2014, JUR 2014\156593), pero la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre del 2010 (RJ 2010\7451) parece excluir tal posibilidad cuando afirma que la norma sobre prejudicialidad civil constituye una «excepción a la regla general (prevista en el artículo 10.1 LOPJ) de que los tribunales civiles pueden pronunciarse prejudicialmente sobre cuestiones, también civiles, que resulten antecedente lógico jurídico de la cuestión principal». De acuerdo con esta doctrina, concurriendo los requisitos de la prejudicialidad civil, el juez debe acordar la suspensión. Y esta posición, aunque contraria al tenor de la norma que contempla, como digo, una facultad, es mayoritaria en nuestros tribunales, según recuerda la Sentencia

del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, 31/2017, de 3 de mayo (AC 2017\727).

Distinto es el supuesto en que la cuestión prejudicial planteada en el proceso surja dentro de él, sin estar planteada como objeto principal en otro proceso pendiente. En tal caso, no se da el presupuesto primero —y lógico— para acordar la suspensión, a saber, la existencia de una resolución pendiente; la cuestión prejudicial (civil) no tiene carácter devolutivo y será decidida *incidenter tantum* por el propio juez en aplicación de la regla general del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) antes mencionada. En tal caso, si el proceso sobre la cuestión prejudicial se planteara con posterioridad, antes de que el juez la hubiera decidido (*incidenter tantum*), se ha discutido si el juez podría acordar la suspensión. A juicio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 4 de noviembre del 2010 (AC 2010\2295), «... la prejudicialidad es un instrumento de coordinación entre procesos en trámite para evitar el dictado de resoluciones contradictorias sobre una situación jurídica común y puede alegarse en cualquier momento en cuanto que, aun sobrevenidamente, vengan a darse las circunstancias previstas en el artículo 43»; y ello porque, como dijo el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 9 de diciembre del 2015 (JUR 2016\40128), «[e]s precisamente la conexión entre ambos objetos lo que justifica la prejudicialidad, no cuál de ellos se inició con anterioridad al otro».

2. Dentro del proceso concursal, el legislador dedica al tema el artículo 55.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal: «La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos

anteriores (adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, filiación, matrimonio y menores: art. 52.1) [...], directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal». Si bien se observa, no es una norma que regule la prejudicialidad en sentido estricto, sino una norma de atribución de jurisdicción, siquiera no «exclusiva y excluyente», sino a los solos efectos concursales (art. 52.2); en tal sentido, su redacción es semejante a la general del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y a la del artículo 42.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regula, dentro del proceso civil general, las cuestiones prejudiciales administrativas y sociales. Incluye tanto las cuestiones prejudiciales que son objeto principal de un proceso pendiente como las que no lo son, y lo hace, además, ampliando el concepto de *cuestión prejudicial*, ya que menciona no sólo aquellas cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal, sino también las que estén «directamente relacionadas con el concurso», que no parece que necesariamente deban tener eficacia prejudicial. Y, con respecto a las primeras, excepciona el régimen del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, excluyendo la posibilidad de que el juez del concurso pueda acordar su suspensión (del concurso o de cualquiera de sus secciones). Si bien se observa, y como antes decía, el precepto viene a recoger (con la ampliación del concepto de cuestión prejudicial arriba mencionada) la norma general del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, como había dicho el Tribunal Supremo (y antes veíamos), se hallaba excepcionada en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En consecuencia, el juez del concurso deberá decidir siempre las cuestiones prejudiciales, siquiera no se le atribuya jurisdicción plena para conocer de ellas, sino a los solos efectos

de su enjuiciamiento concursal, por lo que su decisión no surtirá efecto fuera del concurso de acreedores en que se produzca (art. 55.2 TRLC).

Se ha discutido si la norma se extiende también a los incidentes concursales que se puedan promover. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 9 de diciembre del 2015 (JUR 2016\40128), excluye tal extensión al confirmar la decisión del juez de lo Mercantil de suspender, por prejudicialidad civil, un incidente concursal en que el actor había solicitado el cumplimiento de determinados contratos de arrendamiento de industria concertados con la concursada; se funda en que se trataba de contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, por lo que la declaración de concurso no afectaba a su vigencia (*vide* arts. 61.2 y art. 158 TRLC), y en que la suspensión del incidente por prejudicialidad civil había sido solicitada por la concursada demandada basándose en la existencia de dos procedimientos en los que (la entidad concursada) había solicitado frente a la actora la nulidad de la relación jurídica que con ella le unía y la resolución de los contratos por incumplimiento.

3. Si la jurisdicción que el artículo 55.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal atribuye al juez del concurso sobre las cuestiones prejudiciales (en nuestro caso civiles) en el sentido antes visto se extiende a todas ellas (sean o no objeto de un proceso pendiente), pero no es plena (lo es a los solos efectos concursales), ello quiere decir que la comparte con el juez que sea objetivamente competente para conocer de ellas, ante el que se podrán plantear con posterioridad para su decisión con plenitud de jurisdicción. La cuestión que plantea el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, núm. 312/2017, de 4 de octubre (JUR 2018\54767), es si tal

jurisdicción se extiende también a las cuestiones prejudiciales de cuya resolución depende la declaración misma de concurso que ya se había realizado y, en caso afirmativo, cuál es el cauce para hacerlas valer. El supuesto planteado era el siguiente: frente al auto de declaración de concurso (voluntario) de una sociedad se promovió una doble vía de actuación: por un lado se interpusieron los recursos de reposición y posterior apelación, que fueron desestimados, y, por otro, se formuló, por el cauce del incidente concursal, una demanda de impugnación del acuerdo societario de solicitar la declaración de concurso, requiriendo la decisión del juez del concurso al amparo del artículo 9.1 de la Ley Concursal (actual art. 55.1 TRLC) por entender que se trataba de una cuestión prejudicial de la declaración de concurso; es decir, la parte demandante articula el ejercicio de la acción impugnatoria como una cuestión prejudicial que ha de resolver no ya el Juzgado de lo Mercantil objetivamente competente, sino el juez del concurso, y lo hace promoviendo un incidente (concursal) dentro del proceso concursal incoado a raíz del acuerdo social impugnado, citando a tal efecto el artículo 9.1 de la Ley Concursal del 2003 (art. 55.1 TRLC).

En primera instancia el juez rechazó el incidente y decretó de plano el archivo del procedimiento con el siguiente razonamiento:

Este artículo 9 de la Ley Concursal (55.1 TRLC) que se refiere al conocimiento del juez del concurso de las cuestiones prejudiciales civiles no debe servir de pretexto para perseguir la finalidad de no admisión del concurso, que es lo que late en la presentación de tal demanda. La Ley Concursal frente a ello contempla la vía del recurso de apelación, que de manera generosa el juzgado ha concedido al ahora demandante, y ésa es la vía que la parte deberá explorar en sus intereses, sin que queda dar trámite a esta solicitud en el cauce del incidente concursal.

Sin embargo, la audiencia no mantiene este criterio. A su juicio, estamos ante una cuestión prejudicial en sentido estricto: «Si la solicitud de la sociedad de ser declarada en concurso de acreedores trae causa —como no podía ser de otro modo al ser un concurso voluntario— del acuerdo adoptado por su consejo de administración, parece claro que la validez de dicho acuerdo constituye un presupuesto para la puesta en marcha del procedimiento concursal, ya que, caso de estimarse la acción impugnatoria, su anulación podría comportar el archivo del procedimiento concursal incoado con carácter voluntario (y, previamente, la denegación de la solicitud de concurso voluntario). La íntima conexión entre ambas cuestiones se antoja meridiana». Y, si ello es así, el juez del concurso tiene atribuida jurisdicción para decidir sobre ella, tanto en la fase de admisión de la solicitud (art. 10 TRLC) a los efectos de la declaración de concurso voluntario como de su eventual revocación posterior si tal declaración ya se hubiera realizado, siquiera los efectos de su resolución queden limitados al procedimiento concursal. Y, como antes veíamos, no es obstáculo para ello que la cuestión esté planteada como objeto principal en un proceso seguido ante el órgano judicial objetivamente competente; el juez del concurso debe pronunciarse sobre ella, sin que pueda acordar la suspensión del concurso hasta que dicte resolución el juez competente. Y para ello no es necesario acudir al argumento —que utiliza el auto— de que, aunque la acción de impugnación del acuerdo no sea una acción «con trascendencia patrimonial que se dirija[n] contra el patrimonio del concursado», el juez del concurso es quien se encuentra en las mejores condiciones para conocer de las circunstancias en que se tomó dicho acuerdo de solicitar el concurso y en las que se fundamenta la impugnación de éste;

y no lo es porque la jurisdicción le viene atribuida por el artículo 55.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal en los términos antes dichos.

La cuestión que se plantea, por lo tanto, no es de jurisdicción, sino de determinar el cauce a través del cual debe hacerse valer tal cuestión dentro del concurso y que, en el caso de ser estimada, determinará la revocación de su declaración; y, más en concreto, si el cauce adecuado es el del incidente concursal. En opinión de la audiencia, no estamos en puridad ante un incidente que tramitar conforme a las disposiciones contenidas en los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal (arts. 532 y ss. TRLC), porque, aunque la validez del acuerdo societario es presupuesto de su eficacia, lo cierto es que se trata de una cuestión previa al concurso, no derivada de él, lo que, unido a la previsión expresa de los artículos 207 de la Ley de Sociedades de Capital y 249.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al hecho de que el juicio ordinario ofrece un cauce en el que las partes pueden plantear sus pretensiones y motivos de oposición con mayor flexibilidad y plenitud, nos lleva a concluir de preferente aplicación el artículo 249.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que prevé el cauce del procedimiento ordinario) como norma especial frente a los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal (arts. 532 ss. TRLC). A mi juicio, en cambio, ninguno de los dos cauces indicados son los adecuados porque ambos son procedimientos plenarios en los que su resolución produce eficacia de cosa juzgada y, en el caso, la cuestión deberá decidirla el juez del concurso *incidenter tantum*; y para que pueda hacerlo bastará, como dispone el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con que lo pidan ambas partes o una de ellas, oída la contraria.