# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
# SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 16 de octubre de 2008 [1]

## I. Introducción

1. No todos los deudores tienen un padre como Goriot. La generosidad y las almas nobles no abundan en el imperio del mercado, pues los comerciantes carecen de las ventajas que permitían a Delphine y Anastasie, hijas desagradecidas y vanidosas, vivir y entramparse desaforadamente a costa de su entregado progenitor, que murió en la más completa ruina bendiciendo a su prole. [2]

2. La insolvencia de una empresa no es ninguna comedia humana, pero los comportamientos desesperados de quienes no pueden afrontar sus pagos se remontan a los orígenes de la humanidad. El derecho intenta combatir las artimañas de los morosos en apuros, aunque a veces, al poner en funcionamiento sus normas, tropieza con dificultades, como las que ha detectado el Bundesgerichtshof (tribunal supremo alemán) al abordar el presente asunto.

3. En esta tesitura, el referido alto órgano ha planteado, con arreglo al artículo 68 CE, dos cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia para que interprete el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, [3] así como el artículo 2, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) nº 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [4]

4. El tribunal remitente quiere esclarecer si la acción revocatoria concursal está sometida a los dictados del Reglamento nº 1346/2000 o a los del Reglamento nº 44/2001, al objeto de determinar el órgano jurisdiccional adecuado para dirimir un litigio transfronterizo.

1 — Lengua original: español.
2 — H. de Balzac, «Papá Goriot», *La comedia humana,* Ed. EDAF, Madrid, 1972, tomo I, pp. 993 y ss.
3 — Reglamento del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (DO L 160, p. 1).
4 — Reglamento del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO 2001, L 12, p. 1).

5. Las acciones revocatorias concursales hunden sus raíces en la acción pauliana, un mecanismo de tutela civil que protege a los acreedores frente a las disposiciones patrimoniales realizadas por sus deudores con ánimo defraudatorio. Resulta necesario, por tanto, profundizar en la evolución y el estado actual de ambos cauces, haciendo una exégesis de los Reglamentos citados que conduzca al órgano jurisdiccional correcto.

## II. Los hechos

6. Frick Teppichboden Supermärkte GmbH (en adelante, «deudora») pagó 50.000 euros a Deko Marty Belgium NV (en adelante, «la demandada») el 14 de marzo de 2002. Aunque la demandada es una sociedad belga radicada en Bélgica, el valor se ingresó en una cuenta bancaria a su nombre en el KBC Bank de Düsseldorf, Alemania.

7. Al día siguiente, la deudora solicitó el inicio de un procedimiento de insolvencia ante el Amtsgericht Marburg, petición que fue estimada el 1 de junio de ese mismo año. En el auto de apertura del procedimiento, se nombró síndico al Sr. Christopher Seagon (en adelante, «demandante»).

8. Ejercitando una acción revocatoria, el demandante reclamó ante el Landgericht Marburg la devolución de los 50.000 euros cobrados por la demandada.

9. El Landgericht analizó en pieza separada la pretensión del demandante, rechazándola por inadmisible, al entender que los órganos jurisdiccionales alemanes no podían juzgar la acción de la actora, pues la demandada tiene su domicilio en otro Estado (Bélgica) y el Reglamento nº 1346/2000 no se aplica a las acciones revocatorias concursales. Contra esta resolución se interpuso recurso, en última instancia, ante el Bundesgerichtshof.

## III. Marco jurídico

### A. *El marco jurídico comunitario*

#### 1. El Reglamento nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia

10. El litigio versa sobre la interpretación de las normas de competencia judicial internacional de la ordenación comunitaria de insolvencias. No obstante, conviene apreciar el contexto jurídico *global* que afecta a los

conflictos de leyes en esta materia, estudiando también las reglas de ley aplicable y de reconocimiento de decisiones.

11. El artículo 3, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1346/2000 enuncia las normas de competencia judicial atinentes a los procedimientos de insolvencia con vínculos comunitarios.

«*Artículo 3*

Competencia internacional

1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

2. Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dichos procedimientos se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro.

[…]»

12. Las normas de ley aplicable del Reglamento nº 1346/2000 están estrechamente ligadas al precepto recién citado. Así, en el artículo 4 prescribe:

«*Artículo 4*

Legislación aplicable

1. Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, denominado en lo sucesivo "el Estado de apertura."

2. La ley del Estado de apertura determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de -insolvencia. Dicha ley determinará en particular:

[…]

m) las normas relativas a la nulidad, anulación o inoponibilidad de los actos perjudiciales al conjunto de los acreedores.»

13. En lo concerniente a los actos de disposición en perjuicio de los acreedores, el artículo 13 modula el tenor del precepto citado en el punto anterior.

«*Artículo 13*

Actos perjudiciales

No se aplicará lo dispuesto en la letra m) del apartado 2 del artículo 4 cuando el que se haya beneficiado de un acto perjudicial para los intereses de los acreedores pruebe que:

— dicho acto está sujeto a la Ley de un Estado miembro distinto del Estado de apertura, y que

— en ese caso concreto, dicha Ley no permite en ningún caso que se impugne dicho acto.»

14. El Reglamento nº 1346/2000 se introduce en el terreno del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en su capítulo nº II. En este asunto cobran una especial relevancia los artículos 16, apartado 1, y 25, apartados 1 y 2.

«*Artículo 16*

Principio

1. Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura.

[…]

*Artículo 25*

Reconocimiento y carácter ejecutorio de otras resoluciones

1. Las resoluciones relativas al desarrollo y conclusión de un procedimiento de insolvencia dictadas por el tribunal cuya resolución de apertura deba reconocerse en virtud del artículo 16, y el convenio aprobado por dicho

tribunal se reconocerán asimismo sin otros procedimientos. Tales resoluciones se ejecutarán con arreglo a los artículos 31 a 51, con excepción del apartado 2 del artículo 34 del presente Reglamento, del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil o mercantil modificado por los Convenios de adhesión a dicho Convenio.

Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones, incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste.

Lo dispuesto en el párrafo primero se aplicará asimismo a las resoluciones relativas a las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.

2. El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones distintas de las contempladas en el apartado 1 se regirán por el Convenio contemplado en el apartado 1, en la medida en que sea aplicable dicho Convenio.»

2. El Reglamento nº 44/2001

15. Las normas generales sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales se recogen en el citado Reglamento nº 44/2001, cuyo contenido da forma comunitaria al sustituido Convenio de Bruselas de 1968. En su primer enunciado, al ordenar el ámbito de aplicación del Reglamento, se afirma:

«*Artículo 1*

1. El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.

2. Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

[…]

b) la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;

[…]»

B. *El marco jurídico nacional*

16. En el derecho alemán de quiebras, las medidas de protección de la masa activa radican en los artículos 129 y siguientes de la Insolvenzordnung (código de procedimientos concursales), de 5 de octubre de 1994.

17. El ordenamiento germano carece, no obstante, de reglas específicas sobre competencia judicial internacional para las acciones revocatorias concursales. En línea con lo sucedido en el Reglamento nº 1346/2000, la Insolvenzordnung no acoge en sus artículos 3 y 102, al tratar la competencia judicial internacional, ningún aspecto que afecte expresamente a las paulianas.

18. A pesar del silencio legislativo, el Bundesgerichtshof, en sentencia de 11 de enero de 1990, ha confirmado que estas acciones derivan del procedimiento concursal, hallándose íntimamente ligadas a su tramitación. [5] La referida resolución recayó en un litigio sobre la competencia judicial de los tribunales de la República Federal, en un procedimiento concursal con vínculos en otros Estados miembros. La calificación que realiza el Tribunal supremo alemán de las revocatorias se produce después de analizar el artículo 1 del citado Convenio de Bruselas (hoy Reglamento nº 44/2001), cuyo tenor eludía las quiebras en sus dictados. El órgano jurisdiccional falló que no era de aplicación el Convenio, pues la revocatoria estaría comprendida bajo la cobertura de la «quiebra» y, por consiguiente, al margen de las normas de competencia ahí previstas.

## IV. Las cuestiones prejudiciales

19. Mediante resolución de 21 de junio de 2007, el Bundesgerichtshof planteó al Tribunal de Justicia estas cuestiones prejudiciales, al hilo de la contienda instada por el síndico, Sr. Christopher Seagon, contra Deko Marty Belgium NV:

«1) ¿Son competentes internacionalmente, según el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, los tribunales

5 — Sentencia del Bundesgerichtshof de 11 de enero de 1990 (IX ZR 27/89).

del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia sobre el patrimonio del deudor, para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado que tiene su domicilio estatutario en otro Estado miembro?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión;

2) ¿Se encuentra recogida la acción revocatoria por insolvencia en el artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento sobre la competencia judicial?»

20. Han depositado observaciones, dentro del plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, el demandante y la demandada en el litigio principal, los Gobiernos de la República Helénica y de la República Checa, así como la Comisión.

21. En la vista, celebrada el 11 de septiembre de 2008, han comparecido para exponer oralmente sus alegaciones la representante legal del Sr. Seagon, así como los agentes de los Gobiernos de la República Helénica y el de la Comisión Europea.

## V. La primera cuestión prejudicial

22. El órgano remitente ha elevado al Tribunal de Justicia una cuestión que requiere un análisis conceptual previo. En esencia, se trata de discernir si una acción civil, en este asunto, la acción revocatoria concursal, se integra en el procedimiento de insolvencia por razón de su ligazón con la quiebra. Para empezar, conviene prestar especial atención a la citada acción, estudiando su nacimiento y su posterior desarrollo.

### A. *La acción revocatoria concursal en el derecho conflictual comunitario*

#### 1. Origen y evolución de la acción revocatoria en el derecho concursal

23. La protección del acreedor frente a las maniobras torticeras de los deudores se ha perfeccionado considerablemente con el

curso de los tiempos. El derecho romano dio cuerpo a las primeras elucubraciones jurídicas de esta preocupación, aunque sus comienzos no se han caracterizado como un modelo de moderación y equidad. [6]

24. La *actio per manus iniectio*, manifestación primitiva de la acción revocatoria, constituía un instrumento ejecutivo que otorgaba al acreedor el derecho de vender al deudor como esclavo, incluso junto con su familia, o de matarlo, si se probaba el crédito por sentencia o por confesión. [7] La Ley de las XII Tablas, en su Tabla III, ratificaba con suma expresividad la dureza del régimen procesal romano, cerrando el capítulo relativo a los créditos con la famosa máxima *adversus hostem aeterna auctoritas esto* (por esto, eterna autoridad contra el enemigo). [8]

25. Alrededor de los años 150 al 125 a. de C. un pretor de nombre Paulus, del que poco se sabe, [9] contribuyó a superar el formalismo de las acciones civiles primitivas, articulando una idea de carácter personal y discrecional, que permitía al acreedor rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio. [10] Siglos después, el Digesto corroboró la versión más sofisticada de la *actio pauliana,* como resultado de su fusión, en la configuración clásica, con el *interdictum fraudatorium*. [11] A partir de este momento se construye la *pauliana*, basada en la *alienatio* (alienación), el *eventus fraudis* (perjuicio), el *fraus* (fraude) y la *participatio fraudis* (conocimiento del fraude).

26. Dos mil años representan tiempo suficiente para que progresen el derecho y sus operadores. Sin embargo, el genio de los juristas romanos consiguió que la acción pauliana mantuviera intactos sus principales rasgos de identidad hasta la actualidad. A pesar de las diferencias entre los ordenamientos de los Estados miembros, hay un

6 — El romanista español Xavier D'Ors iniciaba una obra, calificando la revocación de los actos fraudulentos como uno de los puntos más difíciles y disputados de todo el derecho romano *(El interdicto fraudatorio en el derecho romano clásico,* Roma-Madrid, 1974, p. 1).

7 — El procedimiento de la *manus iniectio* se tramitaba así: pasados treinta días desde que se dictara la sentencia en juicio declarativo sin que el deudor hubiera pagado, el acreedor llevaba al deudor, por la fuerza si era necesario, ante el magistrado y pronunciaba «pues tú fuiste condenado a pagarme diez mil sestercios y no me los has pagado, por esto procedo apoderarme de ti juzgado en diez mil sestercios» (Gayo 4, 21).

8 — Para unos comentaristas, la expresión prueba la existencia de una regla de imprescriptibilidad de los créditos personales. Para otros, la alusión al «enemigo» se refiere a quienes no gozaban de la ciudadanía romana, contra los que el acreedor podía dirigirse en cualquier momento. Sin aventurar la lectura correcta, por desproporcionada o por discriminatoria, el derecho de Roma avanzó por derroteros más sutiles.

9 — El misterioso pretor Paulus ha dado pie a un gran debate entre los romanistas: para unos, se trataría del jurisconsulto Paulo, prefecto pretoriano en el 222 a. de C. Para otros, la evolución del nombre proviene de un proceso que se desarrolla en el periodo bizantino. Así lo relata Planiol, M., *Traité élémentaire de droit civil*, 8ª ed., París, LGDJ, 1920-1921, nº 1413 y, con mayor detalle, Collinet, P., «L'origine byzantine du nom de la Paulienne», *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 43, 1919.

10 — Ankum, J.A., *De geschiedenis der «actio pauliana»,* Zwolle Tjeenk Willink, 1962; Coing, H., «Simulatio und Fraus in der Lehre des Bartolus und Baldus», en *Festschrift P. Koschaker,* tomo III, 1939, pp. 402 y ss.; D'Ors, X., *op. cit.,* p. 203; Gutiérrez, F., *Diccionario de Derecho Romano,* Editorial Reus, Madrid, 1982, p. 25, y Torrent, A., *Manual de Derecho Privado Romano,* Librería General, Zaragoza, 1995, p. 381.

11 — Digesto, libro XXII, tomo I, 38.4: «También se deben restituir los frutos de la acción fabiana y en la pauliana, por la que se revoca lo enajenado en el fraude de los acreedores, pues el pretor interviene para que todo quede como si nada se hubiese enajenado, lo que parece justo, pues la palabra "restituirás" que el pretor usa en este edicto tiene un sentido lo bastante amplio como para comprender la restitución de los frutos» (Paulo 6 ad Plaut.).

código genético común a las soluciones que proporcionan frente a los actos de disposición patrimonial en fraude de acreedores. Así, la acción pauliana se construye hoy día como una excepción al efecto relativo de los contratos, decayendo la regla de que quien sea ajeno al contrato no puede beneficiarse ni sufrir sus consecuencias jurídicas. [12] En su mayoría, los ordenamientos nacionales reconocen que la esencia de la pauliana no implica el *resarcimiento,* sino la *preservación* de los derechos del acreedor sobre el patrimonio del deudor. En la óptica procesal, la acción se ejercita contra el tercer adquirente del bien litigioso, aunque con frecuencia se cita al deudor, al objeto de que la sentencia dictada le sea oponible.

27. La evolución de la pauliana en el ámbito concursal ha experimentado importantes matizaciones. [13] La primera ruptura aparece en el *nomen,* pues los ordenamientos concursales bautizaron la institución con el nombre de «acción revocatoria». [14] La divergencia esencial entre la pauliana civil y la revocatoria concursal radica en los efectos que producen, pues el régimen general los limita a los acreedores individuales demandantes, mientras que las normas del concurso los extiende al conjunto de la masa, redundando, por tanto, en beneficio de todos los acreedores, rasgo típico convertido en principio general del derecho concursal bajo el adagio latino de la *par conditio creditorum.* [15]

28. En algunos derechos nacionales, como el francés, la distinción entre la institución civil y la concursal se extiende también al régimen de las nulidades, pues el síndico de la quiebra puede obtener la nulidad de pleno derecho de determinados actos, algo que en el régimen común de la pauliana se circunscribe a la anulabilidad. [16] Esta última peculiaridad se da también en el sistema británico, donde los actos de disposición se declaran nulos de pleno derecho, si bien dependiendo del motivo que los justifica. [17] Conviene resaltar igualmente que el ámbito concursal se ha alejado del elemento subjetivo de la pauliana, por el que el demandante debía probar la voluntad fraudulenta del deudor. En contraste con su homóloga civil, las normas de la revocatoria concursal suelen introducir presunciones de tal engaño, invirtiendo así la carga de la prueba. [18]

12 — Principio que la máxima latina define como *res inter alios acta aliis neque nocere, neque prodesse potest.*

13 — Forner Delaygua, J.J. (ed.), *La protección del crédito en Europa: la acción pauliana,* Bosch, Barcelona, 2000, realiza un análisis comparado sobre la acción pauliana, tanto en el plano civil como en el concursal.

14 — También calificada «acción rescisoria», donde se englobarían otras acciones específicas para la reintegración de la masa activa.

15 — Hay varias denominaciones del principio, así como concepciones divergentes, según apunta Beltrán, E., «Artículo 49», en Rojo, A., y Beltrán, E., *Comentario a la Ley Concursal,* Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, p. 990: igualdad de tratamiento de los acreedores, comunidad de pérdidas, concursalidad o proporcionalidad. En el derecho alemán, Balz, M., y Landfermann, H.-G., *Die neuen Insolvenzgesetze,* 2ª ed., Düsseldorf, 1999.

16 — En el derecho francés, Terré, F., Simler, P., y Lequette, Y., *Droit Civil. Les obligations,* Ed. Dalloz, 7ª ed., París, 1999, pp. 969 y 970.

17 — Goode, R., *Principles of Corporate Insolvency Law,* Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2005, pp. 411 a 413.

18 — En el ordenamiento italiano, por ejemplo, el Real Decreto 267/1942 modificó los artículos 708 y siguientes del Código de Comercio de 1885, a fin de eliminar los requisitos subjetivos en los concursos. El derecho español ha renunciado igualmente a la prueba del fraude en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.

29. Otra muestra más de la autonomía de la acción revocatoria respecto de la pauliana común reside en el carácter subsidiario de esta última, pues el síndico sólo puede ejercitar la acción civil cuando no se reúnan las condiciones previstas en el derecho concursal para ampararse en la revocatoria (habitualmente, los plazos de prescripción recogidos en la legislación de insolvencias). [19]

## 2. La acción revocatoria concursal y las normas comunitarias de competencia judicial internacional

30. El derecho derivado comunitario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han ocupado de la acción pauliana civil y de su homóloga concursal, constatándose que en la Unión se ha perpetuado la separación entre la acción contemplada en el derecho general de obligaciones y la figura específica del entorno de las insolvencias, separación particularmente importante en las reglas conflictuales, pues la calificación en un sentido o en otro conduce a resultados diferentes.

31. En el asunto Reichert [20] el Tribunal de Justicia abordó un problema interpretativo, discutiéndose si la acción pauliana quedaba sometida al foro que marcaba el antiguo Convenio de Bruselas (hoy Reglamento nº 44/2001) para una acción personal o para una acción real. El litigio enfrentaba al matrimonio Reichert y al Dresdner Bank, por la donación fraudulenta de un inmueble en Francia, en favor del hijo de ambos cónyuges. El Dresdner Bank ejercitó la acción pauliana contra los Sres. Reichert ante los tribunales de la República Francesa, país donde se ubicaba el inmueble, acudiendo así al *locus rei sitae*. Impugnada la competencia del juzgado galo, el Tribunal de grande instance de Grasse planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, interrogándole sobre la aplicación del Convenio de Bruselas a una pauliana civil.

32. El Tribunal de Justicia examinó la calificación de la acción, estimando que se trataba de una acción personal y no real, por lo que no se acogía a la competencia del *locus rei sitae*. La sentencia estudió la naturaleza de la pauliana en el derecho francés, para resolver que tiene «su fundamento en el derecho de crédito, derecho personal del acreedor frente a su deudor, con objeto de proteger la garantía que el patrimonio del segundo supone para el primero. Si prospera la acción, hace ineficaz frente al acreedor que la interpuso el acto dispositivo realizado por el deudor en fraude de su derecho». [21] Aunque no lo decidió expresamente, de la resolución se desprende

19 — En el sistema francés cabe destacar la sentencia de la Cour de cassation (sala mercantil) de 8 de octubre de 1996. Idéntica solución ofrece el derecho español, donde, según la doctrina, la pauliana es subsidiaria de la revocatoria concursal. Así lo sostiene León, F., «Artículo 71. Acciones de reintegración», en Rojo, A., y Beltrán, E., *op. cit.*, pp. 1319 y 1320.

20 — Sentencia de 10 de enero de 1990, Reichert y Kockler (C-115/88, Rec. p. I-27).

21 — *Ibid,* apartado 12.

la competencia de los tribunales del Estado del domicilio del demandado. [22]

33. Después de esta aparición de la acción en su vertiente civil, los acontecimientos han variado significativamente al topar con la revocatoria concursal. Una vez más, las normas del Convenio de Bruselas de 1968 facilitaron al Tribunal de Justicia, en el asunto Gourdain, [23] la tarea de definir este tipo de acciones, rechazando la aplicación del Convenio de Bruselas, cuando la acción emprendida se vinculara con un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos.

34. Ya se sabe que el entonces artículo 1, apartado 2, número 2, del Convenio de Bruselas, al igual que el vigente artículo 1, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 44/2001, excluía de su órbita determinadas materias, como «las quiebras, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos». La sentencia Gourdain entendió que las acciones concursales formaban parte de tales «procedimientos análogos», pero lo condicionó a que las citadas acciones «sean consecuencia directa de la quiebra y se mantengan estrictamente dentro del marco de un procedimiento de liquidación de bienes o de suspensión de pagos con las referidas características». [24]

35. Por tanto, mientras el Tribunal de Justicia ha emplazado a la acción pauliana civil en el contexto del Convenio de Bruselas, ha dejado a las revocatorias concursales fuera de su influencia, por considerar que la letra del artículo 1, apartado 2, número 2, las expulsaba de sus normas conflictuales.

36. Debo subrayar que la sentencia Gourdain basaba esta exclusión en la *relación directa* entre la acción y el procedimiento de insolvencia. [25] Sin embargo, la resolución del Tribunal de Justicia no propone una noción autónoma comunitaria de las acciones revocatorias. Al contrario, prefiere asentar unos criterios generales, ahora sí comunitarios, para aplicarlos eventualmente a las acciones contempladas en los ordenamientos nacionales. [26] Semejante metodología condujo al Tribunal de Justicia a reconocer la existencia de una relación entre el concurso y la acción del derecho galo (cuestionado en el asunto

22 — Postura reiterada en la sentencia de 26 de marzo de 1992, Reichert y Kockler (C-261/90, Rec. p. I-2149). Borrás, A., en *Revista Jurídica de Catalunya,* 1990, pp. 1133 y ss., y 1992, pp. 2149, ha comentado ambas sentencias. Asimismo, Forner Delaygua, J.J., «La acción pauliana ante el TJCE», *Revista de Instituciones Europeas,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 635 a 637.

23 — Sentencia de 22 de febrero de 1979 (133/78, Rec. p. 733).

24 — *Ibid,* apartado 4.

25 — Bermejo Gutiérrez, N., y Rodríguez Pineau, E., «Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal», InDret, nº 4, 2006, pp. 22 a 23, y Enriques, L., y Gelter, M., «Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection», *European Business Organization Law Review,* nº 7, 2006, p. 440.

26 — Lo que ha desembocado en una aplicación «nacional» de la doctrina Gourdain, adaptada a cada acción revocatoria concursal, como demuestran las resoluciones, entre muchas otras, del Tribunal de Bari (Italia), de 27 de enero de 2004, RDIPP, 2004, pp. 1386 a 1390; del Arrondissementsrechtbank Leeuwarden, de 31 de mayo de 1979; de la High Court, Chancery Division (Manchester), de 5 de mayo de 2005, ILP, 2005-9, pp. 552 y ss.; y de la Cour de Cassation (Chambre commercial), de 24 de mayo de 2005, RCDIP, vol. 94, 2005, pp. 489 y ss. Al respecto, Bermejo Gutiérrez, N., y Rodríguez Pineau, E., *op. cit.,* pp. 22 y 23.

principal de esa resolución), atendiendo a varios argumentos: en primer lugar, que la acción sólo se entabla, según el ordenamiento francés, que regía el procedimiento principal, ante el tribunal que declara el concurso; en segundo lugar, que únicamente un síndico o el tribunal (de oficio) pueden ejercitar la acción; en tercer lugar, que la acción se esgrime en nombre y en interés de la masa; y en cuarto lugar, que en las normas concursales se prevé un plazo de prescripción distinto. [27]

37. En el horizonte del derecho derivado, las acciones revocatorias concursales no recibieron la misma atención. El Reglamento nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, parece ciertamente ambiguo en este extremo, en el que me detengo más adelante.

38. Mención aparte merece, no obstante, el Convenio de Bruselas de 1995, relativo a los procedimientos de insolvencia, proyectado bajo los auspicios de la Comunidad Europea, que fracasó por no lograr la adhesión de todos los Estados miembros. [28] Aunque el contenido del frustrado instrumento es parejo al del Reglamento nº 1346/2000, sus preceptos estaban acompañados de un informe explicativo, preparado y negociado entre los Estados miembros. [29] El documento fue elaborado por el profesor de la Universidad Autónoma de Madrid Miguel Virgós Soriano y por el magistrado luxemburgués Etienne Schmit, quienes participaron igualmente en la redacción del Convenio. [30] En el punto 77 del Informe, sus autores señalan con autoridad que, aunque el texto no proclamaba el principio procesal de *vis atractiva concursus,* sí lo abordaba en parte. Citando de manera literal la sentencia Gourdain, insisten en que hay un elemento de atracción, cuando «las acciones [….] se derivan directamente del derecho concursal y […] se insertan estrechamente en el procedimiento de insolvencia». Acaban añadiendo que, en buena lógica, «tales acciones, para evitar lagunas injustificables entre ambos Convenios, quedan ahora sometidas al Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia *y a sus reglas de competencia».* [31]

## 3. Recapitulación

39. La regulación de los procedimientos de insolvencia se ha alejado significativamente de las disposiciones civiles generales, hasta el extremo de que la tradicional *actio pauliana* se ha convertido en un mecanismo bien distinto en el derecho concursal de los Estados miembros. El Tribunal de Justicia se

27 — Sentencia Gourdain, apartado 5.

28 — El Convenio, abierto a la firma en Bruselas el 22 de noviembre de 1995, fue rubricado ese día por los plenipotenciarios de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Austria, Portugal, Finlandia y Suecia.

29 — Documento del Consejo nº 6500/1/96 REV1 DRS (CFC).

30 — La autoría de este escrito explica que se denomine habitualmente «Informe Virgós/Schmit».

31 — La cursiva es mía.

pronunció sobre ambas acciones al resolver conflictos de jurisdicción comunitarios, sujetando las civiles a los foros generales del Convenio de Bruselas (actualmente, al Reglamento nº 44/2001) y excluyendo a las revocatorias concursales. Como las normas de competencia judicial internacional no se aplican a las quiebras ni a los «procedimientos análogos», el Tribunal de Justicia ha entendido que las acciones revocatorias, aunque no cuenten con una definición autónoma comunitaria, forman parte de dichos procedimientos cuando estén íntimamente ligadas a su tramitación. Esta unión se determina atendiendo a la naturaleza de cada acción, tal como se configure en su ordenamiento nacional.

40. Este marco regulador y jurisprudencial constituía el derecho vigente con anterioridad al Reglamento nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Estimo inevitable esclarecer, a continuación, si la aprobación de esta norma ratifica o modifica las afirmaciones expuestas.

B. *Las acciones revocatorias concursales y el Reglamento nº 1346/2000*

41. La cuestión planteada por el Bundesgerichtshof puede reducirse a una sencilla pregunta: ¿El artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, al recoger las disposiciones de competencia judicial en materia de insolvencia, incluye las acciones revocatorias concursales, aunque no lo haga en términos expresos?

42. Contrariamente a lo defendido por la demandante y la demandada, no creo que, en el presente asunto, haya lagunas en el ordenamiento comunitario. La analogía entra en juego cuando el derecho no ofrece una salida al dilema. Al no haber norma aplicable, la analogía permite al operador jurídico invocar otra norma con la que exista identidad de razón y materia, [32] algo que no sucede en este litigio, pues hay reglas aplicables (el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000) y otros preceptos en el mismo texto que coadyuvan a resolverlo.

43. Más bien, aquí surge un escollo interpretativo, que reclama la exégesis del citado artículo 3, apartado 1. Las dudas del alto órgano remitente radican en esa operación. No hay laguna, sino una labor hermenéutica que realizar.

1. El Reglamento nº 1346/2000 y sus normas de conflicto

44. El Reglamento nº 1346/2000 guarda un aparente silencio sobre la competencia judicial para el ejercicio de la acción revocatoria

32 — Sobre el concepto de laguna y el empleo de la analogía en la teoría de la argumentación jurídica, Perelman Ch., (ed.), *Le problème des lacunes en droit,* Ed. Bruylant, Bruselas, 1968, y Díez-Picazo, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1973, pp. 280 a 283.

concursal, pero su artículo 3, apartado 1, incorpora un criterio de competencia general, basado en la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se sitúa el centro de los intereses principales del deudor. [33]

45. Este criterio podría provocar un sencillo resultado, reforzado con otro argumento señalado por la demandada. El artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000, al ordenar las facultades del síndico, le confiere la posibilidad de «ejercitar cualquier acción revocatoria conveniente para los intereses de los acreedores»; de lo que se deduce que el derecho comunitario, al permitir al síndico emplear estas acciones sin acordar una regla de competencia al respecto, está excluyendo del ámbito del Reglamento a las revocatorias. Semejante argumento significaría que la competencia judicial internacional se halla en el Reglamento nº 44/2001 o en el sistema autónomo nacional.

46. A pesar de la lógica del referido argumento de la demandada, estimo más convincente la réplica de la demandante, pues el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000 menciona nominalmente la acción revocatoria, a diferencia del artículo 3, apartado 1, pero esta interpretación *a contrario* ha de manejarse con cautela. [34] Sirva como testimonio del mismo temor la redacción del considerando sexto del Reglamento nº 1346/2000, que refleja las dudas de las Instituciones al ocuparse de la competencia judicial y de las acciones revocatorias concursales. Tras recordar que sus preceptos se esfuerzan por cumplir con el principio de proporcionalidad, agrega que su contenido «debería limitarse a regular la competencia para iniciar los procedimientos de insolvencia y para decisiones emanadas directamente de tales procedimientos, con los que están en estrecha relación». Por si fuera poco, el considerando reitera que el Reglamento no se detiene ahí, pues versa sobre el «reconocimiento de esas decisiones y el derecho aplicable, respetando escrupulosamente dicho principio».

47. Se manifiesta, clara y nítida, la intención del Consejo de solventar las dificultades del presente litigio, lo que me inclina a relativizar la importancia del artículo 18, apartado 2, a la hora de interpretar el artículo 3, apartado 1.

33 — Esa regla no significa que el Reglamento nº 1346/2000 haya corroborado el principio de *vis atractiva concursus*. Así lo ratifica el Informe Virgós/Schmit en su punto 77, cuando alega que «algunos países contratantes conocen en sus derechos internos un principio procesal de *vis attractiva concursus,* en cuya virtud el tribunal que incoa el procedimiento de insolvencia concentra bajo su competencia no sólo el procedimiento de insolvencia propiamente dicho, sino todas las acciones que nacen de la insolvencia. Pese a que la proyección de dicho principio al campo internacional engendra polémica, el proyecto de Convenio CEE de 1982 contenía en su artículo 15 una regla que […] se inspiraba en la "teoría de la *vis attractiva*" y atribuía a los tribunales del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia competencia sobre una amplia serie de acciones derivadas de la insolvencia. Ni este precepto ni esa filosofía han sido adoptados por el presente Convenio».

34 — Critica con dureza la interpretación del artículo 18, apartado 2, que propone la demandada Pannen, K. (ed.), *European Insolvency Regulation,* Ed. De Gruyter, Berlín, 2007, p. 125. A su entender, los autores del Reglamento eran perfectamente conscientes de los inconvenientes que aparejaban las acciones ligadas al procedimiento de insolvencia.

48. El análisis sistemático del Reglamento nº 1346/2000 llevaría, más bien, a un desenlace distinto al propugnado por la demandada, [35] pues tanto el artículo 4, apartado 2, letra m), como el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, insertan una regla de ley aplicable, así como el mandato de reconocimiento de resoluciones judiciales, cuando el objeto sea una acción revocatoria concursal. Especial significación reviste el que se haya recogido este aspecto en el artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, pues, al remitirse a las normas de reconocimiento y de ejecución del Reglamento nº 44/2001, el precepto incide en que este reenvío «se extiende asimismo a las resoluciones, incluso a las dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con su tramitación». Una evidente alusión a la sentencia Gourdain, que refuerza la postura de la demandante. [36]

49. El Reglamento nº 1346/2000 no discierne entre los enunciados de competencia judicial y los de reconocimiento. En realidad, se retroalimentan: las decisiones sujetas al reconocimiento del artículo 25 reflejan, también, las materias que recaen bajo la competencia del juez que conoce del concurso. [37]

35 — Apoyan a la demandante los Gobiernos griego y checo, así como la Comisión.

36 — Comparten esta misma postura Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D., y Chalupsky, E., *Europäische Insolvenzverordnung,* Ed. Springer, Viena — Nueva York, 2002, p. 441.

37 — En este sentido, destaca la autorizada opinión de Virgós, M., y Garcimartín, F., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2003, p. 66: «basta señalar que el Reglamento de Insolvencia no diferencia entre las reglas de competencia y las reglas de reconocimiento/ejecución respecto de su ámbito de aplicación material: se redactaron como reglas paralelas. De tal modo que el elenco de decisiones que se recogen en el artículo 25 sirven para precisar las cuestiones o los litigios que caen bajo la competencia del juez del concurso».

50. A la luz de los motivos expuestos, se vislumbra la voluntad del Consejo de ordenar el régimen procesal de las acciones revocatorias concursales con dimensión comunitaria. El examen del Reglamento nº 1346/2000 demuestra que no hay un silencio total, sino parcial. Este hecho contribuye al resultado que sugiero al Tribunal de Justicia, pero antes he de detenerme en el papel que está llamado a desempeñar el Reglamento nº 44/2001.

2. La interpretación conjunta de los Reglamentos nº 1346/2000 y nº 44/2001

51. Para asegurar que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 otorga una competencia atractiva en favor del tribunal del concurso, procede confirmar si el Reglamento nº 44/2001, a tenor de la jurisprudencia Gourdain, excluye las acciones revocatorias concursales.

52. La demandada alega que la entrada en vigor del Reglamento nº 1346/2000 ha supuesto un cambio sustancial del contexto normativo, que ha modificado los términos de la sentencia Gourdain, antes comentada, pues el artículo 1, apartado 2, número 2, del Convenio de Bruselas de 1968 se interpretaba de forma amplia, al no haber varios textos comunitarios con el subsiguiente riesgo de

solapamiento. La sentencia Gourdain representó, por tanto, el último eslabón de una cadena que engastaba, como único colgante, un texto aislado en la materia. Según la demandada, al aprobarse el Reglamento nº 1346/2000, la necesidad de evitar lagunas en las reglas de competencia habría obligado a otro entendimiento del citado precepto, hoy artículo 1, apartado 2, letra b, del Reglamento nº 44/2001. Habiendo ya una norma que regula la competencia judicial en el ámbito concursal, debería interpretarse restrictivamente. Esta teoría dejaría en manos del régimen autónomo nacional, en este caso el alemán, la especificación de la competencia judicial internacional.

53. Mas ese planteamiento de la demandada no convence a nadie, pues sólo cabría admitirlo si el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 hubiera realmente renunciado a dar una pauta sobre la competencia judicial, cuando de acciones revocatorias concursales se tratara. En línea con lo defendido por el Gobierno checo en sus observaciones escritas, nada indica que el ordenamiento comunitario de insolvencias haya callado al respecto; además, la convivencia entre ambos Reglamentos refuerza el principio de inexistencia de lagunas, pero no en el sentido aducido por la demandada. [38]

54. La coherencia del ordenamiento comunitario trae consigo dos consecuencias: la primera, que, cuando la norma general guarda silencio o se remite, implícita o explícitamente, a otra, hay que buscar el criterio de competencia en las normas especiales. Y la segunda, que, habiendo plenitud de normas europeas, sobraría cualquier remisión al derecho nacional, no sólo por la lógica de la relación entre enunciados prescriptivos, sino también por motivos de eficacia de las disposiciones de competencia y de reconocimiento de las reglas de conflicto europeas. [39]

55. Por tanto, la sentencia Gourdain goza de buena salud y brinda valiosas directrices para resolver el presente litigio. [40] La adopción del Reglamento nº 1346/2000 no debilita, sino que acrecienta la utilidad de esta resolución. Al no haberse aprobado una acción revocatoria uniforme en derecho comunitario, la naturaleza de la acción y de su ulterior vínculo con el concurso cobran una especial relevancia. [41] Así, el examen de la acción revocatoria alemana ofrece elementos suficientes para acudir a la sentencia Gourdain y dilucidar si la regla de competencia radica en un Reglamento o en otro. [42]

38 — Sobre el principio de inexistencia de lagunas, Sánchez Lorenzo, S., y Fernández Rozas, J.C., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2004, pp. 64 a 67, así como Virgós, M., y Garcimartín, F., *op. cit.,* pp. 62 y 63.

39 — Virgós, M., y Garcimartín, F., *op. cit.,* p. 63, ponen como ejemplo las absurdas secuelas de esa concepción.

40 — Pero la sentencia Gourdain no se limita a las acciones revocatorias concursales. En los litigios entre la administración concursal y el deudor sobre la pertenencia de un bien a la masa de la quiebra; en los que versen sobre poderes de la administración concursal para decidir sobre el cumplimiento de relaciones contractuales vigentes; o en las acciones de responsabilidad contra los administradores de la concursada, se satisface el canon consagrado por el Tribunal de Justicia en el asunto Gourdain.

41 — En este sentido, Pannen, K. (ed.), *op. cit.,* pp. 122 y 123.

42 — *Ibid.,* p. 124.

56. El artículo 129 y los posteriores de la Insolvenzordnung de 1994 diseñan la acción revocatoria concursal alemana con ciertos rasgos: está regulada exclusivamente por el derecho concursal y su ejercicio sólo cabe en el contexto de una insolvencia; [43] la legitimación para interponerla únicamente corresponde al síndico, siempre en defensa de los intereses del conjunto de acreedores y de la masa. [44] Al perseguir la tutela de los bienes del deudor, la acción se esgrime frente a los actos de disposición *anteriores* a la apertura del concurso, introduciéndose un plazo de prescripción al efecto. [45]

57. El hecho de que sea un procedimiento contradictorio, y no colectivo como sucede en el terreno concursal, no basta para proclamar la ruptura entre la acción y el concurso. [46] Todo apunta a que se trata de una acción íntimamente ligada a la declaración judicial de insolvencia, para cuyo ejercicio sólo está legitimado el síndico, lo que demuestra su inexorable unión a la quiebra.

43 — Arts. 129 y ss. de la Insolvenzordnung.

44 — Art. 129, apartado 1, de la Insolvenzordnung.

45 — Arts. 130, 132 y 133 de la Insolvenzordnung.

46 — Este argumento puede producir auténticos disparates, ya que el procedimiento concursal debe respetar, sin excepción alguna, el principio contradictorio, como garantía integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Se podría alegar que el proceso concursal difiere de un proceso civil ordinario, pero esta objeción se me antoja excesivamente formalista. El concurso debe atender a todas las salvaguardas jurisdiccionales, sin excepción alguna al carácter universal del concurso diseñado por el Reglamento 1346/2000.

58. Así pues, la interpretación conjunta de los Reglamentos nº 44/2001 y nº 1346/2000, a la sombra de la jurisprudencia Gourdain, me induce a aceptar que la acción revocatoria concursal no se encuentra en la ordenación general comunitaria de competencia judicial. Por tanto, la conexión reside en los dictados del Reglamento nº 1346/2000, en concreto en su artículo 3, apartado 1. Esta tesis se ve potenciada, igualmente, por una serie de apreciaciones vinculadas a la política legislativa que late tras el derecho europeo de insolvencias. A este particular dedico el próximo apartado, no sin antes terminar con una importante matización de lo que acabo de exponer.

### 3. Los fines de la acción revocatoria concursal y la política legislativa del Reglamento nº 1346/2000

59. La intervención comunitaria en materia concursal se fundamenta en la búsqueda de la eficacia y de la seguridad jurídica. Para eludir un marco normativo confuso que desincentive las operaciones económicas en la Unión, el Reglamento nº 1346/2000 introduce directrices claras que proporcionan estabilidad y consistencia a aspectos tan relevantes como la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones. Hay otros avances de derecho derivado en este ámbito, todos con la misma

pretensión, conformando en su conjunto el *sistema de derecho concursal europeo*. [47] Un *corpus,* en suma, que comparte de manera unánime la preocupación por la coherencia en la adopción de resoluciones jurídicas. [48]

60. El cuarto considerando del Reglamento 1346/2000 exterioriza esta inquietud en la perspectiva conflictual, al afirmar que, «para el buen funcionamiento del mercado interior, es menester impedir que las partes se estimulen para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en pos de una posición jurídica más beneficiosa ("*forum shopping*")». Con esta idea en mente, el Reglamento optó por un modelo de concurso internacional *universal*, partiendo de una concepción unitaria para todos los procedimientos colectivos, al margen del territorio en el que se hayan iniciado. [49] Las ventajas de este modelo se evidencian fácilmente, pues aporta un régimen previsible, desincentiva el *forum shopping* y reduce los costes del proceso. [50] Pero el universalismo tiene inconvenientes, destacadamente la situación en la que dejaría a algunos acreedores locales, sobre todo cuando están alejados y con menos medios que otros acreedores para litigar en un Estado miembro donde no residen. Sin embargo, los beneficios globales del modelo universal hablan por sí mismos, especialmente cuando se atiende al verdadero cometido de todo concurso: el saneamiento de una empresa y la garantía del crédito. La clara disminución de costes que implica la centralización de todos los procedimientos representa un acicate decisivo a la hora de apostar, tal y como ha hecho en líneas generales el Reglamento nº 1346/2000, por el concurso internacional universal. [51]

61. El sentido económico de desgajar las acciones revocatorias concursales del proce-

47 — Junto al Reglamento nº 1346/2000, completan este sistema la Directiva 2001/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros (DO L 110, p. 28); la Directiva 98/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores (DO L 166, p. 45); la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito (DO L 125, p. 15); y la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, de acuerdos de garantía financiera (DO L 168, p. 43).

48 — El considerando octavo del Reglamento nº 1346/2000 insiste en la necesidad de «alcanzar una mayor efectividad en los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas». Una preocupación que se repite en el considerando decimosexto.

49 — Mas el *forum shopping,* tal como parece indicar el Reglamento, no es una práctica ilícita de plano. La normativa comunitaria combate el empleo *oportunista* y *engañoso* de las facultades de elección del foro, algo muy distinto a la satanización *per se* de una práctica que, en ocasiones, conviene promover. En este sentido me pronuncio en mis conclusiones del asunto Staubitz-Schreiber, de 6 de septiembre de 2005 (sentencia de 17 de enero de 2006, C-1/04, Rec. p. I-701), puntos 70 a 77.

50 — Westbrook, J.L., «A Global Solution to Multinational Default», *Michigan Law Review,* vol. 98, 2000, pp. 2313 y ss.; y, en el mismo número, Guzmán, A., «International Bankruptcy: in Defence of Universalism», pp. 2186 y ss.

51 — La sentencia Staubitz-Schreiber, antes citada, apartados 25 y 26, reiteró esta teoría, al enunciar, en un litigio sobre el carácter universal de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento nº 1346/2000, que esta norma pretende «evitar que las partes encuentren motivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable, lo que no se alcanzaría si el deudor pudiera trasladar el centro de sus intereses principales a otro Estado miembro en el periodo comprendido entre la presentación de la solicitud de apertura y el momento en el que se dicta la resolución de apertura del procedimiento y, de este modo, determinar el órgano jurisdiccional competente, así como el derecho aplicable. Esta transferencia de competencia sería igualmente contraria al objetivo, recordado en los considerandos segundo y octavo, de un funcionamiento más eficaz de los procedimientos transfronterizos, por cuanto obligaría a los acreedores a perseguir en cada momento al deudor allí donde se estableciera con carácter más o menos definitivo y, en la práctica, se traduciría a menudo en una prolongación del procedimiento».

dimiento de insolvencia suscita ciertas dudas. Según los Gobiernos griego y checo, [52] el principio universal que defiende el Reglamento nº 1346/2000 se trastocaría muy significativamente, pues obligaría al síndico a pleitear en varios Estados en función de los criterios de competencia judicial internacional recogidos en otros instrumentos, distintos al texto citado. Asimismo impulsaría las divergencias normativas, al tiempo que habría operadores explorando los foros más convenientes, lo que perturbaría el normal discurrir del concurso. [53] Aunque reportaría alguna ventaja para los acreedores que residieran en el Estado donde litiga el síndico, no hay que olvidar el interés *global* protegido por el concurso, que no es sólo el de los acreedores individuales, sino también el de la masa y el del conjunto del pasivo. [54]

choso dirimir acciones en el Estado miembro donde se ubiquen los bienes, para así no malgastar el tiempo ni el dinero de un procedimiento de reconocimiento y de ejecución.

63. Por todo lo anterior, es oportuno matizar el universalismo del Reglamento nº 1346/2000 para las revocatorias concursales.

62. Pero hay supuestos en los que el modelo universal parece insatisfactorio. Piénsese, por ejemplo, en situaciones con un vínculo extracomunitario, donde se reduce la garantía de que la sentencia dictada en el Estado miembro de apertura sea reconocida en un tercer Estado, en el que radican los bienes del deudor. Además, no siempre bajan los costes al centralizar la competencia del concurso, habiendo casos en los que sería más prove-

4. La competencia del Reglamento nº 1346/2000: ¿alternativa o exclusiva?

64. Las normas comunitarias de insolvencia contienen varias reglas de competencia judicial, de diferente cariz. Sus enunciados reflejan que para la apertura, el desarrollo y la terminación del procedimiento, así como para las acciones que dimanen directamente de su tramitación, se ha previsto una competencia *exclusiva*. En cambio, las medidas cautelares gozan de un régimen competencial de naturaleza *alternativa*.

52 — Punto IV, 2 y 3, de las observaciones del Gobierno griego; y punto 4.2, apartado 16, de las observaciones del Gobierno checo.

53 — Sentencia Staubitz-Schreiber, ya reseñada, apartado 28.

54 — Aunque hay concepciones contrapuestas del concurso, unas liquidativas y otras conservativas, coincido con un sector de la doctrina para el que ambas visiones tienen un denominador común: «la realización de un ideal de justicia», como sugiere Bermejo Gutiérrez, N., *Créditos y quiebra,* Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 467 a 468.

65. Las peculiaridades de las acciones revocatorias concursales exigen que la competencia judicial para resolverlas no es siempre exclusiva. Como han alertado algunos autores, se trata de una competencia *relativamente exclusiva,* que ha de entenderse como un privilegio del síndico. [55] Estoy de acuerdo con quienes sostienen que el ejercicio de la acción revocatoria concursal por el síndico constituye una prerrogativa de actuación en sus manos. Por tanto, sólo a él corresponde dirigir las actuaciones más apropiadas en el curso del procedimiento y en defensa de la masa.

66. Esta aseveración se apoya en el artículo 18, apartado 2, del Reglamento nº 1346/2000, cuando permite al síndico «hacer valer por vía judicial o extrajudicial *en cualquier otro Estado miembro* que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del Estado de apertura al territorio de ese otro Estado miembro tras la apertura del procedimiento de insolvencia». [56] Acto seguido, el precepto le autoriza a «ejercitar cualquier acción revocatoria conveniente para los intereses de los acreedores», presumiéndose lógicamente que tal maniobra se puede esgrimir «en cualquier Estado miembro», como se destaca en el primer inciso del propio precepto. [57]

67. La misma postura se desprende del artículo 25, apartado 1, párrafo segundo, del citado Reglamento. Al recoger las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones, se aprueba una obligación de reconocimiento «a las resoluciones, *incluso las dictadas por otro órgano jurisdiccional,* que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con su tramitación». [58] El Reglamento admite, pues, que las resoluciones dictadas como consecuencia de la acción revocatoria concursal se adopten por el tribunal del concurso o por otro distinto, ya esté situado en el propio país o en otro Estado miembro.

68. Esta prerrogativa del síndico es coherente con las tareas que desempeña en el procedimiento de insolvencia. El artículo 2, letra b), del Reglamento nº 1346/2000 lo define como la persona o el órgano que tiene encomendada la tarea de «administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor». Las facultades y las obligaciones de los síndicos varían entre los Estados miembros, pero se caracterizan comunmente por monopolizar las diligencias capitales de todo procedimiento concursal. Es el garante de la masa, de la *par conditio creditorum,* así como el impulsor de los convenios o de los planes de saneamiento que faciliten a la empresa sortear la crisis. En línea con las decisiones estratégicas que debe tomar, ha de elegir entre diversos foros, a la hora de ejercitar las acciones protectoras de la masa.

55 — Virgós, M., y Garcimartín, F., *op. cit.,* pp. 69 a 71.

56 — Cursiva añadida.

57 — Pannen, K., *op. cit.,* pp. 329 y 330, así como el Informe Virgós/Schmit, apartados 167 y ss.

58 — La cursiva es mía.

C. *Corolario*

69. En estas condiciones, considero que, según el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, el tribunal del Estado miembro que sustancie el procedimiento de insolvencia es competente para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado con domicilio en otro Estado miembro. Al ser una competencia relativamente exclusiva, corresponde al síndico escoger el foro que, en función de los vínculos del acto de disposición atacado, resulte apropiado para la mejor defensa de la masa.

## VI. La segunda cuestión prejudicial

70. La segunda pregunta del órgano remitente se formula supeditada a que el Tribunal de Justicia responda negativamente a la primera cuestión prejudicial, por lo que, según la solución que patrocino para la referida primera cuestión, no procede analizar la segunda.

71. No obstante, si el Tribunal de Justicia decidiera distanciarse de lo aquí sugerido, procedería recurrir al principio de inexistencia de lagunas entre el Reglamento nº 44/2001 y el Reglamento nº 1346/2000. En virtud del citado principio y de la coherencia del ordenamiento comunitario, las reglas de competencia aplicables a las acciones revocatorias concursales con nexos comunitarios se integrarían en dichos instrumentos. Si el Tribunal de Justicia apreciara que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 no acoge este tipo de acciones, regiría el Reglamento nº 44/2001 y las normas de competencia judicial internacional que prevé.

72. Semejante desenlace no es el más deseable, pues equivaldría a estimar que la doctrina Gourdain ha quedado obsoleta, tras la aprobación del Reglamento nº 1346/2000. En tal caso, el Tribunal de Justicia debería aportar una jurisprudencia coherente y completa, que ofrezca una alternativa convincente a la que asentó en el citado asunto. [59]

73. La otra opción, delegar los criterios de competencia judicial internacional en los ordenamientos conflictuales nacionales, sería contraria al efecto útil que persiguen ambos Reglamentos, según explico en el punto 53 de estas conclusiones.

59 — Sobra añadir que, llegado el caso de acometer un *overruling* a la doctrina Gourdain, la formación del Tribunal de Justicia que juzgaría este asunto debería ser, en toda lógica, la Gran Sala.

74. Teniendo en cuenta las terribles secuelas que acarrearía una negativa a la primera cuestión prejudicial, mi propuesta se fortalece, como si de una *reductio ad absurdum* se tratara. Me inclino, por tanto, a insistir con mayor rotundidad en los argumentos que he defendido para la primera pregunta del órgano remitente.

## VII. Conclusión

75. A tenor de las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Bundesgerichtshof, declarando que:

«El artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, debe interpretarse en el sentido de que el tribunal del Estado miembro que tramite un procedimiento de insolvencia es competente para conocer de una acción revocatoria por insolvencia contra un demandado que tiene su domicilio en otro Estado miembro.»