

## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. F.G. JACOBS

de 27 de septiembre de 2005 <sup>1</sup>

1. El presente asunto, planteado por la Supreme Court de Irlanda, tiene su origen en la insolvencia del grupo de empresas Parmalat. Se refiere, concretamente, a la cuestión de si el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia <sup>2</sup> exige que una filial irlandesa de la matriz italiana Parmalat SpA (en lo sucesivo, «Parmalat») se liquide en Irlanda o en Italia.

fecha acordada de 23 de mayo de 1996. <sup>3</sup> Sin embargo, a los efectos del presente asunto, el texto del Reglamento es, en todos sus aspectos materiales, idéntico al texto del Convenio. <sup>4</sup> En estas circunstancias, considero que el informe explicativo escrito por el Profesor Virgós y el Sr. Schmit (en lo sucesivo, «informe Virgós-Schmit») <sup>5</sup> puede

## El Reglamento sobre procedimientos de insolvencia

2. El Reglamento es el sucesor del Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia (en lo sucesivo, «Convenio»), que fue a su vez la culminación de 25 años de discusiones y negociaciones. El Convenio no llegó a entrar en vigor porque el Reino Unido no lo había firmado en la

3 — Los antecedentes históricos están descritos en las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 6 de septiembre de 2005 en el asunto *Staubitz-Schreiber*, C-1/04, aún no publicadas en la Recopilación. Véanse también Balz, M.: «The European Union Convention on insolvency proceedings», *American Bankruptcy Law Journal*, 1996, pp. 485 y ss., especialmente p. 529; Fletcher, I.: *Insolvency in Private International Law*, 1999 (en lo sucesivo, «Fletcher»), pp. 298 a 301, y Burbidge, P.: «Cross border insolvency within the European Union: dawn of a new era», *European Law Review*, 2002, pp. 589 y ss., especialmente p. 591.

4 — Las diferencias están descritas y explicadas en los apartados 1.22 y 1.23 de Moss, G., Fletcher, I., e Isaacs, S.: *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, 2002 (en lo sucesivo, «Moss, Fletcher e Isaacs»). Véase también Virgós, M., y Garcimartín, F.: *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2004 (en lo sucesivo, «Virgós y Garcimartín»), punto 48, letra a).

5 — El informe Virgós-Schmit, que fue la fuente de muchos de los considerandos del Reglamento, no llegó a publicarse en el Diario Oficial, aunque existe como Documento del Consejo de la UE de 8 de Julio de 1996 — 6.500/1/96. Sin embargo, la versión definitiva del texto completo en inglés puede encontrarse en Moss, Fletcher e Isaacs. Véase también el artículo de M. Balz citado en la nota 3 *supra* (en lo sucesivo, «Balz»). El Sr. Balz presidió el Grupo de Trabajo sobre Insolvencia del Consejo de la UE, autor del Convenio. Declara que el informe Virgós-Schmit «se discutió exhaustivamente y los delegados expertos lo aceptaron pero, al contrario que el Convenio, no fue formalmente aprobado por el Consejo de Ministros. Sin embargo, tendrá una autoridad considerable sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros» (nota 51).

1 — Lengua original: inglés.

2 — Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160, p. 1).

aportar indicaciones útiles a la hora de interpretar el Reglamento.<sup>6</sup>

3. El Reglamento fue adoptado sobre la base de los artículos 61 CE, letra c), y 67 CE, apartado 1, por iniciativa de Alemania y Finlandia.<sup>7</sup> Regula fundamentalmente la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable en los procedimientos comprendidos en su ámbito de aplicación, a saber, los «procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico», así como el reconocimiento mutuo de dichos procedimientos.<sup>8</sup> El Reglamento no regula los grupos de empresas: a los efectos del Reglamento, cada empresa sujeta a un procedimiento de insolvencia es un «deudor» individual.<sup>9</sup>

4. A tenor del segundo considerando:

«El buen funcionamiento del mercado interior exige que los procedimientos transfron-

terizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva, y la adopción del presente Reglamento es necesaria para alcanzar dicho objetivo.»

5. A tenor del cuarto considerando:

«Para el buen funcionamiento del mercado interior, es necesario evitar 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*).»

6. A tenor de la primera frase del undécimo considerando:

«El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad.»

6 — De la misma forma, el Tribunal de Justicia se ha referido muchas veces a los informes explicativos del Convenio de Bruselas [principalmente, al Informe Jenard sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, p. 1; texto en español, DO 1990, C 189, p. 122) y al Informe Schlosser sobre el Convenio de adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio de Bruselas (DO 1979, C 59, p. 71; texto en español, DO 1990, C 189 p. 184)].

7 — Iniciativa de la República Federal de Alemania y de la República de Finlandia con vistas a la adopción de un Reglamento del Consejo sobre procedimientos de insolvencia, presentada al Consejo el 26 de mayo de 1999 (DO C 221, p. 8).

8 — Artículo 1, apartado 1.

9 — Véase asimismo el punto 117 *infra*.

7. A tenor del decimotercer considerando:

«El centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros.»

8. A tenor del decimosexto considerando:

«El tribunal competente para abrir el procedimiento principal de insolvencia debería estar facultado para ordenar medidas provisionales y cautelares desde el momento mismo de solicitud de apertura del procedimiento. [...] El síndico provisional de insolvencia designado con anterioridad al procedimiento principal debería estar facultado para solicitar, en los Estados miembros en que se encuentre un establecimiento del deudor, las medidas de seguridad posibles con arreglo al Derecho de dichos Estados.»

mínimo necesario. También debería solventarse con arreglo a este principio cualquier conflicto que se produzca cuando los tribunales de dos Estados miembros se consideren competentes para incoar un procedimiento principal de insolvencia; la decisión del tribunal que lo inicie en primer lugar debería ser reconocida en los demás Estados miembros, que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal.»

10. A tenor del vigésimo tercer considerando:

«[...] Salvo disposición en contrario, debería ser de aplicación la Ley del Estado miembro contratante de apertura del procedimiento (*lex concursus*). [...] La *lex concursus* determina todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas, y regula todas las condiciones para la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia.»

9. A tenor del vigésimo segundo considerando:

«El presente Reglamento debería establecer un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y terminación de los procedimientos de insolvencia que entran en su ámbito de aplicación y de las decisiones pronunciadas en relación directa con dicho procedimiento de insolvencia. Por esta razón, el reconocimiento automático debería tener por consecuencia que los efectos que el Derecho del Estado de apertura del procedimiento produce en el procedimiento se extendieran a todos los demás Estados. El reconocimiento de las decisiones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debería reposar en el principio de la confianza mutua; a este respecto, los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al

11. El artículo 1, apartado 1, dispone:

«El presente Reglamento se aplicará a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico.»

12. El artículo 2 contiene las siguientes definiciones a los efectos del Reglamento:

«a) “procedimiento de insolvencia”: uno de los procedimientos colectivos contemplados en el apartado 1 del artículo 1. La lista de dichos procedimientos figura en el anexo A;

b) “síndico”: cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor. En el anexo C figura la lista de dichas personas u órganos;

[...]

e) “decisión”: en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia o el nombramiento de un síndico, la decisión de cualquier tribunal competente para abrir un procedimiento o para nombrar a un síndico;

f) “momento de apertura del procedimiento”: el momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva».

13. El anexo A incluye en el epígrafe «Irlanda», «Compulsory winding-up by the Court» (liquidación judicial obligatoria). El anexo C incluye en el epígrafe «Irlanda», «Provisional liquidator» (síndico provisional).<sup>10</sup>

14. El artículo 3 del Reglamento, en la medida en que es pertinente, dispone:

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

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

10 — Con posterioridad a los hechos que dieron lugar al procedimiento principal, los anexos del Reglamento han sido modificados por el Reglamento (CE) n° 603/2005 del Consejo, de 12 de abril de 2005, por el que se modifican las listas de los procedimientos de insolvencia, los procedimientos de liquidación y los síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento n° 1346/2000 (DO L 100, p. 1). Las modificaciones no son pertinentes en el presente asunto. Véase asimismo la nota 14.

15. El efecto que produce el artículo 3 es distinguir entre dos tipos de procedimientos de insolvencia. Los que entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 1, es decir, los que inician los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúa el centro de los intereses principales del deudor, se denominan, con carácter general, «procedimientos [de insolvencia] principales». Los que entran en el ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, es decir, los que inician los tribunales de otro Estado miembro en el que el deudor posee un establecimiento, y están limitados a los bienes de éste situados en dicho Estado miembro, se denominan, con carácter general, «procedimientos [de insolvencia] secundarios».

16. El artículo 4, apartado 1, establece la regla general según la cual «la Ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento». El artículo 4, apartado 2, especifica que la Ley del Estado de apertura «determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia».

17. El artículo 16, apartado 1, párrafo primero, dispone:

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

18. El artículo 26 dispone:

«Todo Estado miembro podrá negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro o a ejecutar una resolución dictada en el marco de dicho procedimiento cuando dicho reconocimiento o dicha ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución.»

19. El artículo 38 dispone:

«Cuando el tribunal de un Estado miembro, competente en virtud del apartado 1 del artículo 3, nombrare a un síndico provisional con el fin de asegurar la conservación de los bienes del deudor, dicho síndico provisional estará habilitado para solicitar cualquier medida de conservación o protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro, prevista por la Ley de dicho Estado para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura.»

**Disposiciones pertinentes de la legislación irlandesa**

20. De acuerdo con el artículo 212 de la Companies Act 1963 (Ley de sociedades de 1963), la High Court es competente para liquidar cualquier empresa.

21. El artículo 215 de esta Ley dispone que una petición dirigida al tribunal para la liquidación de una empresa debe realizarse mediante solicitud presentada por la propia empresa o por cualquiera de sus acreedores.

22. El artículo 220 dispone lo siguiente:

«1. Cuando antes de la presentación de una solicitud de liquidación de una empresa ante el tribunal, la propia empresa haya adoptado la decisión de liquidarse voluntariamente, se considerará que la liquidación de la sociedad se inició en el momento de la adopción de tal decisión y salvo que el tribunal, apreciando falsedad o error, considere apropiado resolver otra cosa, se presumirá la validez de todas las actuaciones realizadas en la liquidación voluntaria.

2. En todos los demás supuestos, se considerará que la liquidación se inició en el momento de la presentación de la solicitud de liquidación.»

23. El artículo 226, apartado 1, dispone que el tribunal puede nombrar un síndico provisional en cualquier momento después de la presentación de la solicitud de liquidación y antes del primer nombramiento de síndicos, que, de acuerdo con el artículo 225 tiene lugar, en los demás casos, en el momento de dictarse la resolución de liquidación. De acuerdo con el artículo 229, apartado 1, el síndico provisional, una vez nombrado, debe «tomar bajo su custodia o bajo su control todos los activos materiales e inmateriales sobre los que la empresa tenga o parezca tener derecho».

**Antecedentes del procedimiento de insolvencia**

24. Los siguientes hechos, y los que se resumen en la siguiente sección, están tomados de la resolución de remisión.

25. Eurofood IFSC Ltd (en lo sucesivo, «Eurofood») es una sociedad constituida e inscrita en Irlanda. Es una filial al 100 % de

## EUROFOOD IFSC

Parmalat, una empresa constituida en Italia que operaba, a través de filiales, en más de 30 países en todo el mundo. El principal objetivo de Eurofood era la prestación de servicios de financiación a sociedades del grupo Parmalat.

dólares estadounidenses (USD) (en concepto de garantía de un préstamo concedido por Bank of America a sociedades venezolanas del grupo Parmalat);

26. El domicilio social de Eurofood está en el International Financial Services Centre de Dublín (en lo sucesivo, «IFSC»). El IFSC se creó para albergar servicios financieros de negociación internacional que se prestasen únicamente a personas u organismos no residentes. Eurofood realizaba su actividad en el IFSC, como exigía la ley.

b) el 29 de septiembre de 1998, Eurofood emitió bonos mediante colocación privada por un total de 100 millones de USD (para financiar un préstamo concedido por Eurofood a sociedades brasileñas del grupo Parmalat);

27. Bank of America NA (en lo sucesivo, «Bank of America»), banco domiciliado en Estados Unidos con sucursales en Dublín y Milán, se encargaba de la gestión diaria de Eurofood, de acuerdo con los términos de un contrato de administración.

c) el 10 de agosto de 2001, celebró un contrato de «swap» con el Bank of America.

28. Eurofood realizó las tres siguientes operaciones financieras de importancia:

29. Parmalat garantizó las responsabilidades de Eurofood derivadas de las dos primeras operaciones.

a) el 29 de septiembre de 1998, Eurofood emitió bonos mediante colocación privada por un total de 80 millones de

30. Los acreedores de Eurofood en virtud de las dos primeras operaciones (en lo sucesivo, «poseedores de títulos y bonos») tienen en la actualidad un crédito de más de 122 millones de USD. Eurofood no puede pagar sus deudas.

**Procedimientos de insolvencia en Irlanda e Italia** *Irlanda*

*Italia*

31. A finales de 2003, se descubrió que Parmalat atravesaba una grave crisis financiera que dio lugar a la insolvencia de muchas de sus principales sociedades.

32. El 23 de diciembre de 2003, el Parlamento italiano aprobó el Decreto-ley n° 347 por el que se regula la administración extraordinaria de sociedades con más de 1.000 empleados y deudas no inferiores a 1.000 millones de euros.

33. El 24 de diciembre de 2003, el Ministero delle Attività Produttive (en lo sucesivo, «Ministerio italiano de actividades productivas») admitió el procedimiento de administración extraordinaria de Parmalat. El Dr. Enrico Bondi fue nombrado administrador extraordinario.

34. El 27 de diciembre de 2003, el Tribunale civile e penale di Parma (en lo sucesivo, «Tribunal de Parma») confirmó la insolvencia de Parmalat y declaró su administración extraordinaria.

35. El 27 de enero de 2004, Bank of America presentó ante la High Court de Irlanda (en lo sucesivo, «Tribunal irlandés») una solicitud de liquidación de Eurofood, en la que alegaba que Eurofood era insolvente y reclamaba una deuda de más de 3.500.000 USD.

36. El mismo día, Bank of America solicitó asimismo, *ex parte*, el nombramiento de un síndico provisional. En esta fecha, el Tribunal irlandés nombró al Sr. Pearse Farrell síndico provisional de Eurofood, con facultades para tomar posesión de todos sus activos, administrar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria a nombre de la sociedad y contratar los servicios de un abogado.

*Italia*

37. El 9 de febrero de 2004, el Ministerio italiano de actividades productivas incluyó a Eurofood en la administración extraordinaria de Parmalat, por pertenecer al grupo de empresas.

38. El 10 de febrero, el Tribunal de Parma dictó una resolución en la que admitió a trámite una solicitud de declaración de insolvencia de Parmalat y fijó el 17 de febrero de 2004 como fecha para la vista de tal solicitud.

Bank of America del 2 al 4 de marzo de 2004. Estuvieron representados Bank of America, el Sr. Farrell, los poseedores de títulos y bonos y el Director of Corporate Enforcement.<sup>11</sup> El 23 de marzo de 2004, el Tribunal irlandés resolvió que:

39. El Sr. Farrell estuvo representado en la vista ante el Tribunal de Parma. Sin embargo, pese a un oficio del Tribunal y a lo que el Sr. Farrell ha calificado de «repetidas solicitudes escritas y verbales» al Dr. Bondi, no recibió ninguno de los documentos presentados ante el Tribunal, incluida la solicitud y los documentos en los que el Dr. Bondi la fundamentaba.

«1) El procedimiento de insolvencia se había iniciado en Irlanda en la fecha de presentación de la solicitud.

2) El centro de los intereses principales de Eurofood estaba en Irlanda, y por lo tanto el procedimiento iniciado en Irlanda el 27 de enero de 2004 era el procedimiento principal, en el sentido del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

3) La supuesta apertura de un procedimiento principal en Irlanda era contraria al vigésimo segundo considerando y al artículo 16 del Reglamento, y no podía alterar el hecho de que el procedimiento principal de insolvencia ya existiera en Irlanda.

40. El 20 de febrero de 2004, el Tribunal de Parma dictó una resolución de apertura del procedimiento de insolvencia de Eurofood en la que declaraba que era insolvente, determinaba que el centro de sus intereses principales estaba en Italia y nombraba al Dr. Bondi administrador extraordinario.

### *Irlanda*

41. El Tribunal irlandés estudió la solicitud de liquidación de Eurofood realizada por

<sup>11</sup> — La Oficina del Director of Corporate Enforcement se creó en Noviembre de 2001 en virtud de la Company Law Enforcement Act de 2001. La Ley dispone que el Director of Corporate Enforcement tiene la responsabilidad de promover el cumplimiento de la legislación societaria e investigar y castigar los supuestos incumplimientos de la ley.

4) La falta de notificación a los acreedores de Eurofood sobre la celebración de la vista ante el Tribunal de Parma por parte del Dr. Bondi, pese a las instrucciones del Tribunal al respecto, y el hecho de no haberse entregado al Sr. Farrell la solicitud u otros documentos en los que se basaba la misma hasta después de tener lugar la vista significaba una vulneración de las garantías procesales que justificaba que el Tribunal irlandés negase el reconocimiento a la resolución del Tribunal de Parma, con arreglo al artículo 26 del Reglamento.»

garantías procesales que había llevado al Tribunal irlandés a decidir que no debía reconocer la resolución del Tribunal de Parma.

44. El Tribunal Supremo resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales sobre los tres puntos litigiosos:

42. A la luz de las anteriores conclusiones y ante la circunstancia de que Eurofood se encontraba en una situación de insolvencia grave, el Tribunal irlandés dictó una resolución de liquidación de la sociedad y nombró síndico al Sr. Farrell. El Tribunal irlandés no reconoció la resolución del Tribunal de Parma de 20 de febrero de 2004.

«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 sus 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 (CE) nº 1346/2000, interpretado a la luz de los artículos 1 y 2 de éste?

### **El recurso y las cuestiones prejudiciales**

43. El Dr. Bondi recurrió la resolución del Tribunal irlandés ante la Supreme Court. Las principales cuestiones de controversia en la vista fueron si el procedimiento de insolvencia se había iniciado en Irlanda o en Italia, si el centro de los intereses principales de Eurofood estaba en Irlanda o en Italia y si se había producido la vulneración de las

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?

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,

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?

¿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*?

4) Cuando

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

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 liquidador”) 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?»

45. El Dr. Bondi, el Sr. Farrell, el Director of Corporate Enforcement, Bank of America, los poseedores de títulos y bonos, los Gobiernos austriaco, checo, finlandés, francés, alemán, húngaro, irlandés e italiano y la Comisión presentaron observaciones escritas. También estuvieron representados en la vista, con excepción de los Gobiernos austriaco, alemán y húngaro.

46. El Sr. Farrell explica que es costumbre que el síndico provisional no participe en ninguna de las alegaciones relativas al fondo del asunto en la vista de una solicitud de liquidación. De la misma forma, cuando se recurre ante la Supreme Court una resolución de liquidación de una sociedad de la High Court, el síndico no interviene en el fondo del recurso. Por consiguiente, el Sr. Farrell no considera adecuado exhortar al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales en ningún sentido, aunque realiza observaciones sobre ciertas

cuestiones de hecho que considera pertinentes en relación con la quinta cuestión prejudicial con objeto de ayudar al Tribunal de Justicia.

**Primera cuestión prejudicial: «resolución de apertura del procedimiento de insolvencia»**

47. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si cuando se presenta ante un tribunal competente en Irlanda una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente y, mientras está pendiente la adopción del auto de liquidación, dicho tribunal dicta una resolución por la que nombra a un síndico provisional facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria y nombrar a un abogado, todo ello con los efectos jurídicos de privar de sus poderes a los administradores de la sociedad, dicha resolución, unida a la presentación de la solicitud, constituye una «decisión de apertura del procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16 del Reglamento.

48. La cuestión se plantea a raíz de la cronología de las primeras fases de los procedimientos irlandés e italiano. El 27 de enero de 2004, Bank of America presentó ante el Tribunal irlandés una solicitud de liquidación de Eurofood y este órgano jurisdiccional nombró síndico provisional al

Sr. Farrell. El 20 de febrero de 2004 el Tribunal de Parma declaró que Eurofood era insolvente y nombró al Dr. Bondi administrador extraordinario. El 23 de marzo de 2004 el Tribunal irlandés resolvió que el procedimiento se había iniciado en Irlanda en la fecha de la presentación de la solicitud. Si el nombramiento del Sr. Farrell unido a la presentación, el 27 de enero de 2004, de la solicitud de liquidación constituye una «resolución de apertura del procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16 del Reglamento, el Tribunal de Parma está obligado por tal disposición a reconocer esa resolución.

49. El Dr. Bondi y los Gobiernos austriaco, francés e italiano afirman que esta pregunta debe contestarse de forma negativa: la presentación de la solicitud y el nombramiento de un síndico provisional no pueden constituir una «resolución de apertura del procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16. Bank of America, el Director of Corporate Enforcement, los poseedores de títulos y bonos, los Gobiernos irlandés, checo, finlandés y alemán y la Comisión opinan lo contrario.

50. En un principio, examinaré la tesis de estos últimos de que la cuestión debe contestarse en sentido afirmativo. A continuación, examinaré las alegaciones del Dr. Bondi y los Gobiernos austriaco, francés e italiano sobre por qué debe darse una respuesta negativa.

51. Estoy de acuerdo con que la primera cuestión requiere una respuesta afirmativa. En mi opinión, tal postura se deriva del objeto y la finalidad, el sistema y el tenor del Reglamento.

52. El segundo considerando se refiere al objetivo de que «los procedimientos transfronterizos de insolvencia se desarrollen de forma eficaz y efectiva». El cuarto considerando se refiere a la necesidad de «evitar 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*)». El artículo 16 exige que toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro, sea reconocida en todos los demás Estados miembros desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura. A tenor del vigésimo segundo considerando, el reconocimiento de las decisiones «debería reposar en el principio de la confianza mutua».

53. En este contexto, tal como subrayan el Gobierno checo y la Comisión, es absolutamente necesario que el reconocimiento se realice en la fase inicial del procedimiento. Probablemente, esta es la razón por la que el artículo 16 exige el reconocimiento desde el momento en que la resolución produzca efectos de acuerdo con la legislación nacional

y por la que el artículo 2, letra f), dispone que tal regla se aplica independientemente de que la decisión sea o no definitiva.<sup>12</sup>

54. En este contexto, cuando un órgano jurisdiccional nacional que estudia una solicitud de liquidación por insolvencia nombra a un síndico provisional «facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria y nombrar a un abogado, todo ello con los efectos jurídicos de privar a los administradores de la sociedad de sus poderes», parece coherente con la finalidad del Reglamento que se considere que ese nombramiento es la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia.

55. En cuanto al tenor del Reglamento, tanto «decisión» como «procedimiento de insolvencia» están definidos.

56. El artículo 2, letra a), define «procedimiento de insolvencia» como «uno de los procedimientos colectivos contemplados en el apartado 1 del artículo 1» y añade «La lista de dichos procedimientos figura en el anexo A». En el caso de Irlanda, «compulsory winding-up by the Court» (liquidación judicial obligatoria) es uno de los procedimientos de insolvencia enumerados en dicho anexo.

57. En consecuencia, parece que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional puede considerarse «procedimiento de insolvencia» a los efectos del Reglamento.

58. El artículo 2, letra e), define «“decisión”»: en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia o el nombramiento de un síndico, la decisión de cualquier tribunal competente para abrir un procedimiento o para nombrar a un síndico».

59. El artículo 2, letra b), define al “síndico” como «cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor» y añade que «en el anexo C figura la lista de dichas personas u órganos». A los efectos de Irlanda, tal lista incluye al «provisional liquidator» (síndico provisional).

12 — Véase también el informe Virgós-Schmit, que dice: «Todos los procedimientos incluidos en la lista del Anexo A son susceptibles de entrañar estas dos últimas consecuencias, el desapoderamiento total o parcial del deudor y el nombramiento de un síndico. No obstante, sería distorsionador exigir que se hayan producido para que el Convenio sea aplicable sólo a partir de ese momento. Las primeras fases de los procedimientos de insolvencia podrían quedar fuera del esquema de cooperación internacional del Convenio. Esas dos consecuencias son necesarias para que un procedimiento sea admitido como tal en las listas del Anexo A. Pero una vez que está incluido, basta con su apertura para que desde el primer momento sea aplicable el Convenio» (punto 50). Balz afirma también: «No se requiere que todos los elementos de la insolvencia se den en el momento de la apertura. Por ejemplo, aunque el síndico normalmente se nombra después de la apertura del procedimiento, el Convenio se aplica a dicho procedimiento desde su inicio» (p. 501).

60. En consecuencia, parece que la decisión por la que un tribunal irlandés nombra un síndico provisional, al que se refiere el anexo C del Reglamento, en el contexto de una liquidación judicial obligatoria, a la que se refiere el anexo A, debe ser una «decisión de apertura del procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16 del Reglamento. Esta tesis tiene incluso más fuerza si se recuerda que el nombramiento de un síndico provisional es la primera resolución judicial que puede adoptarse en un procedimiento de liquidación obligatoria de acuerdo a la legislación irlandesa.

61. No pienso que el análisis anterior relativo a la inclusión del «síndico provisional» irlandés en el anexo C suponga un razonamiento «hacia atrás e ilógico», como lo describe el Dr. Bondi en sus observaciones. Por el contrario, el nombramiento de tal cargo parece fundamental para el concepto de una «decisión de apertura del procedimiento de insolvencia».

62. Ciertamente, el artículo 2, letra e), puede interpretarse de forma más restrictiva, en el sentido de que defina «“decisión”: en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia» como «la decisión de cualquier tribunal competente para abrir un procedimiento» y, por otra parte, «“decisión”: en relación con el nombramiento de un síndico» como «la decisión de cualquier tribunal competente de nombrar a un síndico». Si éste fuera el caso, podría afirmarse que una

decisión por la que se nombra un síndico no constituye una decisión de apertura del procedimiento de insolvencia en el sentido de tal definición.

63. Sin embargo, como señala el órgano jurisdiccional nacional en la resolución de remisión, la definición que da el artículo 2, letra e), del nombramiento de un síndico como una «decisión» no servirá a ninguno de los fines del Reglamento si no goza del reconocimiento previsto en el artículo 16. Es cierto que ninguna disposición del Reglamento se refiere concretamente a las decisiones de nombramiento de un síndico. Además, como también señala el órgano jurisdiccional remitente, el nombramiento de un síndico es una parte esencial del concepto de «procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor» en el marco del artículo 1, apartado 1.

64. Para terminar sobre este particular, y tal como afirma el Director of Corporate Enforcement, puede ser que la finalidad de la definición del artículo 2, letra e), sea reflejar la realidad de que el procedimiento de insolvencia puede comenzar de diferentes maneras en las distintas jurisdicciones, más que establecer una distinción entre la decisión de un tribunal de abrir un procedimiento, por una parte, y el nombramiento de un síndico, por otra. Así, el objetivo de esta definición es garantizar que el Reglamento confiera el reconocimiento automático a los procedimientos de insolvencia abiertos de ambas formas.

65. En consecuencia, parece más natural interpretar que cuando el artículo 2, letra e), define «decisión»: en relación con la apertura de un procedimiento de insolvencia», se refiere también a «la decisión de cualquier tribunal competente de nombrar a un síndico», apoyando, en consecuencia, la tesis expuesta en el punto 60.

66. Se han formulado varias alegaciones contra dicha tesis.

67. En primer lugar, el Dr. Bondi y el Gobierno italiano afirman que el Reglamento distingue en particular entre los conceptos de «solicitud» y «apertura», que corresponden exactamente a las fases irlandesas de «solicitud» y «resolución de liquidación». En este contexto, el Dr. Bondi y el Gobierno italiano citan el decimosexto considerando y el artículo 38 del Reglamento.

68. De la misma forma, estas partes alegan que un «síndico provisional» es simplemente el «síndico provisional» al que se refiere el artículo 38, también descrito en el decimosexto considerando como «el síndico provisional de insolvencia designado con anterioridad al procedimiento principal». En consecuencia, su nombramiento no puede dar lugar a la apertura del procedimiento principal.

69. En la misma línea, el Gobierno austriaco afirma que, puesto que de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento, el «síndico provisional» tiene sólo poderes limitados, no puede ser un «síndico» en el sentido del artículo 2, letra b), que se refiere a «cualquier persona u órgano cuya función consista en liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor».

70. Me parece que estos argumentos ignoran las disposiciones más generales del Reglamento, a las que me he referido anteriormente, y su aplicación al presente asunto y que malinterpretan la finalidad, más específica, del artículo 38. Esta disposición complementa el artículo 29, que dispone que el síndico del procedimiento principal puede solicitar la apertura del procedimiento secundario.<sup>13</sup> Cuando se realiza una petición de apertura del procedimiento principal pero todavía no se ha nombrado un síndico en el sentido del Reglamento, el artículo 38 dispone que el «síndico provisional» nombrado por el tribunal competente para abrir el procedimiento de insolvencia, está habilitado para tomar medidas de conservación de los bienes de un deudor situados en otro Estado miembro «para el período comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución de apertura». Un síndico provisional nombrado en un procedimiento de liquidación judicial

13 — Véase el punto 15 *supra*.

obligatoria en Irlanda, sin embargo, entra en la definición de «síncico» a los efectos del Reglamento en general y del artículo 29 en particular.<sup>14</sup>

71. Sin embargo, en este asunto, la resolución por la que se nombra al síndico provisional le reconoce amplias facultades (tomar posesión de todos los activos de Eurofood; gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria en su nombre y contratar los servicios de un abogado). El papel del síndico provisional es, en consecuencia, mucho más amplio que el papel del síndico provisional supuestamente previsto en el artículo 38.

72. Además, cuando se presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia del tipo de los enumerados en el anexo A del Reglamento, y en la misma fecha el tribunal nombra a un síndico de los enumerados en su anexo C, como en el

presente asunto, parece claro que se ha abierto un «procedimiento de insolvencia», en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento. No veo de qué manera el artículo 38 puede ser pertinente en estas circunstancias.

73. De una forma más general, en mi opinión, no puede deducirse que la presentación de una solicitud de liquidación obligatoria, unida al nombramiento de un síndico en el sentido del Reglamento no pueda ser una «resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16, simplemente porque dicha solicitud pueda interpretarse como una «solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia».

74. No me parece en absoluto que, como alega en sus observaciones escritas el Dr. Bondi, el Reglamento muestre una «pauta muy clara» en lo que se refiere a las «tres etapas» de «solicitud», «nombramiento provisional» y «apertura». Aparte del artículo 38, que, como se ha explicado previamente se refiere a una situación concreta que puede darse en el contexto de un procedimiento secundario,<sup>15</sup> y una segunda referencia en el tercer párrafo del artículo 25, apartado 1, que también se refiere a las medidas cautelares,

14 — Puede señalarse que un autor del Reino Unido adoptó implícitamente este punto de vista en el contexto del Convenio, al discutir las consecuencias del nombramiento de un síndico provisional en el Reino Unido. En ese momento, la lista del anexo C no incluía al síndico provisional para el Reino Unido (desde entonces, esto ha sido modificado mediante el Reglamento n° 603/2005, citado en la nota 10 *supra*). En relación con la definición del artículo 2, letra f), Fletcher dice: «En consecuencia, una decisión de apertura de un procedimiento de insolvencia puede tener efectos extraterritoriales aunque no se trate de la resolución definitiva, a condición de que estos efectos no hayan sido suspendidos por el tribunal que la dictó. Esto podría inducirnos a suponer que el nombramiento de un síndico por un tribunal del Reino Unido tuviera estas consecuencias. Sin embargo, no debe olvidarse que el reconocimiento del artículo 16 sólo se concede a los procedimientos de insolvencia que entran en el ámbito de aplicación del Convenio, expresamente enumerados en los anexos al mismo. Puesto que el síndico provisional no está incluido entre los tipos de cargos enumerados en el anexo C, no puede otorgarse un reconocimiento automático a dicho nombramiento» (pp. 283 y 284).

15 — Puede señalarse que el artículo 38, está ubicado en el capítulo III del Reglamento, titulado «Procedimientos secundarios de insolvencia».

nada hay en el cuerpo del Reglamento que indique que el procedimiento requiere necesariamente una «solicitud» de apertura separada, seguida, después de un tiempo, de una «resolución de apertura del procedimiento de insolvencia».

75. El Dr. Bondi menciona, además, que «el contraste entre solicitud y apertura puede verse claramente, por ejemplo, en el artículo 3, apartado 4». Sin embargo, esta disposición se refiere meramente a una solicitud de apertura de un procedimiento secundario, sin referencia a un plazo necesario entre las dos etapas.

76. En consecuencia, el artículo 38 es la única disposición en el cuerpo del Reglamento que hace tal distinción, lo que es manifiestamente insuficiente para extraer una «pauta muy clara». En mi opinión, el artículo 38 simplemente regula una situación que puede darse en el contexto de un tipo de procedimiento nacional de insolvencia que, de hecho, requiere dos etapas separadas, entre las cuales, en determinadas circunstancias, pueda resultar conveniente nombrar un síndico provisional; del artículo 38 no puede deducirse que todos los tipos de procedimientos de insolvencia impliquen necesariamente dos etapas.

77. A mayor abundamiento, resulta claro de la exposición de motivos que el Reglamento no pretende armonizar las legislaciones nacionales. A tenor del undécimo considerando, «el presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad». Por otra parte, una norma basada en el artículo 61 CE, letra c), y 67 CE, apartado 1, tampoco puede armonizar las legislaciones nacionales.

78. En segundo lugar, el Dr. Bondi alega que no hay ningún procedimiento de insolvencia denominado «provisional liquidation» (liquidación provisional) en el anexo A del Reglamento, bajo el epígrafe de Irlanda. En mi opinión, esto es irrelevante en el presente procedimiento, que se refiere a una liquidación judicial obligatoria, comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento en virtud de su inclusión en la lista del anexo A.

79. A continuación, se formulan una serie de alegaciones con objeto de demostrar que un procedimiento como el controvertido no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento porque, por una u otra razón, no responde a la definición del artículo 1, apartado 1, que se refiere a «procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico».

80. Así, el Dr. Bondi alega que un procedimiento judicial obligatorio de insolvencia en Irlanda sólo entra en el ámbito de aplicación del Reglamento si se trata de un procedimiento de insolvencia de acuerdo con el artículo 1, apartado 1, y por lo tanto sólo si el órgano jurisdiccional nacional considera demostrada la competencia judicial en materia de insolvencia.<sup>16</sup> Hasta que no se dicta la resolución de liquidación, no hay pronunciamiento sobre la insolvencia. El Gobierno italiano realizó afirmaciones similares en la vista.

81. En mi opinión, no puede aceptarse esta alegación. En este asunto, la primera cuestión del órgano jurisdiccional remitente da por hecho que la solicitud ha sido presentada para la «liquidación de una sociedad insolvente». Por consiguiente, no procede que el Tribunal de Justicia cuestione esta premisa.

82. El Dr. Bondi alega, además, que en el contexto de una liquidación judicial obligatoria en Irlanda, el régimen legal de realización y distribución de activos y la búsqueda y estimación de las reclamaciones de los acreedores sólo tienen lugar después de dictarse la resolución de liquidación; en consecuencia, sólo en ese momento existe

verdaderamente un procedimiento de insolvencia «colectivo» en el sentido del artículo 1, apartado 1, del Reglamento.

83. Sin embargo, en mi opinión, esta alegación interpreta erróneamente el sistema del Reglamento. Así como el artículo 1, apartado 1, contiene ciertamente una definición del procedimiento de insolvencia al que se aplica el Reglamento, esta disposición no puede interpretarse separadamente de las definiciones del artículo 2.

84. El efecto del artículo 2, letra a) es que «los procedimientos colectivos contemplados en el apartado 1 del artículo 1» se enumeran «en el anexo A». Hay un consenso entre los estudiosos del Reglamento sobre que «una vez que un procedimiento ha sido incluido en la lista, se le aplica el Reglamento sin ulterior reconsideración por parte de los tribunales de los demás Estados miembros».<sup>17</sup> Puesto que la liquidación judicial obligatoria en Irlanda está incluida en el anexo A, no considero que pueda ponerse en duda la aplicabilidad del Reglamento a ese procedimiento por el motivo de que no concurren determinados aspectos de la definición del artículo 1, apartado 1.

17 — Virgós y Garcimartín, punto 36; véase también el informe Virgós-Schmit, puntos 49 y 50; Moss, Fletcher e Isaacs, puntos 3.02 y 8.07; Balz, p. 502. La situación es ligeramente distinta en lo que se refiere al requisito de la insolvencia, puesto que en una situación en la que el tipo de procedimiento enumerado en el anexo A puede utilizarse tanto cuando hay insolvencia como cuando no la hay, el requisito de la insolvencia debe cumplirse también. Sin embargo, opino que éste no es el caso en el presente asunto: véase el punto 81 *supra*.

16 — Parece que la legislación irlandesa prevé que, en determinadas circunstancias, una sociedad puede ser objeto de liquidación judicial obligatoria sin ser insolvente.

85. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional remitente afirma en la resolución de remisión que el síndico provisional «representa y está obligado a proteger los intereses de todos los acreedores y a tomar posesión de los activos».

86. Para finalizar, el Gobierno francés hace referencia a los cuatro requisitos que deben cumplirse, a tenor del artículo 1, apartado 1, para que el procedimiento de insolvencia entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento: el procedimiento debe ser colectivo, el deudor debe ser insolvente, debe producirse un desapoderamiento total o parcial del deudor y debe nombrarse un síndico. El Gobierno francés opina que, puesto que la definición de «procedimiento de insolvencia» del artículo 2, letra a), y del anexo A no incluye el nombramiento de un síndico provisional, tal nombramiento no puede dar lugar a un procedimiento de insolvencia, en el sentido del Reglamento.

87. Sin embargo, me parece nuevamente que tal alegación revela un error en la interpretación del sistema del Reglamento. «Compulsory winding-up by the court» en Irlanda está enumerada en el anexo A. El «provisional liquidator», mencionado en la lista del anexo C, fue nombrado en el contexto de tal procedimiento. En mi opinión, estos factores son suficientes.

88. En consecuencia, en relación con la primera cuestión prejudicial, estimo que

cuando se presenta ante un tribunal competente en Irlanda una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente y, mientras está pendiente la adopción del auto de liquidación, dicho tribunal dicta una resolución en la que nombra a un síndico provisional facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria y nombrar a un abogado, todo ello con los efectos jurídicos de privar de sus poderes a los administradores de la sociedad, dicha resolución, unida a la presentación de la solicitud, constituye una «decisión de apertura del procedimiento de insolvencia» en el sentido del artículo 16 del Reglamento.

**Segunda cuestión prejudicial: el momento de inicio del procedimiento**

89. Mediante su segunda cuestión prejudicial, que se plantea únicamente en el supuesto de que la respuesta a la primera cuestión sea negativa, el órgano jurisdiccional nacional pregunta si la presentación en Irlanda de una solicitud de liquidación judicial obligatoria de una sociedad ante la High Court, constituye la apertura de un procedimiento de insolvencia en el sentido de dicho Reglamento, en virtud de la disposición legislativa irlandesa (artículo 220, apartado 2, de la Companies Act 1963)<sup>18</sup> que considera que la liquidación de la sociedad se inicia en la fecha de la presentación de tal solicitud.

<sup>18</sup> — Citado en el punto 22 *supra*.

90. Puesto que, en mi opinión, la primera pregunta del órgano jurisdiccional nacional requiere una respuesta positiva, no es necesario responder a la segunda cuestión prejudicial. Sin embargo, si se plantease, se podría tratar brevemente de la siguiente forma.

91. El Dr. Bondi y los Gobiernos finlandés, francés, alemán e italiano afirman que la segunda cuestión debería contestarse de forma negativa, mientras que Bank of America, el Director of Corporate Enforcement, los poseedores de títulos y bonos, los Gobiernos austriaco, checo e irlandés y la Comisión consideran que debería contestarse afirmativamente. Estoy de acuerdo con esta última opinión.

92. El artículo 16, apartado 1, del Reglamento, que se refiere al reconocimiento de las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia, exige que tal reconocimiento tenga lugar desde que la resolución «produzca efectos en el Estado miembro de apertura». En consecuencia, el momento en que la resolución produce efectos viene determinado por la legislación nacional. Esto es coherente con el artículo 4, que dispone que, en general, la ley del Estado en cuyo territorio se abre el procedimiento es la ley «aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos», incluida la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento. El vigésimo tercer considerando<sup>19</sup> deja claro que tal ley incluye tanto las normas materiales como

procesales. En consecuencia, no puedo aceptar la afirmación del Dr. Bondi de que el Reglamento «invalida» de alguna forma las disposiciones legales nacionales. Es preciso también tener en cuenta que la finalidad del Reglamento no es ser una norma de armonización.<sup>20</sup>

93. El artículo 220, apartado 2, de la Companies Act irlandesa de 1963, dispone que, en el supuesto de una liquidación judicial obligatoria (como el procedimiento controvertido en este asunto), se considera que la liquidación «se inició en el momento de la presentación de la solicitud de liquidación».

94. El tenor de esta disposición, aplicable en virtud del Reglamento, me parece determinante para responder a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional nacional.

95. Podría añadirse, como señalan los poseedores de títulos y bonos, que el informe Virgós-Schmit reconoce explícitamente la existencia de principios nacionales «de la retroacción» al afirmar que la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia «decide las condiciones que deben cumplirse, el modo en que esta nulidad o

<sup>19</sup> — Citado en el punto 10 *supra*.

<sup>20</sup> — Véase el punto 77 *supra*.

anulabilidad opera (de pleno derecho, *atribuyendo efectos retroactivos al procedimiento* o en virtud de la acción entablada por el síndico, etc.), y las consecuencias jurídicas de la nulidad y la anulación». <sup>21</sup>

**Tercera cuestión prejudicial: control de la competencia del órgano jurisdiccional**

96. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el tribunal de otro Estado miembro es competente para abrir el procedimiento principal de insolvencia, cuando un tribunal de un Estado miembro en el que se encuentra el domicilio social de la sociedad y en el que la sociedad lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual de modo que pueda ser averiguado por terceros ha abierto ya un procedimiento de insolvencia.

97. Esta cuestión se plantea cuando, como en el presente asunto, los tribunales de dos Estados miembros invocan su competencia sobre la insolvencia de una empresa. El Reglamento no contiene ninguna disposición específica para esta situación. El órgano jurisdiccional remitente pregunta fundamentalmente si, en este caso, el tribunal de uno de estos Estados miembros puede proceder al control de la competencia del tribunal de otro Estado miembro.

98. El órgano jurisdiccional remitente menciona el artículo 3, apartado 1, que dispone que 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; y el artículo 16, apartado 1, que dispone que toda resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, adoptada por el tribunal competente de un Estado miembro en virtud del artículo 3, será reconocida en todos los demás Estados miembros.

99. Bank of America, el Director of Corporate Enforcement, los poseedores de títulos y bonos y el Gobierno irlandés consideran que sólo hay obligación de reconocer un procedimiento de insolvencia extranjero si el tribunal extranjero es competente desde un punto de vista objetivo. En consecuencia, según ellos, debe responderse de forma afirmativa a la tercera cuestión prejudicial.

100. Estas partes afirman que la obligación que tienen los tribunales de los demás Estados miembros de reconocer una resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia en un Estado miembro con arreglo al artículo 16, apartado 1, sólo opera si el Estado miembro en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia «es competente con arreglo al artículo 3», y por lo tanto, únicamente en el supuesto de que el centro de los intereses principales del deudor esté situado en ese Estado miembro. Sólo los tribunales de un Estado miembro tienen competencia para abrir el procedimiento principal, y son los tribunales del Estado

21 — Punto 135; el subrayado es mío.

miembro en cuyo territorio esté situado el centro de los intereses principales del deudor. Resulta claro del Reglamento que una empresa sólo puede tener un centro de intereses principales. La prueba de dónde se encuentra situado el centro de los intereses principales del deudor es objetiva. Un tribunal de un Estado miembro no puede abrir el procedimiento principal respecto de un deudor, persona jurídica, cuando ni su domicilio social ni el lugar desde donde lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual de modo que pueda ser averiguado por terceros está en ese Estado miembro. En consecuencia, todo tribunal que se enfrente a la posibilidad de que se haya abierto un procedimiento de insolvencia en otra jurisdicción debe verificar si el otro tribunal era realmente competente con arreglo al artículo 3 y, más concretamente, si a) el tribunal que afirma haber determinado el lugar de centro de los intereses principales aplicó correctamente los criterios legales y b) si los elementos de hecho apoyan esta conclusión. Aunque el vigésimo segundo considerando del Reglamento exige que «la decisión del tribunal que inicie el procedimiento en primer lugar debería ser reconocida», llama la atención que no se haya recogido dicha exigencia en el cuerpo del Reglamento.

102. En mi opinión, esta conclusión se deriva, en particular, del principio que subyace en el Reglamento y que reconoce expresamente el vigésimo segundo considerando. Dicho considerando dispone:

«El reconocimiento de las decisiones pronunciadas por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debería reposar en el principio de la confianza mutua; a este respecto, los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al mínimo necesario. También debería solventarse con arreglo a este principio cualquier conflicto que se produzca cuando los tribunales de dos Estados miembros se consideren competentes para incoar un procedimiento principal de insolvencia; la decisión del tribunal que lo inicie en primer lugar debería ser reconocida en los demás Estados miembros, que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal.»<sup>22</sup>

103. Es cierto que el cuerpo del Reglamento no contiene ninguna disposición en el mismo sentido del vigésimo segundo considerando.<sup>23</sup> Sin embargo, la importancia del principio recogido en ese considerando está confirmada por el informe Virgós-Schmit,

22 — A menos que se invoque la excepción de orden público del artículo 26. El artículo 26 es el objeto de la quinta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente en este asunto.

23 — Esto se debe, en parte, a razones históricas. Virgós y Garcimartín explican que cuando se negoció la transformación del Convenio en un Reglamento, los Estados miembros decidieron incorporar a la exposición de motivos todos los aspectos del informe Virgós-Schmit que consideraban especialmente pertinentes para garantizar una correcta comprensión de sus reglas (punto 48, letra a)).

101. El Dr. Bondi, los gobiernos austriaco, checo, finlandés, francés, húngaro e italiano afirman que debe contestarse de forma negativa a la tercera cuestión prejudicial. Estoy de acuerdo.

que afirma que «los tribunales del Estado requerido no pueden controlar la competencia del tribunal del Estado de origen, sino únicamente verificar que la sentencia procede de un tribunal de un Estado contratante que se declara competente con arreglo al artículo 3 del Convenio», y está aceptada por gran parte de la doctrina.<sup>24</sup>

104. La vía apropiada para cualquier parte en un procedimiento de insolvencia a la que le preocupe la posibilidad de que el tribunal que ha abierto el procedimiento principal haya asumido la competencia erróneamente de acuerdo con el artículo 3, debe buscarse en el ordenamiento jurídico nacional del Estado miembro donde está situado dicho tribunal, con la posibilidad, si procede, de plantear a este Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.<sup>25</sup>

105. Por consiguiente, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial, estimo que, cuando un procedimiento de insolvencia se ha abierto en primer lugar por un tribunal de un Estado miembro en el que se encuentra el domicilio social de la sociedad y en el que la sociedad lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual de modo que pueda ser averiguado por terceros, los tribunales de otros Estados miembros no son competentes para abrir el procedimiento principal de insolvencia.

24 — Informe Virgós-Schmit, punto 202, apartado 2; véanse también los puntos 79, 215 y 220; Moss, Fletcher e Isaacs, puntos 5.38, 8.47, 8.48 y 8.205; Virgós y Garcimartín, puntos 70 y 402; Balz, pp. 505 y 513, y Fletcher, p. 288.

25 — Véanse el informe Virgós-Schmit, punto 202, y Fletcher, pp. 288 y 289.

#### **Cuarta cuestión prejudicial: «centro de los intereses principales del deudor»**

106. Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pide que se le oriente sobre los principios rectores que determinan el «centro de los intereses principales del deudor» en el sentido del artículo 3, apartado 1, del Reglamento.

107. Debe recordarse que el artículo 3, apartado 1, atribuye la competencia para abrir el procedimiento de insolvencia a los «tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor» y añade que respecto de las sociedades y personas jurídicas, «se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social». Por lo tanto, esta disposición establece una presunción *iuristantum*. El decimotercer considerando añade que el centro principal de intereses «debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros».

108. El cuarta cuestión parte de una situación en que i) el deudor es una sociedad filial, ii) su domicilio social y el de su sociedad matriz se encuentran en dos Estados miembros diferentes y iii) la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con pleno y constante respeto a su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social. El órgano jurisdiccional nacional pregunta si en esas circunstancias, la presunción de que el centro de los intereses

principales de la filial está en el Estado miembro donde se encuentra su domicilio social, se destruye si, además, la sociedad matriz se encuentra, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control y controle, de hecho, la política de la filial.

109. El Dr. Bondi y el Gobierno italiano consideran que lo último es suficiente para destruir la presunción; Bank of America, el Director of Corporate Enforcement, los poseedores de títulos y bonos, los Gobiernos austriaco, checo, finlandés, francés, alemán, húngaro e irlandés y la Comisión opinan lo contrario.

110. Estoy de acuerdo con la tesis de que el control de la sociedad matriz no basta para desvirtuar la presunción del artículo 3, apartado 1, del Reglamento, de que el centro de los intereses principales de una sociedad filial está situado en el Estado miembro en que se encuentra su domicilio social. Me parece que este punto de vista se desprende del sistema y el tenor del Reglamento. Sin embargo, antes de seguir analizando el Reglamento, me gustaría responder a una serie de alegaciones formuladas por el Dr. Bondi y el Gobierno italiano en defensa de la tesis contraria.

111. Estas dos partes se apoyan principalmente en el informe Virgós-Schmit, que dice: «En el caso de las sociedades y las personas jurídicas, el Convenio presume, salvo prueba en contrario, que el centro de intereses principales del deudor es el lugar de su domicilio social. Este lugar corresponderá normalmente con el de su administración central.»<sup>26</sup> El Dr. Bondi y el Gobierno italiano afirman que si debe demostrarse que el centro de los intereses principales está en un lugar distinto del Estado en el que se encuentra el domicilio social de la empresa, en consecuencia debe demostrarse que el tipo de funciones de «administración central» se realiza en otro lugar. Es necesario prestar mayor atención a las funciones de administración central que a la mera ubicación de la oficina central, ya que una «oficina central» puede ser tan nominal como un domicilio social si las funciones administración central no se realizan allí. En los negocios transnacionales la elección del domicilio social obedece a menudo a razones fiscales o normativas y no tiene una conexión real con el lugar en que las funciones de administración central se realizan de forma efectiva. Esto es así especialmente en el supuesto de grupos de empresas, donde las funciones administrativas de la filial se realizan a menudo en el mismo lugar en que se lleva a cabo la administración central de la matriz.

112. Estas alegaciones me parecen sensatas y convincentes. Sin embargo, no me parecen de gran ayuda para responder a la cuestión.

26 — Punto 75. Balz lo expresa de forma diferente: «En el supuesto de que el domicilio social sea una mera dirección postal, se considerará que el centro de los intereses principales es la oficina central» (p. 504).

No demuestran concretamente que el control por parte de la sociedad matriz de la política de la filial determine el «centro de los intereses principales» de la filial en el sentido del Reglamento.

113. En segundo lugar, el Dr. Bondi afirma que el hecho de que el centro de los intereses principales «pueda ser averiguado por terceros» no es fundamental para el concepto de «centro de los intereses principales». Esto puede apreciarse en el propio decimotercer considerando, que dice que el «centro de los intereses principales» «debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses», en otras palabras, en el supuesto de una sociedad, el lugar desde el que se realiza la administración central. El decimotercer considerando continúa «y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros», en otras palabras, es porque la administración central se realiza en un Estado miembro concreto por lo que terceros pueden averiguar que el centro de los intereses principales se encuentra allí.

114. Nuevamente, estoy de acuerdo con esta tesis. Sin embargo, no me resulta de ayuda, ya que la cuarta cuestión prejudicial da por hecho que la filial «lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses» en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social.

115. En tercer lugar, el Dr. Bondi afirma que existe una importante diferencia entre «pueda ser averiguado» y «averiguado». La

cuestión de la verificabilidad exige examinar dónde se realiza la administración principal: este es un proceso objetivo que no debe confundirse con el testimonio subjetivo de acreedores concretos sobre dónde piensan que se encuentra el centro de los intereses principales. Sin embargo, en mi opinión, la diferencia entre «pueda ser averiguado» y «averiguado» no es pertinente para la cuarta cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional nacional, puesto que tanto el decimotercer considerando como la cuestión prejudicial utilizan la expresión «pueda ser averiguado».

116. Volviendo a lo fundamental de la cuarta cuestión prejudicial, opino que, cuando los domicilios sociales de una sociedad matriz y de su filial se encuentran en dos Estados miembros diferentes, el hecho (asumido por el órgano jurisdiccional remitente) de que la filial lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con pleno y constante respeto a su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social normalmente será decisivo para determinar el «centro de [sus] intereses principales».

117. Es evidente que no se puede inferir ninguna conclusión del hecho de que la sociedad deudora sea la filial de otra sociedad. El Reglamento se aplica a sociedades y no a grupos de sociedades; concretamente, no regula la relación entre matriz y filial. Según el sistema del Reglamento, a cada deudor con personalidad jurídica propia

le corresponde una jurisdicción. Tanto la filial como la sociedad matriz tienen personalidades jurídicas diferentes. Resulta, por consiguiente, que cada filial de un grupo debe considerarse de forma individual. Esto está confirmado por el artículo 3, apartado 1, que dispone que «se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario» el lugar de su domicilio social, y el decimotercer considerando, que dispone que el centro de los intereses principales «debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses».<sup>27</sup>

118. Aunque esta definición no hace ninguna referencia a los elementos que constituyen el concepto de «administración», importante en el presente asunto en que se ha alegado que el control de la política constituye «administración», se ha defendido que la elección del «centro de los intereses principales»<sup>28</sup> como principal factor de conexión a la hora de determinar el Estado miembro competente sobre una empresa insolvente tiene por finalidad establecer un criterio en el que predominen los atributos de transparencia y publicidad objetiva.<sup>29</sup> Estos conceptos me parecen elementos del todo apropiados para determinar la competencia en el contexto de la insolvencia, donde es claramente esencial que los acreedores potenciales puedan averiguar con antelación el sistema legal que resolverá cualquier

insolvencia que pueda afectar a sus intereses. Me parece que es especialmente importante, en las operaciones transfronterizas de deuda entre empresas (como las que son objeto del procedimiento principal) que los inversores tengan claro, en el momento de realizar su inversión, cual es la jurisdicción competente para determinar los derechos y acciones de los acreedores.

119. Cuando una sociedad deudora, que es una filial, «lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con pleno y constante respeto a su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social», se cumplen, por definición, los requisitos de transparencia y publicidad.

120. Por el contrario, en mi opinión, el hecho (también asumido en la cuestión del órgano jurisdiccional remitente) de que la sociedad matriz de una deudora «se encuentre, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control y controle, de hecho, la política de la filial» no cumple esos requisitos.

121. El mero hecho de que una empresa, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, esté

27 — El subrayado es mío. Véanse también el informe Virgós-Schmit Report, punto 76, Virgós y Garcimartín, punto 61, y Balz, p. 503.

28 — Para una explicación interesante de los antecedentes del concepto de «centro de intereses principales», véase Virgós y Garcimartín, punto 46.

29 — Informe Virgós-Schmit, punto 75; Moss, Fletcher e Isaacs, punto 3.10, y Virgós y Garcimartín, punto 53.

en una posición de control de la política de una filial, incluso si esta circunstancia puede ser averiguada por terceros,<sup>30</sup> no prueba que de hecho controle dicha política. Por el contrario, en el caso de que una sociedad matriz controle la política de su filial, este hecho tampoco puede ser fácilmente averiguable por terceros.<sup>31</sup> La cuestión del órgano jurisdiccional nacional no menciona que la existencia de tal control sea averiguable.

122. Esto no significa que el criterio, puramente formal, del domicilio social de la filial determine necesariamente el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales son competentes para conocer un procedimiento de insolvencia. Un aspecto inherente al concepto de «centro de los intereses principales» es garantizar que las realidades funcionales puedan primar sobre criterios puramente formales.<sup>32</sup> Cualquier parte que intente deshacer la presunción de que la competencia en materia de insolvencia se determina por el domicilio social debe, sin embargo, probar que los elementos en los que se apoya

cumplen los requisitos de transparencia y publicidad. Al ser la insolvencia un riesgo previsible, es importante que la competencia internacional (que conlleva la aplicación de las leyes de insolvencia de un determinado Estado) se basen en un lugar conocido para los potenciales acreedores del deudor, de forma que se puedan calcular los riesgos jurídicos que deberán asumirse en caso de insolvencia.<sup>33</sup>

123. En mi opinión, es significativo que en el presente asunto la cuestión del órgano jurisdiccional se base en la premisa de que «la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros». Esta descripción se ajusta a la definición del decimotercer considerando. Considero 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 decimotercer considerando, se requiere una poderosa prueba de la existencia de un control imperioso y público por parte de la matriz.

124. Por consiguiente, si se demostrase que la sociedad matriz de un deudor controla de esa forma sus políticas, y que tal situación era transparente y pública en el momento de suceder los hechos (y, en consecuencia, no de forma meramente retrospectiva), podría desplazarse la prueba.

30 — Existen diversas exigencias en la legislación de la CE, relativas a la publicidad por las sociedades del procedimiento de nombramiento de administradores y a la existencia de una relación matriz-filial. Sin embargo, no todas estas obligaciones se imponen a todas las sociedades: la situación cambia dependiendo de si las sociedades de que se trata son públicas o privadas, y en el caso de las públicas, si cotizan en Bolsa. Además, la publicación de las cuentas de una sociedad es inevitablemente retrospectiva: puesto que las cuentas, por necesidad, se preparan y publican con posterioridad al período al que se refieren, no pueden ayudar a los potenciales acreedores de una empresa a determinar el actual y futuro lugar del centro de los intereses principales de esa empresa.

31 — Esta es quizá la razón por la que Virgós y Garcimartín opinan que, «en el caso de sociedades filiales, el punto de conexión es el lugar donde está situado el centro de administración (es decir, la administración principal) de la sociedad filial. El hecho de que las decisiones de esta filial se adopten de acuerdo con instrucciones procedentes de la sociedad matriz o de accionistas que viven en otra parte, no altera la regla de competencia internacional para esta sociedad» (punto 51). Véase también Virgós y Garcimartín, punto 61.

32 — Moss, Fletcher e Isaacs, punto 3.11.

33 — Informe Virgós-Schmit, punto 75.

125. Para terminar, añadiría que a la hora de determinar el centro de los intereses principales del deudor, cada caso debería decidirse manifiestamente de acuerdo con sus circunstancias específicas. Por esta razón, me parece que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales a las que se refieren las observaciones de varias partes no ayudan a establecer reglas de aplicación general.

que un Estado miembro puede negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro cuando los efectos de ese reconocimiento «sean claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución».

126. En consecuencia, llego a la conclusión de que cuando el deudor es una sociedad filial y su domicilio social y el de su matriz se encuentran en dos Estados miembros diferentes y la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con pleno y constante respeto a su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, la presunción de que el centro de los intereses principales de la filial se encuentra en el Estado miembro de su domicilio social no se destruye meramente por el hecho de que la sociedad matriz se encuentre, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control y controle, de hecho, la política de la filial y este control se pueda ser averiguado por terceros.

128. Concretamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, cuando resulta manifiestamente contrario al orden público de un Estado miembro permitir que una decisión judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un juicio justo y a un proceso equitativo no ha sido respetado al adoptar tal resolución, un Estado miembro está obligado a reconocer una resolución de los tribunales de otro Estado miembro destinada a iniciar un procedimiento de insolvencia de una sociedad, en una situación en el 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, pese a habersele solicitado y contraviniendo el oficio del tribunal del segundo Estado miembro, se ha negado a facilitar al síndico provisional 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.

#### Quinta cuestión prejudicial: orden público

127. La quinta cuestión prejudicial se refiere al artículo 26 del Reglamento, que dispone

129. Con carácter preliminar mencionaré que, si mi análisis de la primera cuestión prejudicial es correcto, la quinta cuestión no

ha lugar, puesto que el procedimiento italiano se inició después del procedimiento irlandés y, en consecuencia, no requiere reconocimiento alguno (al menos como procedimiento principal) conforme al Reglamento.

130. El Dr. Bondi y el Gobierno italiano opinan que la quinta cuestión debería contestarse de forma afirmativa, a saber, en el sentido de que en las circunstancias señaladas, el primer Estado miembro está obligado a reconocer la resolución de los tribunales del segundo Estado miembro. Bank of America, el Director of Corporate Enforcement, los poseedores de títulos y bonos, los Gobiernos checo, francés, alemán, húngaro e irlandés y la Comisión opinan fundamentalmente lo contrario.

131. Considero evidente, en primer lugar, que, como subrayan en Dr. Bondi y el Gobierno italiano, se pretende que la excepción de orden público del artículo 26 tenga un ámbito de aplicación limitado. Esto viene apoyado por la inclusión en esa disposición del requisito de que los efectos del reconocimiento sean «manifiestamente» contrarios al orden público, por el contenido del duodécimo considerando del Reglamento según el cual «los motivos de no reconocimiento deberían reducirse al mínimo necesario», y por el informe Virgós-Schmit, que

dice: «La excepción de orden público debería intervenir sólo en casos excepcionales.»<sup>34</sup>

132. Sin embargo, cuando en esas observaciones —y, por supuesto, en muchas de las observaciones sobre la quinta cuestión— se intentan aplicar los requisitos del artículo 26 a los hechos del presente asunto, surgen dificultades.

133. En mi opinión, dado el tenor de la quinta cuestión prejudicial, ni las partes, ni por supuesto, este Tribunal de Justicia, pueden alejarse de los hechos tal como han sido presentados en la cuestión.

134. La cuestión asume explícitamente que, cuando los tribunales de dos Estados miembros pretenden abrir un procedimiento de insolvencia y cuando ante el tribunal del Estado miembro A se pretende el reconocimiento de la resolución del tribunal del Estado miembro B,

- i) resulta manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro A permitir que tal resolución judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un juicio justo y a un proceso equitativo no ha sido respetado al adoptar dicha resolución y

ii) el tribunal del Estado miembro A considera que la resolución del Estado miembro B ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios.

tribunales de otro Estado contratante «si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido».<sup>36</sup> Se preguntaba al Tribunal de Justicia, fundamentalmente, si cuando un tribunal se niega a oír a un demandado, puede negarse el reconocimiento a tal sentencia al amparo del artículo 27, apartado 1, por el único motivo de que el demandado no había estado presente en la vista.

135. En consecuencia, no me parece pertinente debatir las diferentes culturas jurídicas de los dos Estados miembros ni intentar demostrar que los derechos del síndico provisional estaban de hecho salvaguardados.

138. El Tribunal de Justicia declaró que el artículo 27 del Convenio debe interpretarse restrictivamente en la medida en que constituye un obstáculo a la consecución de uno de los objetivos fundamentales del Convenio, y que la cláusula de orden público únicamente debe aplicarse en casos excepcionales.<sup>37</sup> El Tribunal de Justicia continuó:

136. También estoy de acuerdo con el Dr. Bondi y el Gobierno italiano en que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Krombach<sup>35</sup> sugiere que el Tribunal de Justicia puede y debe examinar los límites de lo que entra realmente en la excepción de orden público, de forma que los objetivos fundamentales de reconocimiento y cooperación no se vulneren.

«De ello se deduce que, aunque en principio, los Estados contratantes puedan seguir determinando libremente [...] conforme a sus concepciones nacionales, las exigencias

137. Ese asunto se refería al artículo 27, apartado 1, del Convenio de Bruselas, que exige que los tribunales del Estado contratante no reconozcan una sentencia de los

36 — La disposición equivalente en el Reglamento (CE) n° 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1), es el artículo 34, apartado 1. Sin embargo, esta disposición se diferencia del artículo 27, apartado 1, del Convenio en que, al igual que en el artículo 26 del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, el reconocimiento de una resolución debe ser «manifiestamente contrario al orden público» para que pueda negarse por tal motivo.

35 — Sentencia de 28 de marzo de 2000 (C-7/98, Rec. p. I-1935); véase asimismo el punto 138. Véase también la sentencia de 11 de mayo de 2000, Renault (C-38/98, Rec. p. I-2973).

37 — Apartado 21.

de su orden público, los límites de este concepto son definidos a través de la interpretación del Convenio.

Por consiguiente, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante.

[...]

No obstante, de la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia [...] se deduce que el respeto de los derechos de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate.»<sup>38</sup>

139. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente declara en su quinta cuestión que, en las circunstancias allí

descritas, permitir que una resolución adoptada de esa forma produzca efectos sería manifiestamente contrario al orden público en el Estado miembro afectado. De la resolución de remisión resulta evidente que se ha llegado a tal conclusión tras un examen exhaustivo e inquisitivo de la conducta del Tribunal de Parma por la Supreme Court de Irlanda.

140. El Dr. Bondi y el Gobierno italiano, citando el informe Virgós-Schmit, afirman que la interpretación del orden público que realiza el órgano jurisdiccional remitente, manifestada en la cuestión quinta, es «irrazonablemente amplia» y «no tiene cabida en el artículo 26».<sup>39</sup>

141. Aunque estoy de acuerdo con ellos en que de Krombach se desprende que el Tribunal de Justicia debe revisar los límites del orden público nacional, considero que esa alegación ignora tanto el alcance de la resolución como la idea central del informe Virgós-Schmit.

142. En la sentencia Krombach, a la afirmación del Tribunal de Justicia de que le corresponde controlar los límites dentro de

38 — Apartados 22, 23 y 42.

39 — Punto 205.

los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir al concepto de orden público para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante<sup>40</sup> sigue inmediatamente una referencia al «principio general del Derecho comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo», principio que se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia y que están consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>41</sup> La importancia de estos derechos fundamentales impregna la sentencia del Tribunal de Justicia.<sup>42</sup> A la luz de lo anterior, considero que, en principio, la exigencia de un juicio justo entra dentro de la excepción de orden público del artículo 26 del Reglamento.

un control general de la regularidad del procedimiento seguido en el extranjero, sino más bien de las garantías procesales esenciales, como el principio de audiencia debida y el derecho de participación en el procedimiento». Se menciona expresamente a aquellos acreedores a quienes no se permita tomar parte en el procedimiento.<sup>43</sup>

144. La exigencia de un juicio justo puede considerarse de una importancia particular; ya que el Reglamento no permite examinar el fundamento de una resolución cuyo reconocimiento se solicita.<sup>44</sup>

143. El informe Virgós-Schmit trata de limitar las interpretaciones del orden público a los derechos y libertades protegidos constitucionalmente y principios fundamentales del Estado requerido tanto sustantivos como procesales; así, afirma que el orden público puede «proteger a los participantes o a los afectados por el procedimiento frente a faltas de observancia del derecho a un proceso debido. El orden público no supone

145. En consecuencia, opino que el orden público al que se refiere el artículo 26 del Reglamento incluye claramente la vulneración del derecho a un juicio justo, en el que las garantías procesales esenciales, como el derecho a ser oído y el derecho a tomar parte en el procedimiento no han sido adecuadamente protegidos. Siempre que la conducta que supuestamente haya vulnerado el orden público entre en el ámbito de aplicación de esta disposición, de su tenor resulta claro que corresponde a cada Estado miembro valorar

40 — Apartado 23, citado en el punto 138 *supra*.

41 — Apartados 25 a 27.

42 — Véanse, en particular, los apartados 38, 39 y 42 a 44.

43 — Punto 206.

44 — Véase Virgós y Garcimartín, punto 406.

si la resolución vulnera el orden público del primer Estado miembro. Si esto es así, la cuestión de si la supuesta vulneración es suficientemente grave para justificar la negativa de ese tribunal a conceder el reconocimiento conforme al artículo 26 corresponde a su Derecho nacional.<sup>45</sup>

146. El Dr. Bondi y el Gobierno italiano afirman, además, que el artículo 26 sólo se aplica cuando los «efectos» de ese reconocimiento sean «claramente contrarios» al orden público del Estado. El «efecto» en este caso, es que los tribunales irlandeses se vean obligados a reconocer que su procedimiento de insolvencia es «secundario» y no «principal». Estas partes alegan que es difícil apreciar por qué ese «efecto» tan limitado es claramente contrario al orden público irlandés.

147. Me parece nuevamente que esta alegación ignora los términos en que se ha formulado la pregunta. El órgano jurisdiccional nacional afirma expresamente que resulta manifiestamente contrario al orden público del 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 un proceso equitativo no ha sido respetado al adoptar tal resolución, y que considera que la resolución de que se trata ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios.

148. Para finalizar, el Dr. Bondi y el Gobierno italiano afirman que el órgano jurisdiccional remitente parece no haber apreciado que, incluso si el asunto entrase en el ámbito de aplicación del artículo 26, el Estado miembro cuyo orden público se ve implicado no está obligado a negar el reconocimiento. En el artículo 26 se utiliza la palabra «podrá», reconociendo al Estado miembro la facultad discrecional de negar el reconocimiento, a diferencia de los términos «no se reconocerán» del artículo 27 del Convenio de Bruselas. Si —como esas dos partes afirman— no se produjo indefensión respecto del Sr. Farrell en Italia, y puesto que, de producirse, podría haber pedido la subsanación de la vulneración de las normas procesales mediante un recurso, el órgano jurisdiccional remitente no debería menoscabar el sistema de reconocimiento del Reglamento ejerciendo su facultad discrecional para negar el reconocimiento.

149. Sin embargo, me parece nuevamente que la primera cuestión suscitada más arriba, a saber, la supuesta equidad del juicio, tiene por objeto revisar la apreciación de los hechos del órgano jurisdiccional remitente, que afirma en la cuestión prejudicial planteada que considera que la resolución del Tribunal de Parma ha sido «adoptada sin

<sup>45</sup> — Informe Virgós-Schmit, punto 207.

tener en cuenta el derecho a juicio justo y a un proceso equitativo».

subsana necesariamente por la existencia de otra, como la posibilidad de impugnación.<sup>47</sup> El informe subraya que tales medidas se reconocerán «según sean o no compatibles con el orden público del Estado requerido, donde dicha decisión debe surtir efecto».<sup>48</sup>

150. En lo que respecta a la segunda cuestión, a saber, la posibilidad de obtener la subsanación mediante recurso, debe tenerse en cuenta que en los estadios iniciales del procedimiento de insolvencia, el tiempo es a menudo esencial, de forma que un procedimiento dado debe apreciarse en su estado original. Esta opinión es coherente con los comentarios del informe Virgós-Schmit que se refieren al contexto, de similar urgencia, de las medidas cautelares a instancia de parte. El informe señala que todos los Estados contratantes disponen de tales medidas, y continúa: «Como es natural, para que sean constitucionalmente admisibles, esas medidas se someten en la mayoría de los Estados a requisitos especiales que aseguran el respeto de las garantías esenciales de defensa (por ejemplo, cumulativamente, principio de buen derecho, urgencia grave, aportación de fianza por el solicitante, notificación inmediata al afectado y posibilidad efectiva de impugnar la adopción de las medidas).»<sup>46</sup> El requisito de que tales condiciones sean acumulativas sugiere que el incumplimiento de una de ellas, como la notificación inmediata al afectado, no se

151. Para terminar, en lo que se refiere al tenor del artículo 26, es cierto que tal disposición, al contrario que el artículo 27, apartado 1, del Convenio de Bruselas, concede al tribunal ante el que se busca el reconocimiento, una facultad discrecional. El hecho de que ese tribunal tenga la posibilidad de reconocer el procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro aunque el efecto de tal reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público, no significa sin embargo, que esto sea siempre oportuno, puesto que tal interpretación privaría de efectos al artículo 26. En el

<sup>47</sup> — Puede señalarse que el órgano jurisdiccional remitente declara en la resolución de remisión que éste es el caso en la legislación irlandesa: «En una situación similar, este Tribunal no habría permitido que se mantuviera una resolución equivalente de un órgano administrativo o jurisdiccional que estuviera bajo su jurisdicción. Habría considerado que la vulneración del derecho a un juicio justo resulta, en sí misma, tan manifiestamente contraria al orden público que habría estimado que tal resolución había sido adoptada de forma incompetente y que era, en consecuencia, nula. Este resultado tampoco se habría subsanado por el hecho de que la resolución pudiera recurrirse ante el mismo tribunal. Un incumplimiento tan importante del deber de garantizar un juicio justo viciaría todo el procedimiento.»

<sup>48</sup> — Punto 207.

<sup>46</sup> — Punto 207.

presente asunto, me parece que, sobre la base del supuesto para el que se planteó la pregunta, que se basa a su vez en la apreciación de los hechos realizada por el órgano jurisdiccional remitente, nada sugiere que tal órgano jurisdiccional haya ejercido incorrectamente su facultad discrecional al negar el reconocimiento.

## Conclusión

152. En consecuencia, estimo que debe responderse a las cuestiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta planteadas por la Supreme Court de Irlanda del siguiente modo:

«1) Cuando se presenta a un tribunal competente en Irlanda una solicitud de liquidación de una sociedad insolvente y, mientras está pendiente la adopción del auto de liquidación, dicho tribunal dicta una resolución en la que nombra a un síndico provisional facultado para tomar posesión de los activos de la sociedad, gestionar sus asuntos, abrir una cuenta bancaria y nombrar a un abogado, todo ello con los efectos jurídicos de privar de sus poderes a los administradores de la sociedad, dicha resolución, unida la presentación de la solicitud, constituye una “decisión de apertura del procedimiento de insolvencia” en el sentido del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia .

2) Cuando un procedimiento de insolvencia se ha abierto en primer lugar por un tribunal de un Estado miembro en el que se encuentra el domicilio social de la

sociedad y en el que la sociedad lleva a cabo la administración de sus intereses de manera habitual de modo que pueda ser averiguado por terceros, los tribunales de otros Estados miembros no son competentes con arreglo al artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000, para abrir el procedimiento principal de insolvencia.

- 3) Cuando el deudor es una sociedad filial y su domicilio social y el de su matriz se encuentran en dos Estados miembros diferentes y la filial lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses de modo que pueda ser averiguado por terceros y con pleno y constante respeto a su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social, la presunción del artículo 3, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000 de que el centro de los intereses principales de la filial se encuentra en el Estado miembro de su domicilio social no se destruye meramente por el hecho de que la sociedad matriz se encuentre, en virtud de su participación accionarial y de su facultad para nombrar administradores, en una posición de control y controle, de hecho, la política de la filial y este control se pueda ser averiguado por terceros.
  
- 4) Cuando resulta manifiestamente contrario al orden público de un Estado miembro permitir que una decisión judicial o administrativa surta efectos jurídicos en relación con personas u organismos cuyo derecho a un juicio justo y a un proceso equitativo no ha sido respetado al adoptar tal resolución, ese Estado miembro no está obligado por el artículo 16 del Reglamento nº 1346/2000 a reconocer una resolución de los tribunales de otro Estado miembro destinada a iniciar un procedimiento de insolvencia de una sociedad, en una situación en el que el tribunal del primer Estado miembro considera que la resolución de que se trata ha sido adoptada sin tener en cuenta dichos principios.»