

Comentarios al nuevo Reglamento comunitario de insolvencia

**Presunción de COMI y domicilio social
de la sociedad concursada
en el nuevo Reglamento comunitario de insolvencia**

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La presunción, el tiempo del traslado social y la ratio de la norma

1. Conforme al artículo 3.1 del Reglamento 1346/2000, 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 (COMI), presumiéndose que el deudor societario tiene su COMI en el lugar de su domicilio social. El nuevo Reglamento 2015/848 mantiene esta estructura en esencia, pero incorpora una restricción. Esta presunción "sólo será aplicable si el domicilio social no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia".
2. Según el considerando (5) del nuevo Reglamento, la novedad se debe al deseo de evitar que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro "en busca de una posición jurídica más favorable en detrimento del conjunto de los acreedores (búsqueda de un foro de conveniencia)". La idea se reitera en el considerando (29), conforme al cual el Reglamento "debe contener una serie de salvaguardias destinadas a evitar foros de conveniencia fraudulentos o abusivos".
3. Tanto la norma presente como la anterior se fundamentan en unas presuposiciones de fraude de ley que la jurisprudencia del TJUE no comparte, y que de hecho no son compartibles, por las razones que a continuación se exponen.

Fraude versus prueba en contrario a una presunción legal

4. Quien esté interesado en destruir la presunción no requiere llamar en su auxilio a la técnica específica del fraude de ley, sino aportar hechos al proceso que acrediten que el COMI no coincide con la sede social¹. Es decir, y sin entrar todavía en el asunto del plazo del traslado, es un procedimiento jurídico vicioso el de querer "destruir" la presunción de COMI mediante la alegación y prueba del sedicente fraude de ley. Al contrario, la alegación y prueba deben recaer sobre los hechos que acrediten que el centro de intereses principales sigue sin encontrarse en el territorio de la nueva sede social. Pero ni bastaba en 2000 ni basta en 2015 probar que el deudor *ha trasladado su domicilio precisamente para alterar el COMI y sin otro designio que alterar su COMI*, pues tal propósito no es sólo legítimo, sino que es el propósito mismo que está santificado como típico por la norma.
5. Pero puede ocurrir que COMI y sede social vayan juntos y que no sea posible destruir la presunción del artículo 3.1 del Reglamento. ¿Podrá atacarse la competencia judicial sobre la base del fraude de ley o atribuir competencia judicial disgregada del COMI sobre la base del fraude de ley? Me refiero primero a la versión del Reglamento 1346/2000.
6. Según EIDENMÜLLER, existirá abuso de derecho o fraude de ley cuando el deudor haya movido

¹ Cfr STJUE 20 octubre 2011, as C-395/09.

su COMI por simples “*distributive considerations*”, y no por razones de eficiencia o maximización de la masa repartible a favor de todos los acreedores; en consecuencia, “*if a COMI shift is evidently effected in order to enrich the person initiating it – or some creditors at the expense of others – at the expense of other stakeholders, the shift is abusive*”². A mí me parece que se trata de un error, en el que se incurre por querer asignar a la técnica anti elusión funciones que los ordenamientos jurídicos han asignado tradicional y pacíficamente a otras instituciones jurídicas. No puede existir *nunca* fraude por cambio de COMI, si este cambio es efectivo, es decir, comporta una modificación real del centro de intereses principales del deudor. Y si no lo comporta, porque el centro de intereses no coincide con la sede social, tampoco hay fraude, sino contraprueba, admisible, de una presunción de validez relativa.

7. No tiene ninguna importancia a qué razón obedece este cambio de sede, que puede muy bien ser – y será – la búsqueda de una jurisdicción o de un derecho más favorable. Si el cambio no es real sino – en la terminología del TJUE – un “*wholly artificial arrangement*”, existirá simulación y no fraude, y el COMI no se habrá modificado³. Es cierto que el deudor puede haber perseguido alzarse con sus bienes, defraudar a sus acreedores, apropiarse de activos que de otra forma serían destinados a la liquidación, etc. Pero para atacar estas conductas existen en todos los sistemas mecanismos de impugnación rescisoria por fraude o perjuicio concursal, así como impugnaciones de acuerdos sociales de cambio de sede social.
8. El cambio simulado de COMI no opera los efectos deseados, pero el cambio estratégico sí, como demuestra la pragmática jurisprudencia inglesa relativa a los cambios

estratégicos de COMI para someterse a un “*scheme of arrangements*” en la jurisdicción concursal inglesa⁴. Una muestra más de las diferencias de sustancia – irreductibles a cánones de interpretación normativa – entre el sustancialismo valorativo “continental” y el pragmatismo de la seguridad jurídica “*tout court*”, que caracteriza el “*stylus curiae*” británico.

Plazo mínimo de nueva sede y fraude

9. La nueva redacción del artículo 3.1 por el Reglamento 2015/848 acredita la verdad de la tesis expuesta. A los efectos que siguen, redondearemos en 90 días los tres meses de “carencia” precisos para el juego de la presunción. Ahora se especifica por la norma que la presunción COMI=domicilio social no rige si el domicilio social ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.
10. Los 90 días representan un *umbral*, con todas las características positivas y perversas propias de los umbrales normativos. En consecuencia, la presunción regirá – ilo que no quiere decir que no sea todavía posible una prueba en contrario! – si la sede se trasladó 91 días antes de la apertura del procedimiento. No se podrá decir que el fraude de ley hace *excluire* la presunción, que seguirá rigiendo; todo lo más, la cercanía del umbral – que sólo se excede *de minimis* por un día – podrá servir para *vencer* más fácilmente la presunción de que la sede social es el lugar en el que el deudor lleva a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses. Es decir, en términos de presunción, se vencerá más fácilmente la presunción fundada en 90 días que la construida sobre un traslado de sede de más de un año de antigüedad.

² “Abuse of Law in the Context of European Insolvency Law”, en LA FERIA /VOGENAUER, *The Prohibition of Abuse of Rights. A New European Principle?*, 2011, pag. 147. El autor cita en su apoyo una sentencia del Tribunal Federal alemán de 13 diciembre 2007.

³ Cfr. el caso de notario alemán que “trasladó” su residencia a Reino Unido para la selección de un foro concursal favorable (High Court, Chancery Division, 29 agosto 2012, en www.bailli.org).

⁴ Para lo cual, cfr. S. PHILIPS, *European Revolution vs. English Evolution*, *International Corporate Rescue* 2014, n. 5, pags. 323-326 y el caso *Apcoa Parking Holdings GmbH & Ors* [2014] EWHC 3849 (Ch), en *International Corporate Rescue* 2015, n. 3, pags. 189-192.

La perversión del umbral temporal

11. Pero, como he dicho, el umbral es también perverso, porque plantea una cuestión de límites y porque afectará de una manera sorprendente al régimen de la prueba. Veamos.
12. Si en el día 89 se ha producido el traslado, no habrá presunción. Pero sí la habrá si el traslado cumple 90 días. Ya de entrada es banal el límite. La fecha del traslado es la del asiento en el registro mercantil en el Estado *ad quem*. Pero puede haber ocurrido que los trámites de registro se hayan alargado por razones ajenas a la conducta del deudor (ipor ejemplo, el día 90 previo al concurso era festivo!). Más aún, será lo ordinario. Sería absurdo decir que en tal caso el deudor corre con el riesgo del tiempo. ¿Qué pasará en el eventual conflicto judicial? El deudor alegará su sede social, los 89 días, las razones de la tardanza, etc. Para establecer una *presunción judicial* (o presunción *de hecho* o *de hombre*, como también se las llama) el juzgador no exigirá en este caso más que lo que el legislador ha dado por bueno al establecer una *presunción legal*. En términos reales, la asignación y la densidad de la carga de la prueba no diferirán en un caso u otro. De hecho, una sede social trasladada sólo 30 días antes de la apertura de la insolvencia puede fundar justamente una presunción judicial tan potente como lo sería una presunción legal. Queremos decir con ello que la *carga de la prueba* que ha de poner la contraparte sobre la mesa es prácticamente la misma en uno u otro caso: en un caso y otro tiene que probar que el COMI no coincide con la sede social. Porque no puede ser cierto que un traslado de sede de sólo 40 días no sirva para establecer una presunción de hecho prima facie de que dicha sede es el COMI.
13. Por otro lado, el umbral de 90 días puede resultar perverso contra las intenciones manifestadas por el legislador comunitario. Reparemos que la presunción fundada sobre el traslado previo a 90 días es, como toda presunción relativa, algo que puede ser contrarrestado por una prueba en contrario. Ahora bien, si quisiéramos ser consecuentes con las normas, *no debería ser el mismo* el "esfuerzo" de contraprueba que tendría que soportar la parte adversa cuando el traslado

hubiera cumplido 90 días que el que debería desplegar si sólo contara con 89 días. Es decir, al establecer una presunción legal a partir de un umbral de tiempo, pero dejar inafectadas las presunciones judiciales que puedan y deban construirse con vectores de tiempo más limitado, la norma debería haber explicitado que la presunción de 90 días no se destruye con la *simple* prueba de que el COMI no es la sede social. Habría que probar *algo más*. ¿Pero qué más?

14. En mi opinión, las paradojas a que conducen siempre los posicionamientos de presunciones legales a partir de umbrales temporales ponen de manifiesto que, como en otros muchos lugares del nuevo Reglamento, la solución normativa europea es fallida. Me parece claro que, si se quería jugar y especular con atajos al "fraude", debería haberse establecido que una sede social trasladada en, al menos 90 días, sería una presunción *irrefutable* de COMI. Otra solución no tiene sentido, porque no marca diferencias apreciables. Esta presunción irrefutable no podría ser destruida por una prueba en contrario, siempre que el traslado registral de sede *no hubiera sido simulado*. Si el registro de sede social fuese "auténtico", ya no habría espacio para mayores elucubraciones. Desde luego, no habría espacio para reintroducir la técnica del abuso de derecho o del fraude de ley. Porque es de esencia de un umbral normativo que el interesado pueda siempre *reposar tranquilo si ha alcanzado, aún de minimis, la frontera del umbral*. Y si se le pregunta o se le reprocha para qué hizo tal cosa, responderá, con la razón de un santo: *precisamente para esto*. El fraude de ley no sería sino un burdo mecanismo de discrecionalidad judicial empleado para rescribir normas. Porque el plazo de carencia es un *nicho* y no hay nicho si el actor puede ser desalojado de él con sólo probar que no actuó con otra motivación que la de la búsqueda del nicho.
15. Finalmente, una crítica de orden pragmático. El nuevo Reglamento está plagado de normas en las que se revela infantilismo penoso del legislador comunitario o superficialidad extrema en la comprensión cabal de la realidad sobre la que se está regulando. El nuevo plazo de carencia de la presunción del artículo 3.1 II es uno de ellos. Es claro que si el deudor o

sus asesores están suficientemente informados sobre el término temporal de la presunción de COMI, pueden manipular sin reparos el procedimiento, mediante el expediente de solicitar la apertura del procedimiento justamente cuando hayan pasado 90 días. Es evidente que todo deudor interesado en el *forum shopping* evitará presentar la solicitud el día 89, porque de hecho todo deudor interesado en abrir un procedimiento colectivo tiene por lo común una amplia discreción en cuanto al plazo en el que quiere iniciar el proceso. Por eso, la norma deviene otra vez superflua: *bien está, esperaremos que hayan pasado unos días, pero la estrategia de forum shopping* (ique no es fraudulenta, sino plenamente adecuada a la norma!) no se habrá alterado por ello.

Plazo de presunción y procedimiento informal de renegociación

16. Los 90 días de plazo han de ser anteriores a la "solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia". Pero en el Reglamento 2015/848 este concepto tiene un alcance más amplio que en Reglamento 1346/2000. Ya no es preciso que se trate de un procedimiento colectivo fundado en la insolvencia, que implique el desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un síndico. Conforme al texto nuevo, es también un procedimiento de esta clase el "procedimiento colectivo público"

en el que un juez acuerde "o se establezca por ministerio de la ley" una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión "prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos" de insolvencia ordinarios [art. 1. 1. c)].

17. Es decir, no sólo es un "procedimiento de insolvencia" el recogido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Concursal, sino también las "prenegociaciones" del artículo 5 bis de la citada Ley, aunque no los "procedimientos" colectivos del artículo 71 bis. Creemos que no tiene ningún sentido fundar la presunción de COMI en un umbral temporal determinado para procedimientos informales como el del artículo 5 bis. De hecho, en tales procedimientos no existe "solicitud de apertura", sino simple comunicación de negociaciones (ya iniciadas) al órgano judicial correspondiente. Y nadie sabe cuándo han comenzado las negociaciones, ni tampoco a nadie importa. Por demás, es claro que se puede negociar a efectos del 5 bis sin importar dónde tiene su COMI ni su sede social el deudor. De hecho, ni siquiera existe una "resolución" de autoridad que esté llamada a producir efectos propios del "reconocimiento" de resoluciones judiciales en el Reglamento.