

CONCURSO DE ACREEDORES, PRÁCTICAS DE FORUM SHOPPING Y SUS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES EN LAS U.E.

Elena Cristina TUDOR
Universidad de Valladolid

Summary: This paper presents the attitude towards the phenomenon of forum shopping, in the light of the new EU Insolvency Regulation 2015/848, applied to proceedings in respect of a debtor whose centre of main interests is located in the Union, as well as its effects, procedural and substantive, on the persons and legal relations concerned, especially on the general body of creditors.

Key words: Insolvency proceedings, centre of main interests, creditors, forum shopping, EU Insolvency Regulation 2015/848.

Palabras clave: Concurso de acreedores, centro de los intereses principales, acreedores, forum-shopping, Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia.

Sumario: 1. Introducción. 2. Las prácticas de *Forum-Shopping*. 3. Los cambios introducidos por el Reglamento 2015/848. 3.1. Ámbito de aplicación. 3.2. La competencia judicial internacional y la ley aplicable. 3.3. Plazo mínimo de nueva sede. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Con el fin de garantizar un correcto funcionamiento del mercado interior y, en consecuencia, garantizar la continuidad de las relaciones transfronterizas en la U.E., en un contexto en que los casos de insolvencia internacional son cada vez más frecuentes, el Derecho de la U.E. intenta regular los procedimientos de insolvencia, evitando al mismo tiempo que las empresas concursadas encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable para ellas y en detrimento del conjunto de los acreedores –la así llamada búsqueda de un foro de conveniencia–.

En este sentido, el mayor reto enfrentado por el legislador europeo fue aquel de conjugar la tensión existente entre los dos principios aplicados con carácter general en ámbito concursal: *el principio de universalidad*¹ y *el principio de territorialidad y pluralidad*², a través de un sistema que prevé la coexistencia de un procedimiento principal y de procedimientos secundarios, cuyos efectos se limitan al territorio de un único Estado miembro, aspecto que originará inevitablemente la realización de prácticas de *forum-shopping*³. El objetivo de este artículo es justamente aquel de presentar todas estas cuestiones y de valorar sus efectos en la práctica, tanto desde un punto de vista doctrinal, como jurisprudencial.

¹ El principio implica que una empresa declarada en concurso es objeto de un único procedimiento cuyos efectos se reconocen en todos los Estados miembros, siendo la solución de la universalidad la más adecuada para garantizar la igualdad de los acreedores y la organización rápida y racional de la liquidación. Vid. Cordon Moreno, F.: *La Unificación del Derecho Concursal en el Ámbito de la UE: Reglamento Comunitario 1346/2000, de Procedimientos de Insolvencia*; en Unión Europea Aranzadi, nº. 3, 2003, pág. 6.

² En virtud de este principio se admite un concurso sobre los bienes situados en el Estado en que se inicia el procedimiento, que no podría limitarse de conformidad con el Derecho europeo, también a los acreedores situados en éste, puesto que ello implicaría una discriminación por razón de nacionalidad, prohibida en este Derecho. Vid. Carballo Piñeiro, L.: *Acciones de reintegración de la masa y derecho concursal internacional*; Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2005, pág. 68, o Sánchez-Calero, J.; Guilarte Gutiérrez, V.: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Vol. IV, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 3466.

³ En la nota 27 de las conclusiones presentadas en el asunto Freeport (C-98/06, EU:C:2007:302), el Abogado General Mengozzi indicó que «dentro de ciertos límites, el *forum shopping*, entendido, según la definición formulada por el Abogado General Ruiz Jarabo Colomer, como “elección de un foro en función de las ventajas que puedan derivarse del derecho material (o, incluso, procesal) allí aplicado” (vid. las conclusiones *GIE Groupe Concorde y otros*, C-440/97, [EU:C:1999:146], nota 10), es indudablemente lícito».

Sin entrar a exponer la compleja evolución del marco jurídico aplicable al concurso de acreedores, que se remonta en Europa al Convenio de Bruselas de 1968, cabe señalar en este sentido el Reglamento 1346/2000⁴ y el Reglamento 2015/848⁵ que entró en vigor el día 26 de junio de 2017 para sustituir el anterior Reglamento 1346/2000. Los cambios introducidos por el nuevo Reglamento se expondrán a continuación, para poder valorar posteriormente su incidencia sobre la realización de prácticas de *forum-shopping* y sobre los derechos de los acreedores.

2. Las prácticas de *Forum-Shopping*

Las prácticas de *forum-shopping* implican identificar la jurisdicción más favorable para la iniciación de un procedimiento concursal. El deudor, para evitar una “feroz ejecución colectiva” de su patrimonio en un determinado Estado puede adoptar dos posiciones. Primera, trasladar su patrimonio a otro Estado con una legislación mucho más permisiva, donde las leyes concursales hagan difícil la ejecución colectiva, o donde no puedan ejecutarse las decisiones públicas en materia concursal adoptadas en otros Estados. Segunda, buscar un país donde la apertura del procedimiento de insolvencia sea muy difícil o prácticamente imposible⁶. Tanto en un caso, como en el otro, el deudor huye del mercado en que opera normalmente o lo hace a mayor escala, para iniciar el procedimiento concursal en un tercer país, elegido a su voluntad, donde las normas procesales y sustantivas aplicables al concurso le favorezcan⁷.

En términos económicos todo ello se traduce en una subida de los costes, de los contratos, con menos movimiento económico, menos recursos o función crediticia; y ello, porque evidentemente los acreedores se enfrentan a un claro riesgo de insolvencia internacional, contexto en que no están dispuestos a arriesgarse de la misma forma que en un escenario *but-for* en que la realización de prácticas de *forum-shopping* resultaría prácticamente imposible. Además, también existe otro riesgo importante: que algunos acreedores más ágiles insten antes que el deudor una ejecución veloz contra el patrimonio de éste para cobrar sus créditos, lo que puede llegar a perjudicar a los demás acreedores que no podrían cobrar porque ya no quedaría patrimonio sobre el que ejecutar.

Los Estados miembros han venido ofreciendo ciertas respuestas legales y judiciales a este fenómeno de *forum-shopping*, que pasan generalmente por adoptar medidas de proteccionismo autárquico, para proteger a sus nacionales, en detrimento de los acreedores extranjeros, muchas veces excluidos del procedimiento de insolvencia iniciado sobre aquellos bienes del deudor que se encuentren en el territorio nacional.

Todos estos aspectos exigieron la elaboración, a nivel europeo, de un régimen jurídico propio y adecuado de estos procedimientos de insolvencia internacional, concretado a través de los dos Reglamentos mencionados anteriormente. Los principales objetivos de las normas fueron, primero, poner fin a la inestabilidad internacional de los procedimientos de insolvencia y, segundo, dar respuesta a tres cuestiones clave en la tramitación de estos procedimientos: 1.- los criterios aplicables para determinar la competencia judicial internacional en materia concursal; 2.- el derecho aplicable a un procedimiento de insolvencia internacional y 3.- la cuestión de la eficacia extraterritorial de las decisiones concursales. Todo ello, sin eliminarse la aplicación de los Derechos nacionales a estos procedimientos⁸. De esta forma, se intentó evitar, en la medida de lo posible, que las partes encuentren incentivos para trasladar bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posi-

⁴ Vid. Reglamento (CE) N.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, disponible online en <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁵ Vid. Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, disponible online en <https://www.boe.es/doue/2015/141/L00019-00072.pdf>.

⁶ Vid. Calvo Caravaca, A.L.; Carrascosa González, J.: *Armas Legales Contra la Crisis Económica. Algunas Respuestas del Derecho Internacional Privado*; en Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2013, vol. 5, n.º.1, pág. 42.

⁷ Se trata de una práctica de un comportamiento especialmente dañino en aras de integración europea, debido a sus efectos sobre la libertad de establecimiento, la libre circulación de capitales, la libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, etc. Vid. Grasmann, G.: *Effects nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère*; en RCDIP; 1990; pág. 425 y ss.

⁸ Vid. Fehrenbach, M.: *Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, 2009, pág. 52.

ción jurídica más favorable en detrimento del conjunto de los acreedores (las prácticas de *forum shopping*)⁹.

3. Los cambios introducidos por el Reglamento 2015/848

3.1. *Ámbito de aplicación*

Una de las novedades del Reglamento radica en que se amplía su ámbito de aplicación con respecto al Reglamento anterior¹⁰. En el caso de España se incluyen la comunicación de negociaciones recogida en el art. 5bis de la Ley Concursal, las refinanciaciones homologadas judicialmente a las que hace referencia la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal y los acuerdos extrajudiciales de pagos¹¹, superándose así algunas de las debilidades del Reglamento anterior, como por ejemplo, reconocer la extensión de los efectos de las refinanciaciones homologadas judicialmente a acreedores disidentes y ausentes.

A mayores, el artículo 85, apartado 1, dispone que, en las materias comprendidas en su ámbito de aplicación, el Reglamento sustituye los Convenios bilaterales previamente existentes entre dos o más Estados miembros. No obstante, el artículo 85, apartado 3, letra a), establece que el Reglamento no será aplicable «en cualquier Estado miembro, cuando lo dispuesto en el mismo sea incompatible con las obligaciones en materia de quiebra resultantes de un Convenio celebrado antes de la entrada en vigor del presente Reglamento por dicho Estado y uno o varios terceros Estados». Por lo tanto, al entrar en vigor, igual que el Reglamento anterior¹², sustituyó a toda la legislación nacional y a todos los Convenios bilaterales firmados por los Estados miembros para determinar la competencia judicial internacional en el ámbito de los procedimientos de insolvencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 3.

Sin embargo, existen algunas cuestiones, bastante controvertidas, sobre las que el Reglamento no se pronuncia de forma expresa. Sin embargo, lo hizo el TJUE, al defender, por ejemplo, que el Reglamento sería aplicable también a procedimientos de insolvencia iniciados contra un demandado que tenga su domicilio en un Estado tercero o ante una posible transferencia de bienes fuera de la UE con el objeto de obtener ventajas legales¹³. A mayores, cuando las partes pacten a través de un con-

⁹ Vid. apart. 5 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia y apart. 4 del Reglamento (CE) N.º. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia.

¹⁰ El Reglamento 1346/2000 solamente era aplicable a los procedimientos de concurso de acreedores, quiebra y suspensión de pagos *vid.* Anexo A del Reglamento.

¹¹ *Vid.* Anexo A del Reglamento.

¹² *Vid.* art. 44 del citado Reglamento.

¹³ *Vid.* sentencia del TJUE de 16 de enero de 2014, dictada en el asunto *C-328/12, Ralph Schmid y Lilly Hertel*, En el asunto mencionado se defendieron dos posturas diferentes:

La primera, en contra de la aplicación del Reglamento, se fundamentó en base a varios argumentos, como por ejemplo: a). que el Derecho europeo únicamente puede tener efecto en terceros Estados a través de Convenios bilaterales o multilaterales; b). que el Reglamento pretende garantizar que los procedimientos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva dentro del mercado interior, del que no forman parte los terceros Estados; c). que las normas relativas al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales no pueden aplicarse a los terceros Estados, de modo que en cuanto a la competencia de los tribunales se refiera, el Reglamento no atribuye a los tribunales competencia internacional frente a terceros Estados; o d). que la situación expondría a los demandados domiciliados fuera de la UE, la parte más débil, a un Derecho concursal y procesal desconocido que debilitaría aún más su posición.

La segunda postura, también amparada por el TJUE, en defensa de la necesidad de aplicar el Reglamento a dichas situaciones se fundamentó en el siguiente razonamiento: El Reglamento es una medida directamente aplicable que, al entrar en vigor, sustituyó a toda la legislación nacional y a los Convenios bilaterales firmados por los Estados miembros, resultando por lo tanto irrelevante la existencia o no de un Convenio o de su contenido. Si el Reglamento no se aplicara a los procedimientos de este tipo, existiría un incentivo obvio para que una sociedad, consciente de que se enfrenta a dificultades económicas, transfiera, por ejemplo, bienes fuera del territorio de la UE a través de operaciones dudosas o fraudulentas con terceros domiciliados en Estados fuera de la UE, privando a los acreedores de la posibilidad de recuperar el máximo de la masa activa. Ello impediría que el Reglamento lograra los objetivos del mercado único y que el síndico gestione de una manera más efectiva y menos costosa la masa activa, lo cual redundaría en perjuicio de los acreedores, muchos de ellos domiciliados en la UE. Sin embargo, la aplicación del Reglamento eliminaría estos obstáculos, al mismo tiempo que tampoco se ocasionarían grandes inconvenientes al demandado de un tercer Estado, por tener que defenderse de la acción en una jurisdicción equivocada desde su punto de vista. Ello se debe justamente a

trato la legislación aplicable en casos de litigios, podrá invocarse lo dispuesto en el art. 16 del Reglamento para prevalecer la voluntad de las partes, según haya quedado plasmada en el contrato¹⁴.

Es importante señalar también que, una vez iniciado un procedimiento principal de insolvencia en un Estado miembro sobre alguna de las materias previstas en el Anexo A del Reglamento, éste debe ser reconocido por los órganos judiciales de los demás Estados miembros, de conformidad con la regla de prioridad que rige la iniciación de estos procedimientos. Dicha regla reposa en el principio de confianza mutua entre los Estados miembros, lo que implica la renuncia correlativa por los Estados miembros a sus normas internas de reconocimiento y de exequátur a favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución de las futuras resoluciones dictadas en el marco de los procedimientos de insolvencia, salvo que se haya vulnerado el derecho fundamental a ser oído del que es titular la persona afectada por dicho procedimiento¹⁵.

Todas estas medidas se tomaron en un contexto en que el TJUE defendió en prácticamente todas sus sentencias que el buen funcionamiento del mercado interior exigía que los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva y que, para el buen funcionamiento del mercado interior, era necesario evitar que las partes encontrasen incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable. Es decir, para evitar en la medida de lo posible la realización de prácticas de *fórum-shopping*.

3.2. La competencia judicial internacional y la ley aplicable

También se han introducido modificaciones en lo que concierne las reglas aplicables para establecer la competencia judicial internacional en estos procedimientos. Según lo dispuesto en el art. 3.1 del antiguo Reglamento 1346/2000, *tenían competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se situaba el centro de los intereses principales del deudor –COMI– y se presumía que el COMI era, salvo prueba en contrario, el lugar del domicilio social de la empresa*. El art. 3 del Reglamento 2015/848 sigue el mismo criterio de determinación del COMI, si bien con una limitación. La presunción *iuris tantum* antes mencionada solamente será aplicable *si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia*.

El Reglamento no establece un régimen jurídico europeo en materia de insolvencia y, por regla general, será de aplicación la ley del Estado de apertura del expediente¹⁶, de modo que sigue siendo posible que un operador económico decida establecer su COMI en un Estado miembro con una legislación permisiva para el deudor insolvente, especialmente ahora en un contexto en que, como hemos visto, el ámbito de aplicación del nuevo Reglamento conoció una importante ampliación.

Sin embargo, es innegable que la aprobación del Reglamento introduce seguridad jurídica en los casos de insolvencia internacional, puesto que indica los tribunales competentes para la tramitación de los procedimientos, la normativa estatal aplicable y reconoce efectos en los demás Estados miembros a una resolución en materia concursal dictada por tribunales u órganos de un solo Estado

que ninguna resolución obtendrá un reconocimiento y una ejecución automáticos con arreglo al Reglamento lo que le permitía, a posteriori, disfrutar en cualquier caso de cierto grado de protección ante el tribunal correspondiente a su domicilio. Sin perjuicio de que, sobre la base de un convenio bilateral, dicha resolución pueda ser reconocida y ejecutada por los otros Estados miembros. Además, el Tribunal defendió que las consideraciones alcanzadas en el asunto *Owusu* deben aplicarse por analogía también en este ámbito, de modo que debe determinarse el tribunal competente para la tramitación del procedimiento, otorgando prioridad al principio de seguridad jurídica por lo que respecta a las competencias judiciales en materia de quiebra, al de protección de las personas establecidas en la UE y al de aplicación uniforme de las reglas de competencia recogidas en el Convenio de Bruselas, por encima de lo dispuesto en las legislaciones estatales o Convenios bilaterales. De modo que, la aplicación del Reglamento no puede depender, por regla general, de la existencia de un vínculo transfronterizo que implique también a otro Estado miembro en que el demandado tenga su domicilio. El texto del Reglamento debe interpretarse también en el sentido de que atribuye a los tribunales del Estado miembro competente para incoar un procedimiento de insolvencia, competencia internacional para conocer de las acciones que emanen directamente de este procedimiento y que guarden estrecha relación con él, como resulta ser el caso.

¹⁴ Vid. Sentencia del TJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-54/16 *Vinyls Italia SpA, en quiebra/ Mediterranea di Navigazione SpA*.

¹⁵ Vid. sentencia dictada en el asunto *Eurofood IFSC Ltd. C-341/04*, dictada por el TJUE (Gran Sala), de 2 de mayo de 2006.

¹⁶ Vid., por ejemplo, Sentencia n.º C-195/15, dictada por el TJUE el día 26 de octubre de 2016, apart. 3, art. 4 del Reglamento 1346/2000 y art. 7 del Reglamento 2015/848.

miembro. Todo ello permite la tramitación eficaz y efectiva de los procedimientos transfronterizos de insolvencia, respetándose el principio *par conditio creditorum*, la diversidad de las legislaciones concursales nacionales y lográndose una disminución de las prácticas de *forum-shopping*, sin que sea posible su eliminación. Ello se debe a que, si bien los deudores seguirían pudiendo trasladar su domicilio a otro país con una legislación más ventajosa para ellos, el cambio del COMI no impediría que conozca del concurso los tribunales del país en que habitualmente operaba el deudor¹⁷. Según el art. 3.2, se reconoce competencia a estos tribunales para iniciar un procedimiento secundario cuya tramitación se limitaría a los bienes del deudor situados en su territorio nacional¹⁸.

Por lo tanto, el artículo 3 del nuevo Reglamento prevé, igual que su predecesor, dos tipos de procedimientos de insolvencia. El procedimiento de insolvencia que, en virtud del apartado 1 de dicho artículo, abre el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor, calificado de *procedimiento principal*, que produce efectos universales, ya que afecta a los bienes del deudor situados en todos los Estados miembros en los que es aplicable el Reglamento, y demás procedimientos posteriores, tramitados por el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en el que el deudor posea un establecimiento que, con arreglo al apartado 2 del citado artículo, se calificarían de *procedimientos secundarios*, es decir, limitados a los bienes del deudor que se encuentran en el territorio de dicho Estado¹⁹, en el momento en que se tome la decisión de apertura del procedimiento²⁰. De modo que, la iniciación de un procedimiento secundario limitaría el alcance de un procedimiento principal, puesto que sobre los bienes que formen el objeto del procedimiento secundario solamente podrían pronunciarse los tribunales del Estado en que se encuentren los bienes en cuestión²¹. A mayores, en el momento de iniciar un procedimiento secundario, cuando exista un procedimiento principal abierto en otro Estado, ya no haría falta examinarse de nuevo la insolvencia del deudor²².

En la práctica, el TJUE realizó una interpretación bastante amplia del art. 3 del Reglamento. Así, se atribuyó competencia internacional a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se ha abierto el procedimiento de insolvencia para conocer también de las acciones que emanen directamente del procedimiento de insolvencia inicial y que guarden estrecha relación con él, en el sentido del sexto considerando del Reglamento²³. Un aspecto que permitiría la presentación, por ejemplo, de solicitudes de ampliación de un procedimiento de insolvencia a los bienes de otra empresa por razón de la confusión entre los patrimonios de ésta y de la empresa concursada, cuando se demuestre que el centro de los intereses principales de la nueva empresa también se encuentra en el Estado miembro en que se tramita el procedimiento de insolvencia. Sin que sea suficiente, a efectos de desvirtuar la presunción del COMI, alegar simplemente que esta segunda empresa también desarrolla actividad empresarial en el Estado en que se inició el procedimiento principal. Para destruir la presunción según la cual ese centro se encuentra en el lugar del domicilio social, es necesario que la apreciación global de todos los elementos pertinentes permita acreditar que, de modo comprobable por terceros, el centro efectivo de dirección y de control de la sociedad a que se refiere la solicitud de ampliación se sitúa en el Estado miembro en que se ha incoado el procedimiento de insolvencia inicial²⁴.

La aplicación de esta presunción *iuris tantum*, de conformidad con la cual el COMI de una empresa se encuentra en el lugar en que tenga establecida su sede social, reviste especial importancia práctica a efectos de acreditar la competencia de los tribunales elegidos para iniciar un procedimiento concursal. Para desvirtuar la presunción, no hace falta acudir a la técnica específica del fraude de ley. El Reglamento parte de la base de que es legítimo cambiar el COMI, sin tener alguna importancia la razón a la que obedece dicho cambio. De modo que hace falta aportar pruebas para acreditar que el

¹⁷ Vid. De Cesari, P.; Montella, G.: *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana. Competenza internazionale e riconoscimento delle decisioni*; Ipsoa; Milano; 2009; págs. 175 y ss.

¹⁸ Vid. la sentencia de 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, Rec. p. I-3813, apartado 28.

¹⁹ Vid. la sentencia de 21 de enero de 2010, dictada en el asunto C-444/07, *MG Probud Gdynia sp. z o.o.*, ap. 22.

²⁰ Vid. la sentencia del TJUE dictada el 11 de junio de 2015, en el asunto C-649/13.

²¹ Vid. la sentencia de 17 de noviembre de 2011, *Zaza Retail*, C-112/10, Rec. p. I-0000, apartado 17.

²² Vid. la sentencia de 22 de noviembre de 2012, *Bank Handlowy und Ryszard Adamiak contra Christianapol sp. z o.o.*

²³ Vid., por ejemplo, la sentencia de 12 de febrero de 2009, *Seagon*, C-339/07, Rec. p. I-767, apartados 19 a 21.

²⁴ Vid. la sentencia del TJUE de fecha 15 de diciembre de 2011, dictada en el asunto C-191/10, *Rastelli Davide e C. Snc*.

centro de intereses principales no se encuentra en el lugar en que se fija una nueva sede social, mediante la apreciación global de todos los elementos pertinentes, en el sentido mencionado anteriormente²⁵. En este punto, el Reglamento tiene en cuenta de forma consecuente la libertad fundamental de establecimiento, la cual resultaría perjudicada, cuando menos indirectamente, por una normativa más restrictiva²⁶.

Este aspecto puede revestir ciertas dificultades, por ejemplo, en el caso de un grupo de empresas. El TJUE manifestó que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado diferente del Estado miembro en el que tenga su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Este podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en que tiene su domicilio social. En cambio, cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento²⁷.

Por lo tanto, se podría afirmar con carácter general que el artículo 3, apartado 1, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que el domicilio social de una sociedad se haya trasladado de un Estado miembro a otro, el tribunal ante el que se presente, con posterioridad a dicho traslado, una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en el Estado miembro de origen únicamente podrá dejar sin aplicar la presunción de que el centro de los intereses principales de dicha sociedad está situado en el lugar del nuevo domicilio social y considerar que el centro de tales intereses seguiría estando en el Estado miembro de origen en la fecha de presentación de la solicitud, pese a que la sociedad en cuestión ya no dispusiera en dicho Estado de un establecimiento, si se da la circunstancia de que de otros elementos objetivos y verificables por los terceros resulta, no obstante, que en aquella fecha aún se encontraba allí el centro efectivo de dirección y control de la sociedad y de la administración de sus intereses²⁸.

En cuanto a la situación de los acreedores, es innegable que las consecuencias del traslado del COMI pueden entrañar ciertas desventajas. Los acreedores, en el momento de entablar relaciones jurídicas con el deudor, parten de la existencia de un lugar para la tramitación de un potencial procedimiento de insolvencia que, tras el traslado del domicilio, deja de ser el exacto. Se frustrarían sus expectativas de iniciar un litigio en el Estado en que se celebró el contrato, en un contexto en que las disposiciones del Reglamento se basan precisamente en el objetivo de que los acreedores puedan averiguar inequívocamente con antelación, el sistema legal que resolvería cualquier insolvencia que pueda afectar a sus intereses, para conocer y poder calcular los riesgos jurídicos que deberían asumirse en caso de insolvencia²⁹. Ello se debe a que el cambio del COMI y el otorgamiento a un órgano judicial de otro Estado miembro de competencias para tramitar el procedimiento de insolvencia, implica automáticamente el cambio de la legislación aplicable, puesto que la tramitación del procedimiento se regiría por lo dispuesto en la ley nacional de este nuevo Estado, según lo dispuesto en el art. 7 del Reglamento. El Reglamento tampoco contiene alguna norma específica sobre un período transitorio tras el traslado del domicilio que pueda defender el derecho de los acreedores de entablar un procedimiento en el Estado en que celebraron el contrato con el deudor. Se ha defendido que ello

²⁵ Vid. Eidenmüller, H.: *Abuse of law in the context of European Insolvency Law*; en De la FERIA, R.; Vogenauer, S.; *The Prohibition of Abuse of Rights. A New European Principle?*; Kluwer Law; Londres; 2011; pág. 147.

²⁶ Vid. las conclusiones presentadas el 10 de marzo de 2011 en el asunto C-396/09, *Interedil SRL/Fallimento Interedil –Intesa Gestione Crediti SpA*, apart. 48.

²⁷ Vid. la sentencia nº. C-341/04, dictada por el TJUE el 2 de mayo de 2006, apart. 1.

²⁸ Vid., por ejemplo, el auto de fecha 24 de mayo de 2016, dictado en el asunto C-353/15, *Leonmobili Srl, Gennaro Leone/Homag Holzbearbeitungssysteme GmbH y otros*.

²⁹ Vid. por ejemplo, las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs el 27 de septiembre de 2005 en el asunto *Eurofood IFSC*, apart. 118.

resultaría contrario a la libertad fundamental de establecimiento³⁰, de modo que todos los acreedores deben asumir el riesgo de verse obligados a litigar en una jurisdicción diferente a la anticipada.

3.3. Plazo mínimo de nueva sede

Como se ha mencionado anteriormente, el art. 3.1 del Reglamento prevé que la presunción *iuris tantum* sobre el COMI solamente será aplicable *si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia*.

Ello implica, en términos de presunción, que el COMI debe trasladarse con al menos 91 días de antelación a la presentación de la solicitud de insolvencia, a contar desde la fecha del asiento en el Registro Mercantil del Estado *ad quem*. Habrá Estados en que los trámites necesarios se realicen de forma rápida y otros en que se asista a un alargamiento del plazo por razones ajenas al deudor, un aspecto que sin embargo no llegaría a influir la conducta de las partes interesadas en el procedimiento, en términos de *forum-shopping*, por las razones mencionadas a continuación.

En este sentido, resulta importante analizar los efectos concretos que tendría la aplicación del umbral en cuanto al régimen de la prueba se refiera.

El deudor alegraría cual es su nueva sede social, los días que servirían a efectos de cómputo del plazo, más las razones de tardanza de los trámites para el asiento en el Registro Mercantil de dicho cambio, si tales días resultarían ser inferiores al umbral establecido en el Reglamento. Ello le serviría para establecerse, al menos, una presunción judicial o presunción de hecho de cambio de COMI, basada en indicios que lleguen a acreditar un cambio efectivo de sede social. Tal presunción no exigiría al deudor realizar mayores esfuerzos probatorios que otro deudor al que se le aplicaría la presunción legal, por superar el umbral previsto en el Reglamento. Ello se debe a que a efectos de establecer una presunción judicial no reviste gran importancia el umbral temporal si existen indicios de que existe un cambio efectivo del COMI³¹. En cuanto a la contraparte, la carga de la prueba resultaría prácticamente la misma, puesto que para desvirtuar cualquiera de estas presunciones le haría falta acreditar que el COMI no coincide con la sede social. Ello sucede porque en ambos casos resultaría inadmisibles no dar importancia a un traslado efectivo de COMI con antelación a la iniciación del procedimiento concursal, al menos para establecer una presunción de hecho *prima facie* de que la nueva sede es el COMI³².

Por lo tanto, establecer dicho umbral para disuadir a las empresas de llevar a cabo prácticas de *forum-shopping* resulta desacertado e inútil desde un punto de vista procesal, puesto que como se ha visto, tanto en el caso de una presunción como de la otra no hay diferencias apreciables en cuanto a las pruebas exigidas para desvirtuarse. Además, un acreedor y un deudor suficientemente informados sobre este plazo de 90 días podrían fácilmente manipular el procedimiento, para solicitar su apertura en el plazo que más les interese. Un deudor interesado en *forum-shopping* evitará presentar la solicitud antes de cumplir el plazo, lo que no le resulta difícil puesto que los plazos en los que debe presentar la solicitud de insolvencia resultan ser mucho más amplios. De una forma muy similar, un acreedor puede apurarse e iniciar los trámites, antes de que se cumpla el plazo de 90 días previsto en el Reglamento.

4. Conclusiones

El problema del *forum-shopping* en casos de insolvencia internacional puede analizarse desde perspectivas muy diferentes. No siempre resultan ser tan deshonestas como podría pensarse a primera vista. Desde un punto de vista económico, pueden llegar a beneficiar no solamente a los deudores, sino también a los acreedores, especialmente en aquellos supuestos en que estos últimos también

³⁰ Vid. las conclusiones presentadas el 10 de marzo de 2011 en el asunto C-396/09, *Interedil SRL/Fallimento Interedil –Intesa Gestione Crediti SpA*, apart. 48.

³¹ Sobre el valor probatorio de los indicios y los efectos de una presunción judicial, vid. Barberio, S.J.; Carrillo, H.; García Solá, M.: *Doctrina y Jurisprudencia. Proceso Civil y Comercial*; ed. Juris, 2005; pág. 69 y ss.

³² Vid. Carrasco Perera, A.: *Presunción de COMI y domicilio social de la sociedad concursada en el nuevo Reglamento comunitario de insolvencia*; en *Análisis GA&P*; junio de 2015; apart. 12.



apoyen su realización o hayan sido los promotores de las prácticas en cuestión. Sin embargo, en muchos casos, el *forum-shopping* se llevará a cabo de forma hostil por ambas partes, interesadas en establecer el COMI de una forma acorde a sus intereses personales. El objetivo del nuevo Reglamento es justamente aquel de impedir la realización de estas prácticas, a pesar de que, como se ha visto, se trata de una norma incapaz de frenar la realización de todas estas prácticas. Si bien es imposible predecir con certeza los efectos prácticos de su aplicación, debido a su reciente entrada en vigor, es innegable que teóricamente las nuevas disposiciones aportarán más seguridad jurídica para todas las partes implicadas y permitirán la tramitación de una forma mucho más eficaz y efectiva de los procedimientos transfronterizos de insolvencia.