

*Eurofood IFSC Ltd: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia**

Laura García Gutiérrez

Profesora de Derecho Internacional Privado.
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN	ABSTRACT
<p>La sentencia en el asunto Eurofood es la primera decisión importante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el Reglamento 1346/2000 de procedimientos de insolvencia. En ella, el Tribunal se muestra favorable a que en los casos de grupos de sociedades la competencia judicial internacional se analice por separado respecto de las distintas sociedades del grupo. En particular, respecto de la interpretación de la noción de "centro de intereses principales del deudor" de una filial con domicilio estatutario en un Estado distinto al de la sociedad matriz, el Tribunal considera que el control por parte de la matriz de las decisiones económicas de la filial no es suficiente para desvirtuar la presunción a favor de la competencia de los tribunales del domicilio social. Además, el Tribunal insiste en que no es posible controlar la competencia del tribunal que dicta una resolución de apertura de un procedimiento principal de insolvencia y entiende que la resolución de un tribunal irlandés adoptando ciertas medidas sobre los bienes del deudor y nombrando un síndico provisional constituye una "resolución de apertura" a estos efectos. Por otro lado, el Tribunal entiende que forma parte de</p>	<p>The judgment in the case Eurofood is the first important decision of the Court of Justice of the European Communities on the Regulation 1346/2000 on insolvency proceedings. In this judgment, the Court considers that international jurisdiction, in the case of groups of companies, must be analyzed separately for each company of the group. In particular, in respect of the interpretation of the concept "centre of the debtors main interests" when a subsidiary company has its registered office in a different State than its parent company, the Courts considers that the fact that its economic choices are controlled by the parent company is not enough to rebut the presumption in favour of the registered office. Besides, the Court states that it is not possible to review the jurisdiction of the court adopting a resolution opening main insolvency proceedings. For that reason, the resolution of an Irish court adopting certain measures on the goods of the debtor and appointing a provisional liquidator is a "decision to open main insolvency proceedings". Finally, the Court considers that the notion of public policy requires the respect of the right to be heard and the right to be notified of procedural documents.</p>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación SEC 2003-01077.

LAURA GARCÍA GUTIÉRREZ

la noción de orden público el derecho a ser oído en juicio y la notificación de los documentos del procedimiento.

Palabras clave: Procedimientos de insolvencia, grupos de sociedades, centro de intereses principales del deudor, reconocimiento y ejecución de decisiones, control de la competencia, resolución de apertura, síndico provisional, orden público.

Keywords: Insolvency proceedings, groups of companies, centre of the debtors main interests, recognition and enforcement of judgments, review of jurisdiction, decision to open the proceedings, provisional liquidator, public policy.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
 2. LOS HECHOS. LA SOCIEDAD INCORPORADA EN IRLANDA CONTROLADA AL 100% POR UNA SOCIEDAD ITALIANA
 3. PRINCIPALES PROBLEMAS TRATADOS EN EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS—3.1. *Competencia judicial internacional sobre el procedimiento principal de insolvencia: determinación del COMI de una filial cuando su domicilio social está en un Estado diferente al de la sociedad matriz*—3.2. *Reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento principal de insolvencia: control de la competencia*—3.3. *Noción de «resolución de apertura» en el sentido del artículo 16.1.I del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia*—3.4. *Vulneración del orden público internacional del Estado requerido como causa de denegación del reconocimiento*
 4. CONCLUSIONES
-

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 2 de mayo de 2006 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) dictó una nueva sentencia sobre el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (RPI). Anteriormente, el 17 de enero de 2006, había resuelto otra cuestión prejudicial sobre esta misma norma en el asunto *Staubitz-Schreiber*¹, en el que estableció la *perpetuatio iurisdictionis* en favor del órgano jurisdiccional del Estado en el que se encuentre el centro de intereses principales del deudor desde el momento en que éste presenta la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, con independencia de que después de ello, pero antes de la apertura del procedimiento, el mismo deudor traslade su centro de intereses principales al territorio de otro Estado miembro.

El Reglamento 1346/2000 entró en vigor en los distintos Estados de la Unión Europea el 31 de mayo de 2002. Su principal objetivo es «el buen funcionamiento del mercado interior» para lo cual el Reglamento parte de que sería necesario que los procedimientos de insolvencia se desarrollasen de forma «eficaz y efectiva»², evitando «que las partes (de un procedimiento de insolvencia) encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable» (*forum shopping*). Para ello, el Reglamento no crea un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad, sino que unifica las normas sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones y sobre el Derecho aplicable de los Estados miembros.

La decisión del TJCE en el asunto *Eurofood* es una decisión muy esperada, dado que ya habían proliferado bastantes sentencias de tribunales nacionales de los Estados miembros resolviendo de manera dispar algunas de las cuestiones que se han planteado al TJCE en este asunto. Así habían empezado a surgir serias dudas sobre la interpretación de nociones claves del Reglamento. En particular, sobre la determinación del «centro de intereses principales» (en adelante denominado COMI, conforme a las siglas en inglés³ de la sociedad deudora, criterio del que depende la atribución de competencia judicial internacional para conocer de un procedimiento principal de insolvencia de una sociedad con alcance universal dentro del territorio comunitario, así como la Ley aplicable en este tipo de procedimientos.

¹ Asunto C-1/04, *Rec.*, 2006, pg. I-701.

² Todo ello en el Considerando 2º RPI.

³ El acrónimo COMI se debe al juez británico Langan, quien lo emplea por primera vez en el asunto *Ci4Net.Com. Inc.*, *High Court of Justice Chancery Division Leeds*, 20 de mayo de 2004, *ZIP*, 2004, pg. 1769.

También se venían planteando interrogantes sobre ciertas cuestiones relativas al reconocimiento de decisiones concursales, como el reconocimiento de la decisión de apertura del procedimiento principal de insolvencia en supuestos en los que los tribunales de dos Estados miembros pretenden arrogarse la competencia judicial internacional sobre el mismo. Además, el TJCE se pronuncia en esta decisión sobre el orden público como criterio capaz de fundamentar el rechazo del reconocimiento de las decisiones dictadas por un Estado miembro en el marco de un procedimiento de insolvencia al que resulte aplicable el Reglamento. Por todo ello, se ha afirmado que la sentencia *Eurofood* es la primera sentencia fundamental sobre el Reglamento de procedimientos de insolvencia⁴.

Procederemos aquí a analizar las soluciones propuestas por el TJCE a estos problemas, pues a pesar de que para algunos el Tribunal ha desaprovechado la oportunidad que le brindaba esta cuestión prejudicial para clarificar al máximo ciertas nociones del Reglamento, sí pensamos que éste ha establecido algunos puntos importantes en torno a la interpretación del mismo.

2. LOS HECHOS. LA SOCIEDAD INCORPORADA EN IRLANDA CONTROLADA AL 100% POR UNA SOCIEDAD ITALIANA

Eurofood ISFC Ltd. es una sociedad constituida y registrada en Irlanda desde 1997 como «company limited by shares». Su domicilio social se fijó en el *International Financial Services Center* de Dublín. Este Centro se creó con el fin de albergar servicios financieros de negociación internacional prestados únicamente a personas u organismos no residentes. *Eurofood* realizaba su actividad, enfocada a ofrecer facilidades de financiación a las sociedades del grupo Parmalat, en el *ISFC*, como exigía la Ley irlandesa, para poder gozar de una serie de beneficios fiscales⁵. Se trata de una filial controlada al 100% por Parmalat SpA, sociedad constituida en Italia que operaba, a través de filiales, en más de treinta países en todo el mundo.

El principal acreedor de *Eurofood* es el *Bank of America NA*. Es un banco domiciliado en Estados Unidos con sucursales en Dublín y en Milán que además se encargaba de la gestión diaria de *Eurofood*. Además *Eurofood* tiene otros acreedores, en especial estadounidenses, como consecuencia de la colocación privada de varias emisiones de bonos. El 27 de enero de 2004 el *Bank of America* presentó a la *High Court* irlandesa una solicitud de apertura de un procedimiento de liquidación sobre *Eurofood* del tipo «compulsory winding up by the Court» y de nombramiento de un síndico provisional. El mismo día, el tribunal irlandés nombró al señor Farrell como síndico provisional del citado procedimiento, confiriéndole facultades para tomar pose-

⁴ En este sentido v. P. MANKOWSKI, «Klärung von Grundfragen des europäischen Internationalen Insolvenzrechts durch die Eurofood-Entscheidung?», *Betriebs-Berater*, vol. 33, 2006, pg. 1753.

⁵ Al respecto v. C. HACCIUS, *Ireland in International Tax Planning*, IBFD, Amsterdam, 2ª ed., 2004.

sión de todos los activos de la sociedad, abrir una cuenta bancaria a su nombre y contratar los servicios de un abogado. Previamente, el 24 de diciembre de 2003, en virtud del Decreto-ley núm. 347, de 23 de diciembre de 2003, sobre medidas urgentes para la reestructuración industrial de grandes empresas en situación de insolvencia, el Ministro de actividades de producción italiano había autorizado la incoación de un procedimiento de *Amministrazione Straordinaria* sobre la empresa matriz de *Eurofood, Parmalat SpA*. En este procedimiento se nombró administrador el señor Bondi. Fue el 9 de febrero de 2004 cuando el ministro italiano de actividades de producción autorizó la participación de *Eurofood* en el procedimiento de administración extraordinaria italiano. El 10 de febrero de 2004 se presentó ante el *Tribunale civile e penale* de Parma una solicitud con el objeto de que se declarara la insolvencia de *Eurofood*. El 13 de febrero siguiente el señor Farrell fue informado de que se iba a celebrar la vista para declarar la insolvencia de *Eurofood*. Sin embargo, no se informó de ello a los acreedores de la entidad y, a pesar de lo ordenado por el tribunal italiano, tampoco se dio acceso al señor Farrell a la documentación relativa a este procedimiento. Aún así, el 20 de febrero de 2004 el tribunal de Parma se declaró internacionalmente competente para conocer del procedimiento principal de insolvencia sobre *Eurofood*, nombrando al señor Bondi síndico del procedimiento. Por último, el 23 de marzo de 2004, la *High Court* irlandesa dictó una sentencia afirmando que de acuerdo con la Ley irlandesa el procedimiento sobre *Eurofood* se había abierto en Irlanda con fecha de la solicitud del *Bank of America*, es decir, el 27 de enero de 2004, tratándose de un procedimiento principal del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, por estar situado el COMI de la sociedad deudora en Irlanda. Por otro lado, el tribunal irlandés declaró que en las condiciones en las que se estaba desarrollando el procedimiento ante el *Tribunale civile e penale di Parma*, los órganos jurisdiccionales irlandeses podían negarse a reconocer las resoluciones de dicho tribunal, con arreglo al artículo 26 RPI. Además, se nombraba síndico del procedimiento irlandés al señor Farrell. Contra esta sentencia, el señor Bondi interpuso recurso de apelación ante la *Supreme Court* irlandesa. Y ésta consideró necesario suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales al TJCE:

«1) Cuando se presenta ante el órgano jurisdiccional competente en Irlanda una solicitud de liquidación (“winding up”) de una sociedad insolvente y, mientras está pendiente la adopción de la resolución de liquidación, dicho órgano jurisdiccional dicta una resolución por la que se nombra a un síndico provisional (“provisional liquidator”) facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar los asuntos, abrir una cuenta bancaria y designar a un abogado, todo ello con el efecto jurídico de privar a los administradores de la sociedad de sus facultades de actuación ¿constituye dicha resolución, en relación con la presentación de la solicitud, una decisión de apertura del procedimiento de insolvencia (“insolvency proceedings”) en el sentido del artículo 16 del Reglamento, interpretado a la luz de los artículos 1 y 2 de éste?

2) Si la respuesta a la primera cuestión es negativa, la presentación en Irlanda de

una solicitud ante la High Court para que procediera a la liquidación forzosa (“compulsory winding up”) de una sociedad, ¿constituye la apertura de un procedimiento de insolvencia (“insolvency proceedings”) en el sentido del referido Reglamento, en virtud de la disposición legal irlandesa (artículo 220, apartado 2, de la Companies Act 1963) que considera que la liquidación de la sociedad se inicia en la fecha de la presentación de la solicitud?

3) *¿Tiene el artículo 3 de dicho Reglamento, en relación con su artículo 16, la consecuencia de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra el domicilio social de la sociedad y de aquel en el que la sociedad lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual y de modo que pueda ser comprobado por terceros, pero en el que se ha abierto en primer lugar un procedimiento de insolvencia, sea competente para abrir el procedimiento principal de insolvencia?*

4) *Cuando*

a) *los domicilios de una sociedad matriz y de una filial suya se encuentran en dos Estados miembros diferentes,*

b) *la filial lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual de modo que pueda ser comprobado por terceros y con plena y permanente observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social y*

c) *la sociedad matriz, como consecuencia de su participación en el capital social de la filial y de su facultad para nombrar a los administradores de ésta, se encuentra en una posición de control y controla, de hecho, la política de la filial ¿son factores determinantes al objeto de determinar el “centro de intereses principales”, los indicados en el apartado b) supra o, por el contrario, los indicados en el apartado c) supra?*

5) *Cuando resulta manifiestamente contrario al orden público de un Estado miembro permitir que una resolución judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un juicio justo y a ser debidamente oídos no haya sido respetado al adoptar la resolución de que se trate, ¿está obligado un Estado miembro, en virtud del artículo 17 de dicho Reglamento, a reconocer una resolución de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro destinada a abrir un procedimiento de insolvencia de una sociedad, en una situación en la que el tribunal del primer Estado miembro considera que la resolución de que se trata ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios y, en particular, cuando el solicitante del segundo Estado miembro se haya negado, pese a los requerimientos del tribunal del segundo Estado miembro y contraviniendo sus órdenes, a facilitar al síndico provisional (“provisional liquidator”) de la sociedad, debidamente nombrado con arreglo al Derecho del primer Estado miembro, una copia de los documentos fundamentales en los que se basa la solicitud?».*

3. PRINCIPALES PROBLEMAS TRATADOS EN EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Varias son las cuestiones que aborda el TJCE en esta decisión. Las principa-

les son las siguientes. En primer lugar, el Tribunal comunitario europeo se enfrenta a un problema de competencia judicial internacional: la determinación del centro de intereses principales del deudor en el supuesto de la existencia de un grupo de sociedades en situación de insolvencia. En particular, analiza el peso de la presunción de competencia a favor de los tribunales del domicilio estatutario de la sociedad contenida en el artículo 3.1 *in fine* RPI y los motivos que pueden permitir desvirtuarla. En segundo lugar, se plantean al TJCE varias cuestiones relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones concursales. Concretamente, el TJCE debe pronunciarse sobre el reconocimiento de la resolución de apertura del procedimiento principal de insolvencia por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros. A este respecto, la decisión analiza si cabe el control de la competencia para la apertura de un procedimiento de insolvencia principal cuando los tribunales de un Estado miembro en el que se ha instado el reconocimiento pudieran considerar que dicha competencia se la ha arrogado el tribunal del Estado miembro de origen erróneamente. Asimismo, el TJCE se pronuncia sobre si constituye o no una «resolución de apertura» de un procedimiento de insolvencia, a los efectos de su reconocimiento automático en el resto de los Estados miembros, la resolución mediante la cual un tribunal de un Estado miembro que conoce de una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente, nombra, antes de proceder a dicha liquidación, un síndico provisional cuyas facultades producen el efecto jurídico de privar a los administradores de la sociedad de sus facultades de actuación. Finalmente, dadas las circunstancias en las que se estaba desarrollando el procedimiento concursal sobre *Eurofood* ante los tribunales italianos, sin que se hubiera facilitado la documentación del procedimiento ni a los acreedores de la entidad deudora ni al señor Farrell, el TJCE se pronunció también sobre los motivos de denegación del reconocimiento en el RPI y concretamente, sobre la noción de orden público. Analizaremos detenidamente cada uno de estos problemas de Derecho Internacional Privado.

3.1. Competencia judicial internacional sobre el procedimiento principal de insolvencia: determinación del COMI de una filial cuando su domicilio social está en un Estado diferente al de la sociedad matriz

El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia prevé la posibilidad de abrir dos tipos de procedimientos de insolvencia en la Unión Europea: el procedimiento principal (art. 3.1 RPI) y los procedimientos secundarios (arts. 3.2 y 27 RPI). La competencia judicial internacional para la apertura del procedimiento principal depende de la situación del «centro de intereses principales» (COMI) de la sociedad deudora, mientras que la competencia para la apertura de los procedimientos territoriales se atribuye a todo Estado en el que el deudor tenga un «establecimiento». De la noción «establecimiento» se da una definición en el artículo 2.h del Reglamento. En concreto, se entiende por tal «todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios

humanos y bienes». Sin embargo, el concepto de COMI no aparece definido en el articulado del Reglamento, lo cual han criticado diversos autores⁶. Es posible que una de las razones de esta diferencia sea que la noción de establecimiento estaba más asentada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁷, por lo que fue relativamente más sencillo llegar a un acuerdo al respecto durante las negociaciones.

De hecho, el antecedente inmediato del RPI, el Convenio de Bruselas de 1995 sobre procedimientos de insolvencia, que no llegó a entrar en vigor por la negativa de Reino Unido a firmarlo, no incluía definición alguna de esta noción. Y tampoco se definía en el Convenio de Estambul de 1990 del Consejo de Europa del cual la noción de «centro de intereses principales» está tomada. Tan sólo se procedía a especificar qué debía entenderse por COMI en el Informe explicativo del Convenio de 1995. Posteriormente, se aprovechó la transformación del citado Convenio en Reglamento comunitario para incluir la definición de COMI del Informe explicativo en los Considerandos de su Preámbulo. Concretamente en su Considerando 13. De acuerdo con éste, el COMI se corresponde con «el lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, puede ser averiguado por terceros».

Esta definición tiene importantes vacíos⁸, como es el hecho de que no se detalle qué debe entenderse por «administración de sus intereses». Pero sí resulta útil, pues parece dejar claro que la transparencia y la previsibilidad objetiva son elementos fundamentales a la hora de localizar el COMI.

Por otro lado, el art. 3. 1. *in fine* establece una presunción para el supuesto en el que puede resultar más complicado determinar dónde se halla el COMI, el caso de la insolvencia de sociedades o personas jurídicas. En ese supuesto debe presumirse que el COMI se corresponde con el domicilio social de la entidad.

Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum*. Es decir, que aunque los datos formales-administrativos sobre la entidad tienen en principio prioridad, es posible probar que las conexiones reales nos conducirían a localizar el COMI en otro Estado.

Pues bien, la localización del COMI trae consigo importantes consecuencias de acuerdo con las disposiciones del RPI. No en vano, en el Reglamento de

⁶ V. por ejemplo, I. FLETCHER, en MOSS/FLETCHER/ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford University Press, 2002, núm. marg. 3.10. En España, I. TIRADO/L. GARCÍA GUTIÉRREZ, «La aplicación del Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia por los Tribunales de los Estados miembros», *Anuario de Derecho Concursal*, 6/2005, pg. 186.

⁷ M. BALZ ha hecho hincapié en que el COMI es un término sin precedente en la legislación de ningún Estado miembro (v. por ejemplo, su artículo «The European Union Convention on Insolvency Proceedings», *Am. Bankr. LJ*, 70/1996, pg. 504).

⁸ V. I. FLETCHER, en MOSS/FLETCHER/ISAACS, *The EC Regulation...*, *op. cit.*, núm. marg. 3.10.

procedimientos de insolvencia, solamente se puede abrir un «procedimiento principal de insolvencia», precisamente en el Estado en el que se encuentre el «centro de intereses principales» (COMI) del deudor⁹. Este procedimiento tiene carácter universal, lo cual implica los siguientes efectos¹⁰: a) también los bienes situados fuera del Estado de apertura quedan incluidos en la masa y sometidos al procedimiento, a escala comunitaria; b) todos los acreedores están incluidos; y c) un procedimiento principal abierto en un Estado miembro desplegará sus efectos en el territorio de todos los Estados miembros¹¹. El síndico designado en el procedimiento principal podrá, en principio, ejercer sus poderes en todos los Estados miembros y la Ley aplicable al procedimiento principal, será, en principio, la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4. De este modo, puede entenderse la importancia que tiene la interpretación uniforme del concepto de COMI.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, una duda nos asalta en el asunto que ahora comentamos: ¿Dónde debe abrirse entonces un procedimiento principal sobre *Eurofood*? ¿Desde dónde debemos entender que se administran sus intereses de forma reconocible por terceros? ¿Es determinante a este respecto el hecho de que las decisiones sobre la política de *Eurofood* estuviesen controladas desde Italia por la sociedad matriz?

El TJCE ha sido bastante claro al responder a estas cuestiones, aunque quizá ha desaprovechado la oportunidad que se le brindaba para abordar de una manera más amplia aspectos importantes sobre la localización del COMI. En primer lugar, se ha mostrado partidario de una determinación caso por caso del centro de intereses principales, estableciendo su carácter de concepto «autónomo»¹², que debe ser objeto de una interpretación uniforme, tomando como punto de partida los rasgos derivados de la definición del Considerando 13 RPI.

En segundo lugar, ha partido de la base de que el Reglamento no establece norma alguna sobre la insolvencia de los grupos de sociedades, de tal manera que *cada persona jurídica debe ser analizada de forma separada para determinar cuál es su COMI*. Según M. BALZ la Convención de 1995 no preveía reglas matriz-filial porque los Estados miembros de la UE tienen visiones muy divergentes sobre las consecuencias jurídicas de las relaciones matriz-filial, especialmente por lo que se refiere a la responsabilidad de la matriz por las deudas en que haya incurrido la filial y a la posibilidad de levantar el velo social. Muchos países tienden a proteger a la filial frente a la insolvencia de la matriz y muchos defienden el interés de la filial para sobrevivir a la matriz. Por eso, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos no es posible un

⁹ Considerando 12 del Reglamento. N. marg. 14 del Informe explicativo.

¹⁰ Informe explicativo núm. marg. 19. De esta eficacia universal debe excluirse a Dinamarca (v. Considerando 33 RPI).

¹¹ V. al respecto el art. 17 RPI.

¹² Fundamento 31 de la decisión.

procedimiento consolidado matriz-filial¹³. En este mismo sentido, el TJCE ha afirmado en el Fundamento 30 de su decisión que «... en el marco del sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que establece el Reglamento, existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituya una entidad jurídicamente distinta». Por lo tanto, se confirma lo que establecía el Informe explicativo del Convenio de 1995, que al no prever el Reglamento reglas especiales para los grupos de sociedades vinculadas entre sí, del tipo matriz-filiales, por ejemplo, «la regla general es que para poder abrir o extender un procedimiento de insolvencia contra cualquiera de las sociedades vinculadas, a título de deudor principal o solidario, debe existir una base de competencia internacional con arreglo al Convenio sobre cada deudor como entidad jurídica separada»¹⁴. M. VIRGÓS y F. J. GARCIMARTÍN, han intentado explicar esta regla del siguiente modo «Para los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, las situaciones de insolvencia no se predicán de una organización o unidad económica, sino de una persona, natural o jurídica, que es a la que se le imputa la responsabilidad jurídica. El Reglamento de Insolvencia recoge esta misma idea»¹⁵.

En tercer lugar, el TJCE ha dado un papel central a la presunción del art. 3.1. *in fine* para reducir la incertidumbre a la que podría conducir un concepto flexible como es el de COMI, caracterizado por ciertos autores como de «textura abierta» en cuanto que su concreción exige una evaluación previa de las circunstancias del deudor¹⁶.

En esta línea, y dado que la presunción es *iuris tantum*, es decir, que puede ser desvirtuada, teniendo la carga de la prueba la parte que entiende que el COMI de una sociedad se encuentra en un Estado distinto del de su domicilio social, la cuestión es en qué condiciones puede destruirse. Así, en este caso, el TJCE ha analizado los motivos por los que el señor Bondi y los tribunales italianos entienden que en este caso la aplicación de la presunción debería descartarse: la situación de control de la sociedad deudora por la matriz italiana *Parmalat SpA*. A este respecto, el TJCE ha concluido que dicha situación de control no sería suficiente para desvirtuar la presunción, que sería por lo tanto una presunción «fuerte»¹⁷, habida cuenta de que de la definición del Considerando 13 pueden extraerse dos notas fundamentales del COMI: objetividad (= el COMI debe identificarse con arreglo a criterios objetivos) y apariencia externa (= dichos criterios objetivos deben ser susceptibles de comprobación por los terceros). Así, el TJCE tiene en cuenta el dato que le viene dado por la propia *Supreme Court* irlandesa: que la admi-

¹³ V. M. BALZ, «The European Union Convention...», *op. cit.*, pg. 503.

¹⁴ Núm. marg. 76 del Informe explicativo.

¹⁵ V. *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson/ Civitas, Madrid, 2003, pg. 53.

¹⁶ M. VIRGÓS/ F. J. GARCIMARTÍN, *Comentario al Reglamento...*, *op. cit.*, núm. marg. 47.

¹⁷ V. B. WESSELS, «The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the Application of the EC Insolvency Regulation», *European Company Law*, agosto 2006, vol. 3, Issue 4, pg. 189.1.

nistración de los intereses de la sociedad deudora de manera habitual y susceptible de comprobación por los terceros se realizaba en el Estado miembro de su domicilio social, Irlanda. Y establece en el importante Fundamento 34 de la sentencia que «al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario a favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social». No parece que fuera conforme con esta filosofía de la apariencia externa cargar a los terceros con la investigación de la estructura del grupo social, como se deduce de las decisiones del tribunal italiano en este caso y del recurso del señor E. Bondi. Lo esencial para localizar el COMI, de acuerdo con el TJCE, es, por tanto, que éste sea objetivamente reconocible por los terceros. Como establece el Informe explicativo del Convenio de 1995¹⁸, «el fundamento de esta norma se explica sin dificultad. La insolvencia es un riesgo previsible. Por eso es importante que la competencia internacional (que como veremos lleva consigo la aplicación de la Ley del Estado de apertura del procedimiento) se base en una conexión conocida por los futuros acreedores de ese deudor. Ello permite calcular los riesgos jurídicos que se asumen en caso de insolvencia».

Continúa el TJCE ejemplificando un supuesto en el que sí podría ser destruida la presunción del art. 3.1. *in fine*: el caso de una sociedad «fantasma» («letterbox» company) que no ejerciera ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En este tipo de casos el lugar de la administración central debería ser preferido al del domicilio social¹⁹. Así, decisiones como las de la jurisprudencia anglosajona en el asunto *BRAC Budget Rent-A-Car International Inc*²⁰, en el que se trataba de una sociedad incorporada en Delaware, con domicilio estatutario en USA, que ejercía su actividad en Reino Unido y nunca la había desarrollado en USA, respecto de la que el tribunal británico había localizado el COMI en Gran Bretaña y en el asunto *3T Telecom Ltd.*²¹ en el que el único vínculo de la entidad con Irlanda del Norte era que la sociedad estaba registrada formalmente allí, pero todas sus oficinas y su administración se localizaban en Londres, lo cual era conocido por sus acreedores, por lo que se decidió que el COMI de la sociedad estaba en Londres, o la de la jurisprudencia

¹⁸ Núm. marg. 75 del Informe.

¹⁹ Así lo había afirmado ya BALZ en su artículo «The European Union Convention...», *op. cit.*, p. 504. V. también P. TORREMANS, *Cross Border Insolvencies in EU. English and Belgian Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, p. 153: «The fact that this is based on a rebuttable presumption means that in appropriate cases, such as when the debtor has nothing more than a letterbox in the place where it is registered, the formal criterion can be set aside in favour of an entirely flexible determination of the centre of the debtors main interests on the basis of the facts of the case».

²⁰ England & Wales High Court (Chancery), 2004, pg. 128. También extractada en *The European Legal Forum*, 3/2003, pgs. 175-176.

²¹ Court of London de 17 de enero de 2005.

belga en el asunto *Summit Air Ltd*, en el que el domicilio en Gran Bretaña de una sociedad que operaba a través de una sucursal en Bélgica no era más que un «mailbox» y la principal razón para haber constituido en Gran Bretaña la sociedad era el requisito sobre el capital mínimo, más laxo en la legislación británica que en la belga, respecto de la que el tribunal belga se consideró competente para el procedimiento principal²², aparecerían respaldadas por la decisión del TJCE en *Eurofood*. En cambio, decisiones como la de la *High Court of Leeds* en el asunto *Daisytek*²³ en el que se abrieron procedimientos principales de insolvencia contra las filiales francesa y alemana de *Daisytek* sobre la base de que el COMI de estas filiales estaría situado en Bradford, al quedar destruida la presunción porque las funciones de dirección de las filiales se centralizarían en el domicilio de la matriz no serían acertadas si no existen «elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social». En este sentido, el abogado general Jacobs, en sus Conclusiones en el asunto *Eurofood* ha señalado que «para sustentar la afirmación de que el centro de intereses principales de una filial está situado en un lugar distinto del que resulta de los términos explícitos del décimotercer considerando, se requiere una poderosa prueba de la existencia de un control imperioso y público por parte de la matriz»²⁴.

Por todo ello, nos parece que el TJCE se mostraría partidario de dar una lectura a la noción de COMI en clave económica, entendiéndolo como el centro de operaciones principal de cada sociedad. De tal manera que este criterio de atribución de competencia nos conduciría al lugar en el que el deudor es activo económicamente y donde es más probable que se encuentre su patrimonio²⁵.

En definitiva, a partir de esta resolución se dificulta más de lo que habían considerado los tribunales nacionales de algunos Estados miembros la desvirtuación de la presunción del art. 3.1 *in fine* RPI, de acuerdo con la cual el COMI de una sociedad deudora se encuentra en el Estado del domicilio social de una empresa. Y, por lo tanto, se hará también más complicado concentrar el COMI de varias empresas domiciliadas en Estados diferentes en uno sólo. Se trata de este modo de encontrar el equilibrio perfecto entre certeza jurídica y flexibilidad que permite la noción de COMI acompañada de la presunción legal, entendiendo esta presunción en un sentido «fuerte».

No obstante, parece que el TJCE no ha dejado zanjada la cuestión y en la práctica la presunción fuerte a favor de los tribunales del Estado del domicilio social no siempre se está respetando. Por ejemplo, podemos citar en este sentido la decisión del *Tribunal de commerce de Nanterre* en Francia en el

²² <http://www.cimejes.com>

²³ Al respecto, v. I. TIRADO/L. GARCÍA GUTIÉRREZ, «La aplicación del Reglamento...», *op. cit.*, pgs. 178 y ss.

²⁴ Considerando 123 de las Conclusiones del abogado general.

²⁵ V. P. TORREMANS, *Cross Border Insolvencies...*, *op. cit.*, pg. 150.

asunto *Emtec*²⁶ en el que el Tribunal se ha considerado competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia sobre la filial belga de unas sociedades francesas, dada la intensa vinculación existente entre matriz y filial y propone la apertura de procedimientos secundarios de insolvencia en los Estados del domicilio social de las distintas filiales (España, Austria, Alemania, Polonia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Italia).

No parece, por tanto, que sea desacertada la opinión de quienes afirman que siendo el concepto de COMI tan controvertido será uno de los puntos a los que deba referirse con mayor profundidad el futuro Informe de la Comisión en torno a la aplicación del Reglamento previsto para el año 2012²⁷. En todo caso, esperamos que las futuras sentencias del TJCE sigan esclareciendo esta cuestión.

3.2. Reconocimiento de la resolución de apertura de un procedimiento principal de insolvencia: control de la competencia

Otra de las cuestiones que se plantearon al TJCE en este asunto es si existe la posibilidad de controlar la competencia por parte del órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se insta el reconocimiento de la apertura de un procedimiento principal de insolvencia. El TJCE basó su respuesta a esta pregunta en el Considerando 22 RPI, en virtud del cual «... El reconocimiento de las decisiones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debería reposar en el principio de confianza mutua» y sobre la base de este principio de confianza mutua estableció que en sede de reconocimiento no es posible controlar la competencia judicial internacional para el procedimiento principal del órgano jurisdiccional de origen de la decisión. El RPI se basa, por tanto, en una presunción general de regularidad de la decisión de apertura del procedimiento extranjera. De tal forma que, cuando el artículo 16.1 del Reglamento se refiere al reconocimiento de «Toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del art. 3...» se estaría refiriendo a la resolución de todo órgano que «pretenda» ser competente en virtud del art. 3.1 RPI, sin posibilidad de comprobación por los tribunales del resto de los Estados miembros²⁸.

Esto no quiere decir que no pueda impugnarse la competencia del órgano que afirma su competencia de acuerdo con el artículo 3.1 RPI para la apertura del procedimiento principal de insolvencia. En este sentido, el TJCE recuerda que la parte que considere que un tribunal de un Estado miembro ha afirmado su competencia para el procedimiento principal indebidamente, debe tener la posibilidad de impugnar dicha competencia haciendo

²⁶ V. al respecto, GAILLOT, L.: «The interpretation by French courts of the EU COMI notion. A EU perspective», http://www.iiiglobal.org/country/european_union/060927_Gaillot.pdf.

²⁷ V. art. 46 RPI.

²⁸ V. P. MANKOWSKI, «Klärung von Grundfragen...», *op. cit.*, pg. 1756.

uso de los recursos previstos al efecto por el ordenamiento jurídico de ese mismo Estado. Así se señala en el fundamento 43 de la sentencia, según el cual «Si una parte interesada considera que el centro de los intereses principales del deudor se encuentra en un Estado distinto de aquel en el que se ha abierto el procedimiento principal de insolvencia y pretende impugnar la competencia que se haya arrogado el órgano jurisdiccional que ha abierto dicho procedimiento, le corresponde utilizar contra la resolución de apertura los recursos previstos por el Derecho nacional del Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales del citado Estado miembro». De tal manera que los Estados miembros deben contar con un mecanismo procesal que permita a las partes interesadas la posibilidad de impugnar la competencia internacional en tiempo oportuno. Con ello, se confirma lo que afirmaba el Informe explicativo del Convenio de 1995²⁹, que «cualquier interesado que desee oponerse a la competencia del tribunal nacional debe acudir al Estado de apertura para recurrir la decisión que afirma la competencia». El control de la competencia precluye, por tanto, en el Estado de origen.

3.3. Noción de «resolución de apertura» en el sentido del artículo 16.1.I del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia

En su primera cuestión prejudicial, la *Supreme Court* plantea al TJCE si la resolución mediante la cual un tribunal de un Estado miembro que conoce de una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente, nombra, antes de proceder a su liquidación, a un síndico provisional cuyas facultades producen el efecto jurídico de privar a los administradores de la sociedad de sus facultades de actuación constituye una «resolución de apertura» de un procedimiento de insolvencia en el sentido del artículo 16.1.I del Reglamento, es decir, susceptible de reconocimiento automático en el resto de los Estados miembros.

A este respecto el Tribunal recuerda las cuatro características que, de acuerdo con el artículo 1.I del Reglamento, debe reunir un procedimiento para ser considerado un procedimiento de insolvencia a los efectos del Reglamento. En primer lugar, debe tratarse de un procedimiento colectivo y el procedimiento irlandés lo es. En segundo lugar, debe estar fundado en la insolvencia del deudor y la solicitud de apertura de una *compulsory winding-up* por parte del *Bank of America* se basa en la insolvencia del deudor. En tercer lugar, debe implicar el desapoderamiento, al menos parcial, del deudor, y ya hemos señalado que en virtud del nombramiento del síndico provisional por parte del tribunal irlandés se priva a los administradores de sus facultades de actuación. Por último, debe implicar el nombramiento de un síndico. Parece pues, que todas estas características se daban en el procedimiento abierto por los tribunales irlandeses.

Además, el TJCE basa también su respuesta en un argumento de carácter

²⁹ Núm. marg. 202 del Informe explicativo.

formal: los procedimientos de insolvencia a los que se aplica el Reglamento aparecen enumerados en su Anexo A, así como las personas y órganos a los que se considera «síncicos» a los efectos del Reglamento aparecen en el listado de su Anexo C. Tanto la *compulsory winding-up by the Court* como el *provisional liquidator* aparecen en los Anexos A y C, respectivamente.

Por todo ello, la resolución de apertura del procedimiento irlandés debe considerarse una resolución de apertura de un procedimiento principal que, a tenor de lo previsto en el art. 16.1 RPI goza de reconocimiento automático en el territorio de todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca.

A partir de cuándo se considera «abierto» el procedimiento es, sin embargo, una cuestión que no aparece fijada en el Reglamento 1346/2000, sino que depende de los Derechos nacionales. En el caso de la *compulsory winding-up by the Court* irlandesa, de acuerdo en el artículo 220.2 de la *Companies Act* irlandesa de 1963, los efectos se retrotraen al momento de la solicitud de apertura del procedimiento. Esto es, en este caso, los efectos se retrotraerían al momento de la solicitud de apertura del procedimiento por parte del *Bank of America*, por lo que el procedimiento principal se habría abierto antes en Irlanda que en Italia y sus efectos, en virtud de la regla de prioridad basada en el criterio cronológico del art. 16.1 RPI, impedirían la apertura de un segundo procedimiento principal en cualquier otro Estado miembro.

Por otro lado, el TJCE se refiere al argumento manejado por el señor Bondi y el Gobierno italiano, en torno a la figura del síndico provisional recogida en el artículo 38 RPI y a sus facultades, que según el Considerando 16 RPI sería un síndico nombrado «antes de la apertura del procedimiento principal». El Tribunal recuerda que el artículo 38 debe ser interpretado en consonancia con el artículo 29 RPI, en virtud del cual el síndico del procedimiento principal de insolvencia tiene derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario en otro Estado miembro. El artículo 38 se refiere por tanto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares por parte de una persona nombrada por un tribunal competente para la apertura de un procedimiento principal de insolvencia, para velar provisionalmente de los bienes del deudor, cuando aún no se ha ordenado el desapoderamiento del deudor ni se ha nombrado al síndico contemplado en el anexo C. Nada tiene que ver, por tanto, este artículo con el nombramiento del *provisional liquidator* previsto en el Anexo C del Reglamento, por los tribunales irlandeses.

3.4. Vulneración del orden público internacional del Estado requerido como causa de denegación del reconocimiento

El Reglamento se basa en el principio de confianza comunitaria³⁰ y en una presunción general de regularidad de la decisiones concursales provenientes

³⁰ V. Considerando 22 RPI.

tes de otros Estados miembros³¹. Por ello, los motivos de denegación del reconocimiento se han reducido al mínimo. Así, tan sólo es posible impedir que una decisión concursal proveniente de otro Estado miembro se reconozca en el Estado de acogida por ser contraria al orden público del foro, de acuerdo con el artículo 26 RPI. A este respecto, conviene hacer hincapié en que la remisión que efectúa el RPI, en su artículo 25, en cuanto al procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones al Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil³² no incluye los motivos de denegación del reconocimiento contenidos en el artículo 34 de este último.

Pues bien, la última cuestión prejudicial planteada por la *Supreme Court* irlandesa se refiere al orden público como causa de denegación del reconocimiento. En particular, se plantea al TJCE si los derechos de acceder a los documentos procesales y, con carácter más general, el derecho a ser oído, forman parte del orden público y, por consiguiente, podrían fundamentar una negativa por parte de un Estado miembro al reconocimiento y ejecución de una decisión de insolvencia proveniente de otro Estado miembro. El TJCE se muestra rotundo al afirmar que, si bien el orden público como motivo de denegación del reconocimiento sólo puede jugar en situaciones excepcionales³³, los derechos a acceder a los documentos procesales y el derecho de audiencia tienen un lugar preeminente en la organización y desarrollo de un juicio justo, por lo que su vulneración podría motivar la negativa de un Estado miembro a reconocer un procedimiento abierto en otro Estado miembro cuando la resolución de apertura se haya adoptado infringiendo de manera manifiesta tales derechos fundamentales. A este respecto, el TJCE recuerda su doctrina sobre el principio general del Derecho comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo, recogida en las sentencias *Baustahlgewebe/Comisión*³⁴, Países Bajos y *Van der Wal/Comisión*³⁵ y *Krombach*³⁶.

Será a los órganos jurisdiccionales irlandeses, según establece el propio TJCE³⁷, a quienes corresponderá considerar si en el supuesto de *Eurofood*, el *Tribunale civile y penale* de Parma habría vulnerado las garantías propias de un *proceso debido*.

4. CONCLUSIONES

La sentencia del TJCE en el asunto *Eurofood* es la primera decisión funda-

³¹ Núm. marg. 202 Informe explicativo.

³² Aunque la referencia se realiza al Convenio de Bruselas de 1968, debe ser actualizada y entenderse referida al Reglamento 44/2001.

³³ En este sentido, v. núm. marg. 204 del Informe explicativo. El propio tenor del art. 26 se refiere a supuestos en que se vulnere «manifiestamente» el orden público.

³⁴ Sentencia de 17 de diciembre de 1998, asunto C-185/95, *Rec.* pg. I-8427.

³⁵ Sentencia de 11 de enero de 2000, asunto C-174/98 P y 189/98 P, *Rec.* pg. I-1.

³⁶ Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Rec.* pg. I-1935.

³⁷ Fundamento 68 de la sentencia.

mental del TJCE sobre el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia. En ella se resuelven cuestiones que están siendo tan debatidas en la práctica como la localización del centro de intereses principales de la entidad deudora, y otras tan trascendentales como la cláusula general de orden público en cuanto que causa de denegación del reconocimiento de la decisión de apertura de un procedimiento principal de insolvencia.

Respecto de la determinación del COMI de las sociedades y personas jurídicas el TJCE ha afirmado que se trata de un concepto autónomo, que no debe interpretarse de acuerdo con las legislaciones nacionales de los Estados miembros, sino de acuerdo con el sentido y fin del propio Reglamento 1346/2000 y, en concreto, en relación con su Considerando 13. El punto de partida del TJCE es que aunque nos encontremos ante un grupo de sociedades, respecto de cada uno de los entes con personalidad jurídica que forman parte del grupo la competencia judicial internacional debe determinarse *por separado*. A este respecto, el TJCE ha establecido que la presunción del Reglamento de procedimientos de insolvencia a favor del Estado del domicilio social del deudor es una presunción fuerte que para ser desvirtuada precisa que se den elementos objetivos y susceptibles de ser comprobados por terceros en cuanto a que su localización se sitúa en un Estado distinto. En concreto, en el caso de un grupo de sociedades en el que la sociedad matriz y las filiales tengan sus domicilios sociales en diferentes Estados no bastaría con demostrar que una filial está controlada al 100% por la sociedad matriz, de manera que sus políticas estarían totalmente controladas por aquélla, para destruir la presunción.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de decisiones, el TJCE ha establecido que no cabe el control de la competencia judicial de la decisión de apertura de un procedimiento principal por parte de los Jueces y Tribunales de los demás Estados miembros, pues el Reglamento 1346/2000 se basa en el principio de confianza mutua y en la presunción general de regularidad de las decisiones extranjeras. Además, el TJCE entiende que la resolución de apertura de un procedimiento que implique el desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un *provisional liquidator*, tratándose de un procedimiento incluido en el listado del Anexo A del Reglamento de procedimientos de insolvencia y de una persona u órgano de los enumerados en el Anexo C, constituye una «resolución de apertura» a los efectos del artículo 16 RPI y es, por tanto, susceptible de un reconocimiento automático en el resto de los Estados miembros sobre la base de un principio de prioridad temporal.

Finalmente, el TJCE tiene la ocasión de analizar la cláusula general de orden público como motivo de denegación del reconocimiento previsto en el artículo 26 RPI. A este respecto, el TJCE afirma que, si bien el orden público debe ser objeto de aplicación excepcional por los tribunales de los Estados miembros, es plenamente aplicable cuando se vulneran los derechos a ser

JURISPRUDENCIA

oído y a recibir la documentación relativa a un procedimiento de insolvencia.

En *Madrid*, a 10 de noviembre de 2006.