

SOCIEDADES FANTASMA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LETTERBOX COMPANIES AND PRIVATE INTERNACIONAL LAW

Javier Carrascosa González*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTEXTO LEGAL. III. LOS
DESAFÍOS JURÍDICOS. IV. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: Las conocidas como "sociedades fantasma" son una realidad en el escenario de la economía mundial del siglo XXI. Se trata de entes jurídicos constituidos en ciertos Estados, en los que poseen su sede social, pero en los que no realizan actividad económica o societaria alguna. El presente estudio analiza el régimen jurídico de estas sociedades fantasma en Derecho internacional privado europeo y español. Se aborda la cuestión de la determinación de la Ley reguladora de las sociedades fantasma, la reacción legal contra las *pseudo-foreign corporations*, la libertad de establecimiento de sociedades fantasma en la UE y la responsabilidad patrimonial de estas sociedades y de sus administradores, en especial, cuando se emplean testaferros. Por último, se presta una especial atención a régimen jurídico de la insolvencia internacional de la sociedad fantasma, lo que comporta el análisis del "centro de intereses principales" de la sociedad fantasma como deudor insolvente, así como del traslado internacional de la sede social de la sociedad fantasma.

ABSTRACT: *The so-called "letterbox companies" are a reality in the global economic scenario of the XXst century. These companies are incorporated to the Law of certain countries where they did not carry out any business. This paper deals with the legal status of letterbox companies in European and Spanish Private International Law. Different aspects are analyzed: the Law applicable to letterbox companies, legal reactions against these companies considered as pseudo-foreign corporations, freedom of establishment in the EU of letterbox companies, and liability of letterbox companies and their managers, especially, when using figureheads. Finally, special attention is paid to the legal regime of letterbox companies' insolvency in Europe. In that context, the paper focuses on the concept of letterbox companies' "center of main interests" and on the international transfer of letterbox companies' registered offices.*

PALABRAS CLAVE: sociedades fantasma, falsas sociedades extranjeras, responsabilidad patrimonial de las sociedades, insolvencia internacional de las sociedades, traslado internacional de la sede social.

KEYWORDS: *Letterbox companies, pseudo-foreign companies, international corporate insolvency, international transfer of the registered office.*

Fecha de recepción del original: 14 de enero de 2014. Fecha de aceptación de la versión final: 17 de febrero de 2014.

* Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

1. La sociedad fantasma en el escenario de la economía mundial

1. La globalización de las relaciones económicas ha conducido a una situación de total permeabilidad de las fronteras económicas y políticas. Este fenómeno se ha visto potenciado, especialmente, por la apertura de los mercados nacionales al flujo constante de mercancías, servicios, bienes y factores productivos. *The world is flat*, "la tierra es plana" (T.L. FRIEDMAN)¹. El mundo del siglo XXI constituye un escenario continuo, un campo de juego liso, sin obstáculos, perfectamente horizontal, donde los operadores económicos se mueven con una casi total libertad y a gran velocidad. La Tierra es plana porque las diferencias geográficas, culturales, económicas, políticas e históricas, ya no impiden la circulación mundial de las personas, de los factores productivos, de las ideas, de las culturas y también de las instituciones jurídicas.

2. La libre circulación de factores productivos y de estructuras societarias y jurídicas es una realidad de dimensión mundial. Dicho contexto posibilita la rápida creación de sociedades mercantiles y otros entes jurídicos del más variado tipo en países en los que tales sociedades no desarrollan actividad económica o comercial alguna. Tales sociedades se conocen como "sociedades fantasmas" / "*letterbox company*" / "*paper company*" / "*shell company*" / "*money box company*" / "*Briefkastenfirma*" / "*une société boîte aux lettres*". En efecto, la globalización no impide que existan diferencias muy notables en el modo en el que los diferentes Estados estructuran su Derecho societario. Desde esta perspectiva, como ha subrayado A. YOKARIS, existen varios grupos de Estados que siguen, cada uno de ellos, una "cultura societaria" distinta los unos de los otros². La globalización ha hecho que los "modelos societarios" circulen por todo el planeta. Sin embargo, según han advertido M.S.M. MAHMOUD y E. M. KIENINGER, la globalización no ha unificado los concretos tipos societarios ni siquiera dentro de las mismas familias jurídicas existentes en el mundo³.

3. El objeto del presente estudio es el régimen jurídico de las sociedades fantasma en Derecho internacional privado (DIPr.) de la UE y en DIPr. español⁴. El estudio de estas sociedades fantasma desde la perspectiva del DIPr. debe arrancar del contexto en el que tales sociedades nacen y florecen, esto es, de la realidad líquida de una economía globalizada de dimensiones mundiales en la que todo es internacional.

4. El nombre que se asigna a estas sociedades ("sociedades fantasma") refleja dos caracteres importantes de las mismas.

¹ TH.L. FRIEDMAN, *The World Is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2005, *passim*.

² A. YOKARIS, "Le droit international face au défi de la diversité culturelle", *Revue hellénique de droit international*, 2009-I, pp. 695-704.

³ E. M. KIENINGER, "The Law Applicable to Corporations in the EC", *RebelsZ*, vol 73, n. 3, 2009, pp. 607-628; M.S.M. MAHMOUD, "Mondialisation et souveraineté de l'Etat", *JDI Clunet*, 1996, pp. 611-662.

⁴ En el presente estudio, la expresión "DIPr. europeo" se emplea como sinónimo de "DIPr. de la UE".

1º) *La sociedad fantasma es un ente jurídico puramente formal.* No desarrolla actividades económicas ni de ningún otro tipo en el país donde tiene su sede social y con arreglo a cuya legislación se ha constituido. Es una sociedad que sólo posee, en dicho país, un "apartado de correos", un "buzón para recibir cartas" (*Letterbox*), pero nada más. La sociedad fantasma es sólo, en dicho Estado, una "sábana", una "pura apariencia", un "ente jurídico meramente formal". La sociedad fantasma es, efectivamente, "fantasma" porque bajo esa "pura apariencia de sociedad" no hay actividad social alguna en el país de su sede social. La sociedad existe pero no desarrolla ninguna actividad en dicho país. Es como un fantasma porque, visto que los fantasmas no existen, si al fantasma se le quita la sábana, bajo la misma no hay nada. Bajo la apariencia jurídica de la sociedad fantasma no hay, tampoco, nada. Cuando acreedores, socios o autoridades buscan activos, patrimonio y actividades en el país de la sede de la sociedad, descubren que bajo la apariencia jurídica formal (= "sábana") de la sociedad no hay nada. Ni bienes, ni activos, ni actividades. La sociedad fantasma es una pura creación del Derecho, un producto de la alquimia jurídica de los operadores legales. Es el resultado de una alta ingeniería jurídico-societaria especializada aplicada al contexto mundial. La sociedad fantasma es un ejercicio estratégico de "economía jurídica virtual". Es un producto de la arquitectura corporativa más sofisticada que nace y prolifera en el escenario internacional. En el país donde tiene su sede, la sociedad fantasma no despliega ninguna actividad de economía real. En dicho país, la sociedad fantasma es "puro concepto".

2º) *La sociedad fantasma es un producto de la deslocalización internacional.* En efecto, la "sociedad fantasma" dispone de su sede social en un concreto país con arreglo a cuya Ley se ha constituido, aunque en realidad, la sociedad fantasma no posee raíces económicas en dicho país. No desarrolla ninguna actividad económica, comercial o productiva en dicho país. Es una sociedad deslocalizada, en el sentido de que su sede radica en un país con el que ni dicha sociedad, ni sus socios, ni sus creadores tienen, en verdad, nada que ver. El país donde radica la sede social de la sociedad fantasma no tiene por qué ser un "paraíso fiscal", aunque puede serlo. Miles de sociedades fantasma disponen de su sede social en países europeos como Irlanda, Suiza, Luxemburgo, Holanda, etc., que no pueden considerarse "paraísos fiscales". El país de la sede de la sociedad fantasma ofrece, normalmente, ventajas fiscales innegables, pero también otras cualidades jurídicas altamente buscadas por las sociedades. Por tanto, la sociedad fantasma no es, necesariamente, una sociedad *Off-Shore*. La sociedad fantasma es una consecuencia la libertad de circulación internacional de los factores productivos y de la libre circulación de los productos legales y de las situaciones jurídicas cristalizadas en un concreto Estado. Resulta sencillo crear sociedades de capital en multitud de países diferentes. La sociedad fantasma sólo se entiende, ciertamente, en un contexto netamente internacional caracterizado por la deslocalización de las personas jurídicas. La sociedad fantasma nace, vive y se multiplica en la Globalización, en un escenario de *out-sourcing* y *offshoring* de escala planetaria.

5. Debe distinguirse *cum grano salis* entre cinco conceptos diferentes referidos a realidades distintas en el contexto de las sociedades: las auténticas sociedades fantasma, las llamadas "sociedades *Off-Shore*", las conocidas como "sociedades desaparecidas" o

"sociedades de baja intensidad", las sociedades fiduciarias reales y las sociedades fiduciarias puramente instrumentales.

a) *Sociedades fantasma*. Como antes se ha indicado, se trata de sociedades que no desarrollan ninguna actividad económica en el país donde tienen su sede social. La diferencia entre sociedad fantasma y sociedad *off-shore* radica en que la primera puede tener su sede en un país que presenta ciertas ventajas fiscales y también ventajas de otro tipo, pero no es necesariamente un "paraíso fiscal", mientras que una sociedad *off-shore* siempre se constituye y tiene su sede en un Estado considerado como un paraíso fiscal.

b) *Sociedades Off-Shore*. Las sociedades *Off-Shore* son aquéllas que instalan su sede social en un país concreto, normalmente un paraíso fiscal. Se constituyen con arreglo a la Ley de dicho país y desarrollan actividades económicas en otro país distinto, con frecuencia, un país del primer mundo. Son "sociedades deslocalizadas" que los socios han constituido en paraísos fiscales debido a las ventajas tributarias y mercantiles que les brinda la legislación del Estado-paraíso fiscal. Estas sociedades *off-shore* no realizan ninguna actividad económica en los países donde tiene su sede y donde han sido constituidas, pero sí que las despliegan o pueden desplegarlas en otros países, normalmente, en el país donde residen los socios de la misma. La inmensa mayoría de las sociedades *off-shore* son también sociedades fantasma. Sin embargo, los conceptos son distintos, pues pueden existir sociedades *off-shore* que han sido constituidas en paraísos fiscales y que sí desarrollen parte de sus actividades o alguna actividad, social o no, en dichos Estados-oasis. Tanto las sociedades fantasma como las sociedades *off-shore* son empleadas como vehículos jurídicos para tributar en países con tipos impositivos reducidos, de modo que se produce una elusión de impuestos en numerosos Estados miembros que alcanza cifras fabulosas⁵. El caso holandés resulta realmente curioso. Los tipos impositivos holandeses atraen a numerosas sociedades fantasma que realmente son controladas por sociedades o personas de otros Estados. Al mismo tiempo, ciertas sociedades de capital holandesas, como Shell y ABN Amro recurren a la creación de *Letterbos companies* y sociedades *off-shore* en paraísos fiscales para evitar el pago de los impuestos holandeses⁶. Al no desplegar actividades económicas en el Estado de su sede, a estas sociedades *off-shore* se les conoce igualmente como "sociedades no residentes". Los titulares de estas sociedades deben sólo abonar una reducida cuota de registro anual que, normalmente, no supera los 200 USD. También son empleadas como sociedades de cobertura para gestionar "patrimonios separados" y evitar, de ese modo, el pago de impuestos de sucesiones, transmisiones patrimoniales, impuesto sobre el patrimonio, IRPF y otros. Además de las aludidas ventajas fiscales, estos Estados-oasis o paraísos fiscales ofrecen beneficios extraordinariamente atractivos⁷. Entre tales beneficios cabe citar la fácil, veloz y económica constitución de

⁵ Vid. www.dutchnews.nl de 30 abril 2012 ("EU wants an end to letterbox firms, plan could cost Holland €1.5bn"): "Thousands of companies are located in the Netherlands on paper because of the generous tax regime for foreign participations. They range from multinational giants such as Google to bands like U2 and the Rolling Stones".

⁶ Vid. datos e informaciones sobre este fenómeno en <http://www.abovetopsecret.com/forum/thread9360938/pg1>

⁷ Esta información y datos pueden verse en <http://www.paraisos-fiscales.info/sociedades-offshore.html>.

una sociedad de capital, la posibilidad ilimitada de constitución de sociedades unipersonales, y una administración muy ágil de la sociedad, exención de la presentación de las cuentas anuales, con el consiguiente ahorro de contabilidad y auditoría. A lo anterior se debe sumar la estricta confidencialidad de la titularidad de estas sociedades, pues los datos de los accionistas y propietarios de las sociedades no constan en registros públicos y la utilización de fiducias es perfectamente legal. Por otro lado, estos Estados admiten una "capitalización delgada" de la sociedad de capital (*thin capitalisation*), esto es, no resulta preciso desembolsar el capital suscrito para constituir la sociedad. Las normas sobre fusiones de empresas, inversiones, supervivencia de la sociedad en caso de cambio de domicilio a otro país son realmente muy laxas. Estos Estados-oasis ofrecen diversos tipos de sociedades offshore, tales como la IBC (*International Business Company*), similar a una sociedad de responsabilidad limitada o sociedad anónima, la LLC (*Limited Liability Company*), similar a una sociedad limitada con fiscalidad transparente⁸.

c) *Sociedades de baja intensidad o "sociedades zombi"*. En la práctica jurídica y comercial actual son frecuentes las sociedades que, al no poder pagar a sus acreedores, son disueltas por sus socios, para volver a constituirse inmediatamente con otra razón social y seguir "desde cero" con la actividad económica que ya desempeñaba la anterior sociedad. Un modo aparentemente sencillo de librarse de los molestos acreedores. En otras ocasiones, la empresa anterior deudora y arruinada, no se extingue, sino que se mantiene en régimen de muy baja actividad económica, permanentemente endeudada, permanentemente en situación de impago y quiebra técnica. Los administradores de dicha sociedad constituyen otra nueva sociedad que, en realidad, continúa con la actividad de la anterior y comienza, ahora ya sin deudas, su andadura en el mercado. La anterior sociedad insolvente pasa a ser una sociedad sin actividad real pero con personalidad jurídica, cercada por unas deudas que no puede afrontar y por unos deudores que no pueden realizar sus créditos. Esta sociedad, muerta en vida, sigue existiendo. Sus socios no la dejan morir aunque no puede desarrollar una actividad que le es propia. Vaga por el mercado sin posibilidad de vivir pero también sin posibilidad de morir. Es una "sociedad zombi". Es frecuente que esta sociedad zombi sea dirigida por un único administrador social, que es el sujeto que orquesta toda esta operación de "lavado de imagen" y "renacimiento" de la otra sociedad.

d) *Sociedades fiduciarias auténticas*. Los negocios fiduciarios están muy extendidos en la sociedad actual. Es frecuente también que estos negocios fiduciarios presenten carácter internacional. Los negocios fiduciarios son, en general, aquéllos en

que proporciona una panorámica completa y precisa sobre los caracteres de las sociedades *off-shore*.

⁸ El empleo masivo de sociedades *off-shore* como sociedades instrumentales o sociedades en régimen de negocio fiduciario, a nombre de *figureheads* o testaferros radicadas en otros Estados, con el objetivo de imputar a las mismas voluminosos ingresos generados, en realidad, en España por sociedades de capital reales y por personas físicas que operan en la UE y en España, puede observarse en el conocido "caso URDANGARÍN". Vid. *confidencial.com* de 28 febrero 2012, que refiere la existencia, en dicho caso, de sociedades con sede en Belice, Panamá, Antillas Holandesas, Islas Vírgenes, Hong Kong, Luxemburgo, Middlesex (Reino Unido) y Wyoming, Delaware, Arkansas y New York (EE.UU) a cargo de testaferros panameños y de otras nacionalidades. Se calcula que, en dicho caso, se han podido utilizar más de 500 "sociedades instrumentales" cuya sede se encuentra fuera de España.

cuya virtud una persona (fiduciante / transmitente) transmite la propiedad sobre un bien, un patrimonio complejo cosa o sobre un derecho a favor de otra persona (fiduciario) para que éste emplee la cosa o el derecho adquirido para el fin que ambos sujetos pactaron, con la obligación de transmitirla al fiduciante o a un tercero cuando se haya alcanzado la finalidad prevista (STS 4 julio 1998). El fiduciario, que suele ser hoy día una sociedad fiduciaria, especializada en gestionar patrimonios complejos, ocupa una posición de confianza (*fiducia*). En efecto, aunque el fiduciario es el propietario formal de la cosa o derecho transmitido debe emplear tal cosa o derecho con arreglo a las instrucciones recibidas del fiduciante y debe, en su caso, restituirlo al final al transmitente / fiduciante o a quien se haya determinado. La sociedad fiduciaria, normalmente radicada en países oasis o paraísos fiscales, desarrolla una finalidad de pura gestión. Con la intención de facilitar la gestión de patrimonios complejos, es frecuente que el fiduciante entregue un patrimonio a la sociedad fiduciaria para que ésta proceda a administrar, realizar pagos e invertir una suma de capital ("fiducia de administración y pagos"), de custodiar, administrar y gestionar una cartera de valores ("fiducia de administración de cartera"), o de representar los intereses de los tenedores de ciertos títulos-valores ("fiducia de representación legal de tenedores de títulos"). En numerosos Estados que pueden ser o no también paraísos fiscales se emplea la institución del *trust* anglosajón para articular la gestión de este "patrimonio separado".

e) *Sociedades fiduciarias en manos de figureheads, testaferros o sociedades puramente instrumentales*. Es también habitual que ciertos sujetos y sociedades, con la finalidad de situar ciertos bienes, capitales o derechos al amparo de embargos, ejecuciones y pagos de impuestos, entreguen a una sociedad fiduciaria o a una persona física (fiduciario) una serie de bienes a través de una venta o transmisión ficticia de tales activos. El objetivo de la operación es crear un "patrimonio separado" a nombre de un "amigo", un *figurehead* o testaferro (*fiducia cum amico*). El "amigo" es el propietario formal, en especial frente a terceros, del bien o del patrimonio ficticiamente transmitido. El patrimonio en cuestión resulta así "protegido" frente a las ejecuciones, embargos, y pagos de impuestos que se dirigen contra los bienes del fiduciante. En la inmensa mayoría de los supuestos, se trata de contratos simulados, nulos con arreglo a la Ley estatal que los rige. En realidad, se finge la conclusión de un contrato de venta de bienes y/o derechos en favor del fiduciario, contrato que en realidad nunca se ha producido. Por ello, tampoco ha habido una transmisión auténtica de la propiedad. La operativa de estos negocios es simple. Las sociedades fiduciarias puramente instrumentales suelen disponer de su sede social fuera de España. Tales sociedades pertenecen, en realidad, a otras personas físicas o jurídicas que operan en España, aunque el capital y la titularidad y la administración figure a nombre de otra persona diferente. Los ingresos obtenidos en España por las personas físicas o jurídicas que realmente los han generado, son artificialmente imputados a estas sociedades instrumentales. Visto que en los *tax-friendly States* en los que las sociedades instrumentales tienen su sede social, los impuestos son muy reducidos o no existen, las ganancias generadas en España y artificialmente imputadas a estas sociedades instrumentales, quedan libres de imposición fiscal. El *figurehead* o testaferro a cuya titularidad y/o gestión figura la sociedad instrumental transfiere posteriormente, por vía de hecho o mediante contratos ocultos y pactos secretos, las ganancias que no han tributado, a los verdaderos propietarios de estas sociedades instrumentales.

6. El presente estudio no aborda el régimen legal en DIPr. de las "sociedades desaparecidas" y/o mantenidas en régimen de "baja intensidad". Tampoco analiza el régimen jurídico de las sociedades *off-shore* como tales ni el estudio de las sociedades fiduciarias o puramente instrumentales. El objeto del presente trabajo se limita, exclusivamente, al régimen jurídico de las sociedades fantasma, tal como han sido definidas *supra*.

2. Objetivos de la sociedad fantasma

7. Los propósitos perseguidos con la creación de estas sociedades fantasma puede ser varios, todos ellos compatibles entre sí.

1º) *Propósito fiscal*. Es, quizás, el más habitual. Consiste en fijar en un determinado país la sede de una sociedad de capital, de modo que la tributación del impuesto de sociedades se lleva a cabo en dicho Estado. En efecto, el criterio de sujeción a dicho impuesto suele ser la "sede social" de la empresa. Así, para España, el Impuesto de sociedades se aplica con arreglo al art. 7.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que indica que son sujetos pasivos de dicho impuesto las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español⁹. Según el art. 7.2 de dicha Ley, los sujetos pasivos serán gravados por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiere producido y cualquiera que sea la residencia del pagador (= principio de "universalidad de la renta"). El art. 8 de la Ley citada recoge ciertas reglas para precisar la "residencia en España" de las sociedades a efectos del Impuesto sobre Sociedades¹⁰. En consecuencia, cuando la sociedad no tiene su "residencia" en España, no tributa con arreglo al Impuesto de sociedades español. En este sentido, muchas empresas que despliegan auténticas y reales actividades económicas en todo el mundo, deciden ubicar su sede social en un concreto Estado debido a los tipos impositivos societarios reducidos que dicho Estado ofrece. Y no se

⁹ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE núm. 61 de 11 marzo 2004).

¹⁰ Así, se consideran residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas; b) Que tengan su domicilio social en territorio español; c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español y a estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. Por otro lado, se Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, o considerado como "paraíso fiscal", tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la simple gestión de valores u otros activos. Además, el domicilio fiscal de los sujetos pasivos residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios (art. 8.2 Ley IS). En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios anteriores, prevalecerá aquél donde radique el mayor valor del inmovilizado.

trata exclusivamente de los típicos y exóticos "paraísos fiscales" como las Islas Cayman, Gibraltar, Islas Vírgenes británicas, Nuru, Aruba, Barbados, Bermudas, etc., sino también de Estados occidentales como Suiza, Irlanda, Holanda o Luxemburgo, que disponen de tipos impositivos societarios muy reducidos bien en general o bien para ciertas categorías de negocios, empresas o personas. Este fenómeno es conocido también como el "*síndrome de Delaware*", que se expone más adelante.

2º) *Propósito de reducción de responsabilidades de los administradores sociales.* Al establecer una sociedad fantasma en un determinado Estado, los socios pueden haber buscado, igualmente, con ello, someter el régimen jurídico de la responsabilidad de los administradores sociales a la Ley de dicho Estado. Existen Estados cuyas leyes societarias recogen un sistema extraordinariamente benévolo con los administradores sociales. La sociedad fantasma evita, así, la aplicación de la Ley del país donde, realmente, los administradores sociales desarrollan sus actividades de gestión social. Las Leyes de estos "Estados de conveniencia" permiten, igualmente, con cierta facilidad, nombrar como administradores societarios a personas interpuestas, testaferros, *frontmen*, administradores fiduciarios, hombres de paja. Se trata de personas que no disponen de un patrimonio propio solvente. De ese modo, cuando se ejerce la acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, el acreedor comprueba que tales administradores son insolventes y carecen de activos para responder por los actos que han perjudicado al acreedor. Una desagradable sorpresa, sin duda. Por otro lado, se pueden constituir *trusts* en países cuyas leyes así lo permiten, *trust* controlados por personas y/o sociedades que realmente operan en otros países. El *trust* blindo un patrimonio y evita la confusión de bienes entre los propios del *trust* y los bienes de la sociedad y/o de las personas físicas que los controlan bien de modo oculto o bien como *trustees*. Además, al constituir la sociedad fantasma con arreglo a la Ley de un país poco exigente en este aspecto, dicha Ley regula no sólo los límites hasta lo que puede responder la sociedad sino los límites hasta los que pueden responder personalmente, con su propio patrimonio, los administradores de la sociedad. En algunos Estados, esta acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, simplemente, no existe.

3º) *Propósito de reducción de responsabilidad social.* Una sociedad fantasma puede también perseguir el propósito de reducir el nivel de responsabilidad patrimonial de la sociedad frente a terceros. En efecto, si la sociedad fantasma se constituye e instala su domicilio en un Estado con una legislación societaria muy limitativa de la responsabilidad social, los terceros sólo podrán reclamar dicha responsabilidad hasta el *quantum* establecido en dicha Ley, que suele ser muy inferior al que marca la Ley del Estado o Estados donde realmente se llevan a cabo las actividades que formalmente desarrolla la sociedad fantasma.

4º) *Propósito de penetración en el mercado local del país de la sociedad fantasma.* No es infrecuente que la sociedad fantasma sea sólo una "pantalla" que adopta la forma jurídica de "sociedad de capital" en un país para presentarse en dicho país como una "sociedad local". En realidad, la sociedad fantasma local no desarrolla actividad alguna en dicho país. Es un mero apéndice formal de la sociedad que sí opera en el mercado, que es la sociedad real que controla la sociedad fantasma. Se trata de un

objetivo de marketing empresarial, ya que está comprobado que en ciertos ambientes, entrar en un mercado nacional como "sociedad extranjera" puede disminuir el impacto económico de la operación, mientras que operar como una sociedad de dicho país despierta menos reticencias en los clientes locales.

8. El número de estas sociedades fantasma es extraordinariamente elevado en toda la UE y también en España. Su importancia e impacto en la vida económica no puede negarse. Miles de personas y de empresas contratan cada día, quizás sin saberlo, con sociedades fantasma. Y cuando llega la hora de exigir responsabilidad patrimonial a la sociedad fantasma, y/o a los administradores de tales sociedades fantasma, así como cuando llega el momento de localizar el "centro de intereses principales del deudor - "sociedad fantasma", surgen complejos dilemas jurídicos que exigen la intervención de expertos en DIPr. En esta perspectiva, el presente estudio ofrece una panorámica sobre las siguientes cuestiones: (i) la responsabilidad patrimonial de la sociedad fantasma; (ii) la responsabilidad patrimonial de los administradores de las sociedades fantasma; (iii) la determinación del centro de intereses principales de la sociedad fantasma deudora objeto de un proceso concursal.

9. El régimen jurídico de la sociedad fantasma en DIPr. europeo y español debe concretarse con relación al tipo más frecuente de sociedad fantasma en España. Porque la sociedad fantasma nunca está sola. Un observador externo aprecia fácilmente la presencia, por un lado, de un entramado societario compuesto tanto por sociedades reales, esto es, un conjunto de sociedades con actividad económica verdaderamente existente, cierta y auténtica, y personas físicas que también despliegan actividades económicas verdaderas, así como por otro lado, de "sociedades fantasmas", es decir, sociedades que no desarrollan ninguna actividad económica real y que se hallan radicadas fuera de España, normalmente en "*tax-friendly countries*". La sociedad fantasma es una sociedad controlada por personas físicas o por otras sociedades reales que tienen su sede y desarrollan sus actividades económicas en un país diferente a aquél en el que la sociedad fantasma tiene su sede social.

II. EL CONTEXTO LEGAL

1. Ley aplicable a la sociedad fantasma en Derecho internacional privado europeo y español

A) La regla general. Tesis de la constitución (*Incorporation Theory*)

10. La Ley aplicable a la sociedad fantasma se determina con arreglo a las normas de conflicto que señalan la Ley estatal reguladora de las personas jurídicas y/o del tipo de sociedad en cuestión. Ahora bien, tres observaciones preliminares resultan precisas al respecto.

11. Primera observación. El Derecho de la UE carece de normas de DIPr. que señalen la Ley reguladora de las sociedades de capital. La labor de potenciación de la

libre circulación de las sociedades en el mercado europeo desarrollada por el TJUE, pese a sus múltiples aspectos positivos, no ha colmado esta laguna legal. Según indica J. BORG-BARTHET, el TJUE, en realidad, no puede sustituir la tarea del legislador europeo en el sector del Derecho societario¹¹. El Derecho de la UE se ha centrado, desde hace décadas, en la elaboración de normas de Derecho societario material. Sin embargo, tales normas sólo han conducido a una armonización parcial del Derecho material societario de los Estados miembros. El enfoque conflictual, i.e., la precisión de la Ley reguladora de las sociedades determinada por normas de conflicto, sigue siendo, como agudamente precisa C.F. NORDMEIER, una necesidad jurídica en todos los Estados miembros¹².

12. Segunda observación. Ante la carencia legal anterior en el nivel legislativo europeo, en cada Estado miembro la precisión de la Ley reguladora de las sociedades se lleva a cabo mediante sus propias normas de conflicto "nacionales". Se produce, como ha señalado S.M. CARBONE, un efecto devolutivo en favor de las normas de conflicto nacionales de cada Estado miembro¹³. En el supuesto de España, son aplicables el art. 9.11 CC y los arts. 8 y 9 TRLSC, que concretan la *Lex Societatis*, la Ley estatal que rige la vida interna de la sociedad de capital. Tales normas de conflicto son distintas de Estado miembro a Estado miembro. Siguen criterios de conexión distintos que, necesariamente, y como expone P. KINDLER, entrarán en colisión entre sí cada vez con mayor frecuencia¹⁴. Ello puede dar lugar a una disparidad de soluciones jurídicas. Así, una sociedad X puede quedar sujeta, en Alemania, a la Ley del país donde radica su sede de dirección, mientras que en el Reino Unido o en España, esa misma sociedad está sometida a otra Ley diferente, esto es, a la Ley del Estado con arreglo a la cual se ha constituido. Esta situación conduce a un desasosegante panorama de inseguridad jurídica, incerteza legal, *Forum Shopping* y elevación de costes conflictuales en el DIPr. societario de los Estados miembros. Este escenario legal es inestable y profundamente inconveniente. Resulta preciso, como advierte H. J. SONNENBERGER, restaurar la previsibilidad legal, la seguridad jurídica, y la igualdad jurídica entre las sociedades como actores económicos importantes del mercado único y todo ello en el marco de los valores y objetivos de la UE (arts. 1-2 TUE) y las libertades del mercado¹⁵. En dicho proceso de reflexión, la cuestión más candente es la conveniencia de elaborar normas de conflicto uniformes europeas para determinar la Ley reguladora de las sociedades y, en caso de respuesta positiva a la cuestión anterior, la precisión del punto de conexión específico que concretará la Ley aplicable a las sociedades en la UE. La propuesta alemana en tal sentido sugiere la elaboración de un catálogo de normas de conflicto uniformes y europeas en el sector de las sociedades de capital. Dicha propuesta

¹¹ J. BORG-BARTHET, *The governing law of companies in EU law*, Oxford, Hart, 2012, pp. 31-35.

¹² C.F. NORDMEIER, "Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte", *IPRax*, 2012-I, pp. 31-39.

¹³ S.M. CARBONE, "Lex Mercatoria e lex societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari", *RDIPP*, 2007, pp. 27-62. En el mismo sentido, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, "Sociedades mercantiles: libertad de establecimiento y conflicto de leyes en la Unión Europea", *Revista de Derecho de Sociedades*, 28, 1, 2007, pp. 59-100.

¹⁴ P. KINDLER, "Aspetti essenziali di un futuro regolamento comunitario sulla legge applicabile alle società", *RDIPP*, 2006-III, pp. 657-674.

¹⁵ H. J. SONNENBERGER, "Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés", *RCDIP*, 2013-I, pp. 101-112.

savignyana tiene el mérito, escribe M.-P. WELLER, de reforzar la certeza legal y la seguridad jurídica¹⁶. Además, elimina el *Forum Shopping* societario en la UE y reduce los costes de determinación de la Ley aplicable a la sociedad y los costes de aplicación de la *Lex Societatis*.

13. Tercera observación. Como han propuesto C. LUTTERMANN / S. GEIBLER, el planteamiento anterior basado en la *Lex Societatis* determinada por las normas de conflicto de cada Estado miembro, puede y debe ser cuestionado, al menos en su formulación más clásica¹⁷. En efecto, en la actualidad, la mayor parte de las empresas que desarrollan actividades internacionales se hallan integradas en un grupo de sociedades. En tal grupo societario, el patrimonio de cada empresa en particular no pertenece, legalmente, a dicha sociedad. En efecto, el patrimonio de cada empresa del mismo grupo societario se halla en manos de otra sociedad, conocida como “sociedad *pooler*”, titular de cuentas bancarias (*Pool Account*) en la que se centralizan todos los movimientos financieros de las sociedades partícipes integradas en el grupo societario. Todas estas sociedades confían la gestión de sus movimientos financieros y de su patrimonio a esta “sociedad *Pooler*” y lo hacen mediante un entramado de contratos de cesión de bienes, así como de gestión de patrimonios y activos. Una concreta sociedad anónima puede resultar titular de escasos bienes y activos aunque, en realidad, obtiene pingües beneficios, que ha transferido a la sociedad *pooler*. Por ello, cuando el acreedor de una sociedad, que puede ser una sociedad fantasma, investiga el patrimonio de ésta, puede llevarse la desagradable sorpresa de comprobar que, con arreglo a la Ley estatal que rige la sociedad (*Lex Societatis*) tal ente carece de bienes y activos no puede hacer frente a sus obligaciones y pagos con terceros. Para remediar tal situación podría ser útil abandonar, en ciertos casos o con carácter excepcional, la tradicional perspectiva de la *Lex Societatis* y adoptar un nuevo enfoque en el que se tratara de precisar no la Ley estatal que regula la sociedad (*Lex Societatis*), sino la Ley o las normas jurídicas que regulan la contabilidad de la sociedad (*Bilanzstatut*). Sólo así puede quedar fijada de manera transparente el verdadero nivel de responsabilidad patrimonial de cada sociedad en un escenario de economía planetaria. Ello podría impedir episodios gravísimos como los que han conducido a la crisis financiera internacional iniciada en 2008. Un cambio de perspectiva conflictual (*einen kollisionsrechtlichen Perspektivwechsel*) podría resultar, en consecuencia, muy aconsejable y, en particular, muy beneficioso para la lealtad de las transacciones económicas internacionales cuando se trata de averiguar la solvencia patrimonial de una sociedad fantasma que opera a nivel transfronterizo.

14. En DIPr. español, el art. 9.11.I CC indica que “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”. En consecuencia, las sociedades de capital se rigen por su “Ley nacional” correspondiente. El *statutum societatis* es el fijado por la Ley nacional de la sociedad. El precepto citado es aplicable para fijar la Ley reguladora

¹⁶ M.-P. WELLER, "Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?", *IPRax*, 2011-V, pp. 429-436.

¹⁷ C. LUTTERMANN / S. GEIBLER, "Haftungsfragen transnationaler Konzernfinanzierung (cash pooling) und das Bilanzstatut der Gesellschaft", *IPRax*, 2012-I, pp. 55-61.

de cualquier estructura organizativa con personalidad jurídica, i.e., con facultad para operar legalmente como sujeto de derechos y obligaciones. Así, el art. 9.11 CC resulta perfectamente aplicable a personas jurídicas “no típicas” o “no conocidas” en Derecho societario español, como el *Business Trust*, *Anstalt*, *Treuunternehmen*, etc. (vid. en este sentido la paradigmática RDGRN 29 febrero 1992). Por tanto, la sociedad fantasma se rige por su propia “Ley personal”, por su *Lex Societatis*. Debe tenerse presente que el amplio alcance del art. 9.11 CC resulta muy útil para evitar razonamientos de tipo *circulus vitiosus*. De ese modo, será esa misma Ley personal de la sociedad fantasma la que indique si dicho ente es una “persona jurídica”, si es o no es una “sociedad” y de qué tipo y si posee personalidad jurídica o carece de ella.

15. Es claro que la noción “nacionalidad de las personas jurídicas” es empleada por el precepto citado de modo figurado¹⁸. Las sociedades no tienen “nacionalidad” y las sociedades fantasma tampoco la tienen. El precepto expresa, simplemente, que las personas jurídicas y en particular, las sociedades, se rigen por un Derecho estatal determinado, por su “Ley personal”. Como clarifica G. GIRELLO, la norma de conflicto relativa a las sociedades puede e incluso debe formularse sin referencia a la “nacionalidad de las mismas”. Basta indicar cuál es la Ley reguladora de las sociedades¹⁹. Poco resuelve así el art. 9.11.I CC, pues no indica qué sociedades son “españolas” y qué sociedades no lo son. Para resolver la cuestión debe acudir a otras normas del Derecho español y en concreto, para las sociedades de capital, a los arts. 8 y

¹⁸ Se trata éste de un debate clásico ya suscitado con acierto por el académico estudio de J.-P. NIBOYET, “Existe-t-il vraiment une nationalité des sociétés?”, *RCDIP*, 1927, pp. 402-417, sobre el que también puede verse L. CAFLISCH, “La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé”, *ASDI*, 1967, vol.XXIV, pp. 119-160 y F. CAPOTORTI, *La nazionalità delle società*, 1953. Un correcto *status quaestionis* actual se halla en J. BÉGUIN, “La nationalité juridique des sociétés devrait correspondre à leur nationalité économique”, en AA.VV., *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études offertes à E. Catala*, 2001, Litec, pp. 859-874, así como en A. KLEY-STRULLER, “Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen”, *RSDIDE*, 1991, pp. 163-202; L. LÉVY, *La nationalité des sociétés*, LGDJ, 1984; Y. LOUSSOUARN, “Nationalité des sociétés et Communauté Economique européenne”, *Revue de Jurisprudence commerciale*, 1990, pp. 145-165. En la doctrina española el tema ha sido tratado con interés e intensidad. Vid. ad ex. J.M. BLANCO FERNÁNDEZ, “La nacionalidad de la sociedad en la ley de sociedades anónimas”, *RDM*, 1992, núms.203-204, pp. 245-276; P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 33-49; A.-L. CALVO CARAVACA, “Nacionalidad (de Sociedades)”, *Enciclopedia jurídica básica*, Civitas, 1995, pp. 4385-4389; J.J. PRETEL SERRANO, “Nacionalidad y domicilio de la Sociedad Anónima”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1991, vol.XXX, pp. 187-190; F. SÁNCHEZ CALERO, “La nacionalidad de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 1993, vol.I, pp. 15-60; F. XIMÉNEZ NORÉS, “La nacionalidad de las empresas multinacionales”, *AC*, 1986, núm.39, pp. 2701-2715; M. CHECA MARTÍNEZ, “La ley 19/1989 de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil en materia de sociedades: La nacionalidad de la sociedad anónima”, *REDI*, 1989, vol.XLI, pp. 662-664; R. EGEA IBÁÑEZ, “Nacionalidad de las sociedades. Adquisición por una sociedad extranjera de la nacionalidad española”, *Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, Murcia, 1984; ID., “Nacionalidad de las sociedades”, *RCDI*, 1984, pp. 1155-1182.

¹⁹ Así procede el art. 25.1 *legge* 218 (Ley italiana de 31 mayo 1995, de DIPr.): “*Società ed altri enti. 1. Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione (...)*”. Vid. G. GIRELLO, “La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato”, *DCI*, 1996, pp. 285-288.

9 TRLSC²⁰. Estos dos preceptos sólo precisan las sociedades de capital que son "españolas", i.e., los casos en los que la Ley personal de la sociedad es la Ley española o los caSOS en los que una sociedad de capital se rige por la Ley española.

16. Desde un punto de vista estrictamente formal, los arts. 8 y 9 TRLSC parecen normas unilaterales, preocupadas exclusivamente por indicar qué sociedades de capital se hallan sometidas a la Ley española. La norma debe bilateralizarse para cubrir la evidente laguna. En efecto, los arts. 8 y 9.2 TRLSC son normas de conflicto "aparentemente unilaterales", que determinan la Ley aplicable a las sociedades de capital constituidas con arreglo al Derecho español. Es preciso, por tanto, proceder a una bilateralización de esta norma "aparentemente unilateral". Por tanto, una sociedad de capital será "extranjera" y se regirá por un Derecho extranjero cuando se haya constituido con arreglo a tal Derecho extranjero. La jurisprudencia española más reciente ha seguido este útil "enfoque bilateralizador". Así, la SAN CA 16 febrero 2011 [sociedad con domicilio en los Estados Unidos] estima que una sociedad con domicilio en los Estados Unidos debe regirse por la Ley de dicho país, pues se constituyó con arreglo a la Ley de este Estado. La SAN CA 18 noviembre 2010 [sociedad con domicilio en Malvinas] indicó que una sociedad con domicilio en las Islas Malvinas, "no se rige por la legislación mercantil española, sino por la del lugar de su domicilio". La SAP Granada 9 marzo 2003 estimó que una sociedad extranjera era "taiwanesa" porque quedó acreditado su domicilio social en Taiwan. La SAP Baleares 18 marzo 2005 estimó que una sociedad estaba sometida al Derecho de las Islas Vírgenes puesto que allí tenía su domicilio estatutario.

17. El art. 8 TRLSC señala cuál es la Ley aplicable a las sociedades de capital. El precepto indica: "serán españolas y se regirán por la presente Ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieren constituido". Esta "regla general" acoge, en realidad, el llamado criterio de la "constitución" o de la "incorporación". Con arreglo al mismo, la sociedad de capital se rige por la Ley española cuando se constituye con arreglo a la Ley española. Esta "regla general" se completa con una "regla excepcional", recogida en el art. 9.2 TRLSC, precepto que indica: "Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España". La regla excepcional se aplica sólo en presencia de "falsas sociedades extranjeras" (*Pseudo Foreign Corporations*).

Aunque el *dictum* del art. 8 TRLSC dista de ser claro, la doctrina especializada señala que, efecto, las sociedades se rigen por la Ley del Estado con arreglo a cuyo Derecho material se han constituido²¹. Esta idea vertebró el art. 8 TRLSC. En tal

²⁰ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE núm. 161 de 3 julio 2010).

²¹ En tal sentido, *vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: una aproximación contractual*, Cuadernos Mercantiles, Ed. de Derecho Reunidas, Madrid, 2002; ID., "Derecho de sociedades: problemas de Ley aplicable", en J.F. DELGADO DE MIGUEL (COORD.), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo VI, Mercantil, Derecho de Sociedades. Parte General*, Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-152; C. PAZ ARES, "Cómo hacemos y cómo entendemos el derecho de

perspectiva, los socios disponen de “autonomía de la voluntad conflictual” para elegir la Ley aplicable a la sociedad. Los socios ejercen esta “elección de Ley” mediante la constitución de la sociedad con arreglo a un determinado Ordenamiento jurídico. Son libres de elegir la Ley estatal conforme a la que desean constituir su sociedad, incluidas las Leyes de los países conocidos como “paraísos fiscales”, como las Islas Vírgenes (SAP Baleares 18 marzo 2005). En el fondo, la jurisprudencia, aunque confusa y antigua en ciertos pronunciamientos, apoya la “tesis de la constitución” (RDGRN 25 marzo 1950, STS 22 marzo 1983, RDGRN 11 septiembre 1990, STS 20 junio 1881, STS 30 enero 1922, STS 3 noviembre 1967, RDGRN 25 marzo 1950, RDGRN 17 abril 1953, RDGRN 23 marzo 1966, STS 17 enero 1912, STS 30 enero 1922, STS 7 enero 1954, STS 10 junio 1958, STS 13 octubre 1961, STS 30 marzo 1973, RDGRN 17 julio 1956, STS 7 enero 1954; más reciente, en el mismo sentido, SAP Madrid 10 mayo 2010 [sociedad regida por el Derecho inglés], STS CA 8 septiembre 2011). Esta jurisprudencia viene a indicar que la sociedad es española si se constituye con arreglo al Derecho societario español, y que por tanto, en dicho caso, deberá instalar su domicilio en España, pues así lo exige la Ley societaria española. Si la sociedad se constituye con arreglo al Derecho español y no instala su domicilio en España, sigue siendo “española”. Como ha señalado F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, la determinación de la Ley aplicable a la sociedad a través de la tesis de la constitución o incorporación es un “presupuesto lógico” para concretar si la sociedad ha sido válidamente constituida²². Por ello, una vez determinada, a través del criterio de la “constitución” o “incorporación”, cuál es la Ley estatal aplicable a la sociedad de capital, dicha Ley se aplica para saber si la sociedad ha quedado válida y perfectamente constituida y formada. Como escribe el autor antes citado, “... *-teniendo en cuenta que la ley del Estado bajo la cual se haya constituido la sociedad va a exigir que el domicilio social se localice en el territorio de dicho Estado-, se suele emplear también el concepto de domicilio entendido como domicilio estatutario o registral (esto es, domicilio social en sentido técnico): la lex societatis es la ley del Estado en cuyo territorio la sociedad tiene su domicilio social (= estatutario)*”²³.

En consecuencia, una sociedad fantasma es española y se rige por el Derecho societario español si se constituye con arreglo a la Ley española. Y es extranjera y se rige por el correspondiente Derecho extranjero si se constituye con arreglo a tal Derecho extranjero.

18. Resulta conveniente no confundir los criterios de conexión para fijar la Ley aplicable a la sociedad con los criterios de sujeción empleados por el Derecho Fiscal Societario para marcar el ámbito de aplicación en el espacio de las Leyes que regulan el impuesto de sociedades. El art. 7 TR Ley Impuesto sociedades (RD Legislativo 4/2004 de 5 marzo), antes citado, indica que tributan por este impuesto al Fisco español las personas jurídicas que tengan su residencia en territorio español. Y se entiende que tiene

sociedades”, en C. PAZ ARES (Coord.), *Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada*, C.G. Notariado, Madrid, 1997, pp. 159-205.

²² *Vid.* nota precedente.

²³ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 9.11 CC”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 241-249, esp. p. 243.

su residencia en territorio español la persona jurídica que (art. 8 TR Ley impuesto de sociedades): a) Se ha constituido con arreglo a las Leyes españolas; b) O tiene su domicilio social en territorio español; c) O si tiene su sede de dirección efectiva en territorio español. Son criterios distintos que presentan finalidades diferentes.

19. Por tanto, una sociedad fantasma que se constituye en un "*tax-friendly country*", país donde instala su "sede social", debe considerarse una sociedad válidamente formada si se ha ajustado a la Ley de dicho país. Si ello es así, tendrá personalidad jurídica y podrá operar en España como sujeto de derechos y obligaciones. Según puntualiza A. LA MATTINA, la creación de una sociedad fantasma con arreglo al Derecho extranjero que corresponda constituye un negocio jurídico perfectamente legal y hace posible dotar de personalidad jurídica a dicha sociedad fantasma²⁴. El art. 8 TRLSC y el art. 9.11 CC permiten que la sociedad fantasma válidamente constituida en un Estado en el que dicha sociedad fantasma no lleva a cabo actividad alguna, pueda operar en España como sujeto de derechos y obligaciones.

B) La regla excepcional. *Pseudo-foreign corporations* y el síndrome de Delaware

20. La posibilidad de "deslocalizar" la creación y la existencia de una sociedad de capital provoca un flujo de intereses en beneficio de ciertos Estados con legislaciones mercantiles y fiscales favorables a tales sociedades. Es natural que los socios, visto que el art. 9.11 CC y el art. 8 TRLSC se lo permite, "localicen" su sociedad en Estados con legislaciones societarias y fiscales permisivas. Es suficiente con constituir una sociedad con arreglo a la legislación de uno de estos Estados. Este fenómeno se conoce como "síndrome de Delaware". El *State* norteamericano de Delaware dispone de una legislación permisiva en materia societaria y concede un trato muy benigno a las sociedades desde el punto de vista fiscal. Por dicha razón, miles de sociedades se constituyen con arreglo a la Ley de dicho State aunque no presentan la más mínima conexión sustancial con Delaware. Les basta con tener en Delaware un buzón, una dirección postal o electrónica, lo que se acompaña, a veces, de un mero local que reúne a cientos de sociedades en el que un sujeto hace fotocopias. Igual ocurre con otros muchos "países oasis" y "paraísos fiscales": Islas Vírgenes, Islas Cayman, Islas del Canal, Gibraltar, Tuvalu, etc. En estos micro-países hay que tener cuidado, pues existen más personas jurídicas que físicas.

21. En este escenario deslocalizado, es perfectamente posible que una sociedad que opera, realmente, en España y cuyos elementos están totalmente vinculados con España, se haya constituido con arreglo a la Ley de uno de estos "países oasis", como Delaware, Irlanda, Islas Vírgenes, etc. Esta situación no constituye, en sí misma, un problema legal. Los socios son libres de "ubicar su sociedad" en el país que deseen y, posteriormente de operar en España a través de dicha sociedad.

²⁴ A. LA MATTINA, "Il giudice italiano e il diritto societario straniero", *DCI*, 2009, pp. 933-958.

22. La cuestión delicada surge en el modo en el que estas sociedades deslocalizadas / sociedades fantasma se presentan en el mercado español. En efecto, la sociedad fantasma puede operar en España de dos maneras.

En primer lugar, la sociedad fantasma extranjera puede presentarse en el mercado español como lo que realmente es, esto es, como una sociedad extranjera. En dicho supuesto, los acreedores de tal sociedad fantasma, sus socios y sus explotaciones económicas radican en España.

En segundo lugar, estas sociedades pueden presentarse en el mercado español como "sociedades españolas". Su apariencia es la de una sociedad española y los terceros que contratan y operan con dicha sociedad fantasma creen estar tratando con una sociedad española. En efecto, todos los elementos externos de estas sociedades fantasma están objetivamente conectados con España. Son sociedades que actúan en España, que se dirigen y se administran desde España, cuyos bienes y activos están en territorio español y cuyas explotaciones económicas radican en España. Es lógico que los terceros creen estar contratando y tratando con una sociedad española. Pues bien, esta situación comporta un problema para la confianza que debe regir las relaciones en el mercado español. La regla general de la "constitución" o "incorporación" recogida en el art. 8 TRLSC entraña un peligro evidente para los sujetos que, en España, contratan y se relacionan con una sociedad fantasma que ha sido constituida con arreglo a una Ley extranjera. Y también comporta un alto riesgo para los socios. En efecto, estas sociedades fantasma pueden aparecer como sociedades españolas pero, en realidad, son sociedades extranjeras, regidas por un Derecho extranjero. Los terceros que se relacionan jurídicamente con esta sociedad pueden creer, legítimamente, que se relacionan con una sociedad regida por el Derecho español. Sin embargo, pese a la apariencia de "sociedad española", cuando tales terceros accionan contra dicha sociedad, descubren que no es una sociedad española, sino una sociedad extranjera. Una sociedad que se rige por el Derecho del "país oasis" elegido por los socios. La sociedad se rige por la Ley de un país extranjero con el que no tiene contacto alguno, sólo porque las partes han constituido la sociedad con arreglo a una legislación extranjera societaria permisiva. Se produce un "impacto imprevisible a tercero", que no pudo, razonablemente, prever que estaba contratando con una sociedad no española. El tercero puede encontrarse con que el régimen de responsabilidad patrimonial de la sociedad que "parece española", no es el fijado por la Ley española, sino el régimen contenido en una legislación societaria extranjera muy permisiva con la sociedad y poco generosa con el tercero. Este escenario societario provoca a un mal funcionamiento del mercado español. Falsas sociedades extranjeras operan en España "como si fueran españolas" cuando en realidad no lo son, pues se rigen por una legislación extranjera. La confianza y la seguridad jurídica de los terceros en la apariencia societaria, se resiente y resulta traicionada. Porque, en efecto, estas auténticas sociedades extranjeras desde el punto de vista legal son "falsas sociedades extranjeras" desde el punto de vista mercantil (*Pseudo-Foreign Corporations*). Estas sociedades se rigen por un Derecho extranjero, pero todos sus elementos están objetivamente conectados con España. Son sociedades que operan en España, que se dirigen y se administran desde España, y cuyas explotaciones económicas radican en España. Aparecen en el mercado español como sociedades españolas", cuando, en realidad, no lo son.

23. Para luchar contra los efectos negativos que genera el “síndrome de Delaware” en el mercado español, el art. 9.2 TRLSC contiene una regla excepcional de DIPr. que opera, exclusivamente, frente a estas “falsas sociedades extranjeras” (*Pseudo-Foreign Corporations*). Con arreglo al art. 9.2 TRLSC, una sociedad de capital que se presenta frente a sujetos que operan en el mercado español como una sociedad aparentemente “española”, porque la totalidad de sus elementos objetivos están exclusivamente conectados con España, debe regirse por el Derecho español²⁵. Al tratarse de “falsas sociedades extranjeras” (*Pseudo-Foreign Corporations*), que, en realidad, están “conectadas” sustancialmente sólo con España, no debe permitirse que se rijan por un Derecho extranjero. Ello dañaría la confianza y la seguridad jurídica en el mercado español. Los terceros creen relacionarse con una sociedad española por la apariencia mostrada por una sociedad que se presenta en el mercado español como una sociedad española. Es justo proteger la confianza de los terceros en la apariencia legal española de la sociedad. Es justo proteger las reglas de funcionamiento leal del mercado español y la coherencia jurídica del mercado español. En definitiva, el art. 9.2 TRLSC señala que las “falsas sociedades extranjeras” se rigen, de manera obligatoria, por el Derecho societario español. Para sujetar una sociedad de capital a un Derecho extranjero no es suficiente la mera constitución de dicha sociedad con arreglo a tal Derecho extranjero. En tal caso, los socios han internacionalizado, de manera artificial, una sociedad española. Lo que el art. 9 TRLSC indica es que dicho movimiento legal, perfectamente ajustado a Derecho, no puede dañar el correcto funcionamiento del mercado español.

24. En todo caso, resulta útil recordar dos datos adicionales. En primer término, este art. 9.2 TRLSC sólo es aplicable a los casos de “falsas sociedades extranjeras” constituidas con arreglo a Derechos de terceros Estados. Sociedades de capital verdaderamente “españolas”, cuyos elementos objetivos son todos “españoles” pero que han sido constituidas con arreglo al Derecho societario de un Estado no miembro de la UE. El art. 9.2 TRLSC debe interpretarse restrictivamente. El principio general es que los socios son libres de constituir su sociedad con arreglo al Derecho estatal que prefieran.

En segundo lugar, este art. 9.2 TRLSC sólo puede operar en “casos extra-europeos”. Es decir, sólo resulta aplicable a las sociedades completa y objetivamente conectadas con España, pero que se han constituido con arreglo a un Derecho extranjero de un Estado no miembro y que tienen su domicilio estatutario en “terceros Estados” no miembros de la UE. Resulta lamentable que esta precisión no se haya incorporado expresamente al texto del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, apareció en el BOE sin esta acotación procedente del Derecho europeo. La no aplicación del art. 9 TRLSC a las sociedades creadas en otros Estados miembros de la UE se explica por la libertad de establecimiento de la que gozan estas sociedades con arreglo al Derecho de la UE. Una sociedad fantasma creada en un Estado miembro es libre de operar, como tal sociedad

²⁵ Art. 9.2 TRLSC: “Las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España”.

fantasma, en otro Estado miembro de la UE y no puede ser obligada a someterse al Derecho societario de este otro Estado miembro.

25. La aplicación de los arts. 8 y 9 TRLSC a las sociedades fantasma, por lo tanto, permite la existencia de tales entes en España, sociedades regidas por el Derecho extranjero. Sin embargo, para evitar confusiones en el mercado español provocadas por una internacionalización ficticia de dichas sociedades fantasma, éstas quedan imperativamente sujetas al Derecho societario español si aparecen, a los ojos de los sujetos que operan en el mercado español, total y objetivamente conectadas con España. Esta restricción no es aplicable en "casos europeos", se insiste, casos en los que la sociedad fantasma ha sido válidamente creada en otro Estado miembro.

2. Libertad de establecimiento de sociedades fantasma en la UE

26. Aunque, como se ha subrayado *supra*, el Derecho de la UE carece de normas de conflicto en el sector societario, la libertad de establecimiento de sociedades y demás personas jurídicas, recogida en el art. 54 TFUE, constituye un poderoso límite a la aplicación de las normas de conflicto nacionales de los Estados miembros que determina la Ley aplicable a las sociedades de capital. Tales normas de conflicto no pueden conducir a un resultado que perjudique la mencionada libertad de establecimiento de las sociedades en la UE.

27. El art. 54 TFUE indica que las sociedades disponen de la "libertad de establecimiento" en cualquier Estado miembro de la UE siempre que verifiquen dos requisitos: (a) La sociedad debe haber sido "constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro"; (b) La sociedad debe tener "*su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la Unión Europea*". Ningún otro requisito se exige. Por ejemplo, no se requiere que la sociedad ejerza alguna actividad económica en el Estado miembro donde tiene su domicilio estatutario (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*; STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*; STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*). Como bien indica P. BLANCO-MORALES LIMONES, el art. 54 TFUE no es una norma de conflicto y en nada obliga a los Estados miembros a seguir una u otra teoría para fijar la Ley aplicable a las sociedades, porque el art. 54 TFUE no es una norma de conflicto que determine la Ley estatal aplicable a las personas jurídicas en la UE²⁶. Esta cuestión la fijan las normas de conflicto de los Estados miembros. Sin embargo, naturalmente, las normas de conflicto que señalan la Ley reguladora de las sociedades en cada Estado miembro están sometidas a un poderoso límite: tales normas de conflicto "nacionales" no pueden comportar un "obstáculo" a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE. El TJUE, en su famosa trilogía societaria formada por las sentencias STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, como nuevamente describe P. BLANCO-MORALES LIMONES, ha dejado claro que el hoy art. 54 TFUE exige el reconocimiento mutuo de las sociedades beneficiarias de la libertad de

²⁶ P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Transferencia internacional de sede social*, Pamplona, 1997, pp. 51-59.

establecimiento en todos los Estados miembros²⁷. El TJUE, según indican H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, ha dinamizado el DIPr. y ha reforzado el poder creativo de la jurisprudencia, al otorgar “relevancia cero” a las normas de conflicto de los Estados miembros en relación con esta cuestión²⁸. En la práctica, como explica R.M. BUXBAUM, y visto que el Derecho societario inglés exige, para la constitución de la sociedad, un capital social no tan elevado como el que se exige en otros Estados miembros, son numerosas las sociedades de capital que se constituyen en Inglaterra con arreglo al Derecho inglés y que, después, pretenden ejercer, y lo hacen, todas sus actividades económicas en otro Estado miembro de la UE²⁹.

28. El TJUE, penetrando con audacia en su propia construcción del mutuo reconocimiento de sociedades en la UE, ha puntualizado que la sociedad legalmente constituida en un Estado miembro debe poder operar en los demás Estados miembros mediante el tipo societario originario de la sociedad en el Estado miembro de origen. Esta solución, advertía ya hace muchos años P. PICONE, evita que una misma sociedad de capital deba asumir “tipos societarios distintos” en cada Estado miembro³⁰. Esta segunda tesis ha sido expresamente apoyada por el TJCE: se reconoce la sociedad tal y como se creó en el Estado Miembro de origen (*vid.* STJCE 9 marzo 1999, *Centros* FJ 26 *in fine*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* FJ 93, 95, 57, 58, 59 y 81)³¹. Esta solución ha sido apoyada, igualmente, si bien de modo implícito, por el art. 94.1 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que exige dicha “transposición” del tipo social extranjero a los “tipos sociales españoles” sólo en el caso de que la sociedad creada en otro Estado miembro traslade a España su domicilio social, pero no en el caso de que la sociedad opere en España sin trasladar a España su domicilio social. Así, por ejemplo, una sociedad tipo *Private Company Limited by Shares* creada en Londres con arreglo al Derecho societario inglés será considerada una sociedad de dicho tipo en toda la UE, en España, Alemania, Portugal, etc. Dicha sociedad debe poder actuar como tal sociedad en dichos Estados, aunque en tales países no exista dicho tipo societario con las especificaciones propias fijadas por el Derecho inglés. “Degradar” o “reconvertir” la sociedad o transponerla a tipos societarios de cada Estado miembro, significa, tal y como observa O. SANDROCK, obstaculizar, tergiversar y falsear la libertad de establecimiento de las sociedades³². Significa,

²⁷ P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Nota sobre la reforma de la ley de sociedades profesionales para el reconocimiento en España de las sociedades profesionales de otros Estados miembros de la Unión Europea”, *CDT*, 2009-II, pp. 284-293.

²⁸ H.-P. MANSEL / K. THORN / R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2010: -Verstärkte Zusammenarbeit als Motor der Vereinheitlichung?”, *IPRax*, 2011-I, pp. 1-30.

²⁹ R.M. BUXBAUM, “Is there a Place for a European Delaware in the Corporate Conflict of Laws?”, *RabelsZ*, 2010, pp. 1-24;

³⁰ P. PICONE, “Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di Anstalten e Treuunternehmen nell’ordinamento italiano”, *Comunicazioni e Studi*, vol.XV, Milán, Giuffrè, 1978, pp. 83-163.

³¹ En este sentido, V. MAGNIER, “Mobilité des sociétés et liberté d’établissement: le point de vue communautaire: article”, *Cahiers de droit de l’entreprise*, n° 2, 2006, pp. 28-34; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Wie inspiriert ist ‘Inspire Art?’”, *EZfW*, 2003, pp. 677-683; S. LEIBLE / J. HOFFMANN, “Überseering und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie”, *RIW*, 2002, pp. 925-936.

³² O. SANDROCK, “Spanische Gesellschaften in Deutschland, deutsche Gesellschaften in Spanien: kollisionsrechtliche Probleme”, *RIW*, 2006, pp. 658-664.

precisan C. GERNER-BEUERLE / M. SCHILLIG, introducir consideraciones nacionalistas en una problemática jurídica estrictamente europea³³.

29. En definitiva, la creación de sociedades fantasma en un Estado miembro resulta perfectamente posible gracias a la libre circulación de personas en la UE y a la libertad de establecimiento de personas jurídicas en la UE. El art. 9.2 TRLSC no puede emplearse, por ejemplo, para obligar a una sociedad fantasma constituida en Holanda a reconstituirse en España con arreglo al Derecho español. Esta sociedad fantasma puede operar en España como sociedad holandesa. No se le puede negar en España su personalidad jurídica adquirida con arreglo a las normas jurídicas aplicadas por las autoridades holandesas. La sociedad fantasma se lleva bastante mal con el Derecho español, que la penaliza mediante el art. 9.2 TRLSC pero se lleva bien con el Derecho europeo, que le permite operar a escala europea gracias a las libertades europeas de circulación. El ejemplo alemán producido tras el caso fallado por la STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering* resulta revelador. Tras dicho pronunciamiento, como ilustra H.J. SONNENBERGER, se han creado más de 42.000 sociedades con sede en el Reino Unido cuyo capital es alemán y cuyos socios son alemanes³⁴. No sorprende, en consecuencia, que haya sido el el Ministerio de Justicia alemán el primero en realizar una propuesta concreta para elaborar una normativa legal sobre la determinación de la Ley aplicable a las sociedades de capital en la UE.

III. LOS DESAFÍOS JURÍDICOS

1. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la sociedad fantasma

30. La Ley aplicable a la responsabilidad patrimonial de la sociedad fantasma es la Ley que rige dicha sociedad, su "Ley personal", determinada con arreglo a los arts. 8 y 9 TRLSC. Es la *Lex Societatis*. La Ley que rige la "vida interna" de la sociedad (*Lex Societatis*) debe ser, además, una sola Ley estatal. Es el principio de "unidad del régimen jurídico societario"³⁵. Así se desprende del art. 9.11.I CC, precepto que contiene una lista meramente indicativa o ejemplificativa de las cuestiones reguladas por la *Lex Societatis*. La intención del legislador es concentrar todos los aspectos legales relativos al funcionamiento de la sociedad bajo la regulación de una misma Ley estatal. Este principio de "unidad del régimen jurídico societario" presenta un triple contenido:

³³ C. GERNER-BEUERLE / M. SCHILLIG, "The Mysteries of Freedom of Establishment after *Cartesio*", <http://ssrn.com/abstract=1340964>.

³⁴ H. J. SONNENBERGER, "Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés", *RCDIP*, 2013-I, pp. 101-112.

³⁵ Vid. P. BLANCO MORALES-LIMONES / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Responsabilidad de los administradores sociales, aspectos de Derecho internacional privado", en G. GUERRA MARTÍN, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Ed. La Ley, Madrid, 2011, pp. 1007-1062; A.-L. CALVO CARAVACA, "Las sociedades de capital en el tráfico jurídico internacional", *RGD*, n.525, 1988, pp. 3679-3701; A.L. CALVO CARAVACA EN J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado - parte especial*, 6ª ed., Madrid, Eurolex, 1995, pp. 84-89; ID., "Art.9.11 Cc.", *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 479-525; ID., "Art.9.11 Cc.", *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, pp. 103-105.

1º) Todas las cuestiones relativas a la “vida de la sociedad en sí misma”, quedan reguladas por la misma Ley estatal: constitución de la sociedad, funcionamiento interno y extinción de la sociedad; 2º) Todas las cuestiones relativas a las relaciones internas societarias, esto es, las relaciones jurídicas de los socios entre sí y las relaciones entre los socios y los administradores sociales, quedan sujetas también a la misma Ley estatal; 3º) Todas las cuestiones relativas a las relaciones externas de la sociedad, tales como la capacidad de la sociedad y responsabilidad jurídica de la sociedad, quedan sometidas, igualmente, a la misma Ley estatal (*Lex Societatis*). Por otra parte, el principio de “unidad del régimen jurídico societario” opera igualmente como una cláusula de cierre que permite integrar lagunas legales en relación con las sociedades. En efecto, salvo previsión expresa del legislador en sentido contrario, toda cuestión societaria queda sometida a la *Lex Societatis*.

31. Los motivos que justifican este criterio de política legislativa societaria presentan una solidez incuestionable: 1º) El funcionamiento de la sociedad, las relaciones internas y la capacidad y responsabilidad de la sociedad, son aspectos intrínsecamente relacionados, por lo que conviene que queden sujetos, en todo caso, a la misma Ley y que dicha Ley permanezca estable. Lo contrario perjudicaría los intereses de la sociedad y de los socios mismos; 2º) El principio de “unidad del régimen jurídico societario” favorece la expansión internacional de la actividad de la sociedad, potencia su actuación transnacional. Y por ello, la sociedad, gracias a este principio regulativo, puede operar en múltiples países pero con arreglo a una sola Ley estatal reguladora. Y ello, en definitiva, beneficia el intercambio económico internacional, que, por definición, siempre favorece a todas las partes implicadas; 3º) Este criterio de política legislativa es también acertado porque produce una disminución de los costes conflictuales, pues todos los sujetos que reclaman en relación con la vida interna de la sociedad, incluidos los terceros, pueden prever, con facilidad y a un coste reducido, la aplicación, a todas estas cuestiones relativas al funcionamiento de la sociedad, de la Ley de la sociedad de la que se trate (*Lex Societatis*).

32. En consecuencia con lo anterior, la *Lex Societatis* regula la “cuestión clave” de todo el Derecho societario: la responsabilidad patrimonial de la sociedad. Y ello aunque el art. 9.11.II CC nada indique al respecto. La *Lex Societatis* regula, en efecto: (a) La cuestión de saber si la sociedad responde sólo con sus bienes o si la responsabilidad de la sociedad alcanza o no, y en qué grado, al patrimonio de los socios; (b) La posible exigencia de responsabilidad patrimonial a la sociedad por parte del acreedor de un socio; (c) Si puede procederse al “levantamiento del velo”, de modo que pueda dirigirse la responsabilidad en la que ha incurrido la sociedad, contra los socios de la misma.

Por tanto una sociedad fantasma creada en un Estado miembro puede operar en España con arreglo a su *Lex Societatis* sin que se le imponga la aplicación del Derecho societario español. La responsabilidad patrimonial de la sociedad y sus límites se regirán por la Ley estatal del Estado miembro en el que la sociedad fantasma ha sido constituida y tiene su sede estatutaria.

2. Régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de los administradores de la sociedad fantasma y de los *frontmen* - *figurehead*

33. La Ley reguladora de la sociedad fantasma regirá, igualmente, la responsabilidad personal de los socios y administradores de dicha sociedad. Debe recordarse que el art. 1.2.f) RR-I excluye de dicho Reglamento Roma I, “*las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, relativas a cuestiones como la constitución, mediante registro o de otro modo, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, así como la responsabilidad personal de los socios y administradores como tales con respecto a las obligaciones de la sociedad u otras personas jurídicas*”³⁶.

34. En este sentido, todas las reclamaciones jurídicas ejercitadas contra los administradores sociales de la sociedad fantasma quedarán sujetas a la misma Ley reguladora, a la Ley de la sociedad. Ello conduce a una *par conditio creditorum* “de tipo conflictual” para todos estos acreedores, con independencia de la nacionalidad o residencia de los mismos y del país o países en los que hayan actuado los administradores sociales. Todos reclamarán responsabilidad a los administradores de la sociedad con arreglo a la misma Ley estatal reguladora. No es relevante el carácter contractual (en España, art. 238 TRLSC: acción ejercitada por la sociedad) o extracontractual de la responsabilidad reclamada (en España, art. 241 TRLSC: acción individual ejercitada por los accionistas y terceros). En ambos casos, la Ley aplicable a la responsabilidad de los administradores sociales será la Ley de la sociedad (*Lex Societatis*). Así lo confirma la jurisprudencia española (muy clara y correcta SAP León 7 mayo 2008 [aplicación de la Ley portuguesa como *Lex Societatis*]; mucho menos clara y con evidente confusión, *vid.* STS 10 mayo 2007 [sociedad inglesa y aplicación del art. 10.9 CC y de la Ley del lugar del hecho dañoso]). La posibilidad de ejercitar la acción de responsabilidad contra los socios y administradores sociales de la sociedad fantasma también queda regulada por la Ley que rige la sociedad fantasma.

35. Todo lo anterior conduce a una conclusión clara: la sociedad fantasma puede operar en España con arreglo al Derecho societario del país con arreglo al que se ha constituido y dicha situación se producirá con especial frecuencia en el caso de que la sociedad fantasma tenga su sede social en un Estado miembro de la UE.

3. Régimen jurídico de la insolvencia internacional de la sociedad fantasma

A) Concepto de “centro de intereses principales” de la sociedad fantasma como deudor insolvente

36. La pieza central del Derecho internacional privado de la Unión Europea en el

³⁶ *Vid.*, sobre este inciso, la Sent.Cass. Italia 19 abril 2010, *RDIPP*, p. 194, así como las obras citadas en la nota precedente.

sector concursal es el Reglamento núm.1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia³⁷. En la actualidad se trabaja sobre una posible reforma del citado texto legal que incide, notablemente, en aspectos relativos a la definición y concreción del "centro de intereses principales" del deudor insolvente³⁸.

La proyección del Reglamento 1346/2000 a la delicada cuestión de las sociedades fantasma debe arrancar del art. 3 R.1346/2000, precepto clave del citado Reglamento. Dicho art. 3 indica, bajo la acertada rúbrica "competencia internacional", que las autoridades competentes para abrir un procedimiento de insolvencia "*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*". Son frecuentes, tal y como muestra J. WALTON, los supuestos de insolvencias de sociedades fantasmas radicadas en Estados *off-shore* derivadas de deudas masivas contraídas en el Estado donde la sociedad realmente opera³⁹.

37. A efectos del presente estudio, interesa destacar y precisar en qué Estado miembro debe localizarse el centro de intereses principales del deudor cuando éste es una sociedad fantasma.

38. A tal fin, resulta conveniente recordar dos datos adicionales genético-históricos sobre este foro de competencia judicial internacional en el sector concursal y sobre esta noción del "centro de los intereses principales del deudor".

1º) Este foro está tomado del fracasado Proyecto comunitario de Convenio sobre quiebra de 1982, aunque no falta doctrina que opina lo contrario, como es el caso de C. DORDI⁴⁰. En el fondo, el Reglamento 1346/2000 desarrolla y concreta el criterio empleado como "foro de competencia judicial internacional" por el anterior Proyecto

³⁷ DOCE I 160 de 30 junio 2000 y corrección de errores en DOCE I 176 de 5 julio 2002. El Reglamento ha sido reformado por el art. 20 acta de adhesión de nuevos Estados miembros de 2004, Anexo II, que entró en vigor, de forma general para todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, el 31 mayo 2002. Posteriormente se han reformado, en diversas ocasiones, los anexos del Reglamento. Existe una "versión consolidada" de este Reglamento de fecha 2 abril 2010, que incorpora las modificaciones de los Anexos de dicho Reglamento (*vid. <http://eur-lex.europa.eu>*). Esta versión consolidada del Reglamento 1346/2000 no presenta valor oficial, pero resulta extremadamente útil para la aplicación de dicho texto legal. Es importante tener presentes las "listas" de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento 1346/2000 [procedimientos de insolvencia], que se actualizan continuamente (*vid. Reglamento de Ejecución 583/2011 del Consejo, de 9 junio 2011, por el que se modifican las listas de procedimientos de insolvencia, procedimientos de liquidación y síndicos de los anexos A, B y C del Reglamento 1346/2000*).

³⁸ *Vid.* Documento [COM (2012) 744 final] y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 12 de diciembre de 2012, con título "nuevo enfoque frente a la insolvencia y al fracaso empresarial" (COM(2012) 742 final), así como las consideraciones de F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "The review of the Insolvency Regulation: Scope of application", *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 24, 2011, pp. 219-227.

³⁹ J. WALTON, "Insolvency and Liquidation of Segregated Portfolio Companies in the Cayman Islands", *International Corporate Rescue*, nº 5, 2012, pp. 297-299.

⁴⁰ C. DORDI, "La convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza", *RDIPP*, 1997, pp. 333-366; ID., "La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali", *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 617-650.

comunitario y que se refería al "*debtor's center of administration*"⁴¹.

2º) La ubicación de la definición de "centro de los intereses principales del deudor" en los "Considerandos" del Reglamento 1346/2000 se explica por un hecho histórico más que por una decisión consciente de técnica legislativa. Dicha definición no se contenía en el precedente convenio comunitario de 1995, sino en su Informe explicativo oficial. Los redactores del Reglamento 1346/2000 incorporaron a los "Considerandos" del mismo, aquellos elementos del Informe oficial del convenio de 1995 que estimaron de mayor importancia. Eso lo explica todo, como exponen M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, de modo que la definición de "centro de los intereses principales del deudor" no es una definición menos importante que las que se contienen en los artículos del Reglamento 1346/2000⁴².

39. La noción de "centro de los intereses principales del deudor" (*der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldner / Centre of Main Interests [COMI] / centro degli interessi principali del debitore / le centre des intérêts principaux du débiteur / o centro dos interesses principais do devedor / the centre of a debtor's main interests*) exige, para su precisión conceptual, introducir diversas precisiones preliminares.

1º) Este precepto se refiere a la competencia internacional y no a la competencia "judicial" internacional, porque en ciertos Estados miembros los órganos competentes para abrir el procedimiento de insolvencia no son "judiciales" (*vid. art. 2.d R. 1346/2000*)⁴³. No obstante, el criterio utilizado por el Reglamento 1346/2000 para precisar la competencia judicial internacional en relación con la insolvencia europea no es, en sentido estricto, una regla de competencia judicial internacional. Se trata, más bien, de un *Approach* o *critère ouvert*, de una "orientación" sobre la competencia internacional⁴⁴. Ello comporta varias consecuencias: (a) No se trata de un criterio rígido de competencia internacional como puede ser la "residencia habitual", el "domicilio estatutario" o la "explotación económica principal de la empresa". Visto que el foro de competencia judicial internacional para el procedimiento principal de insolvencia se expresa como un *Approach* de DIPr., será necesario "concretarlo" y "llenarlo de

⁴¹ M. VIRGÓS SORIANO, "The 1995 European Community Convention on Insolvency Proceedings: an Insider's View", *Forum Internationale*, núm. 25, march 1998, Kluwer, pp. 1-66.

⁴² M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, esp. pp. 21-28.

⁴³ M. BALZ, "Das neue Europäische Insolvenzverfahren", *ZIP*, 1996, pp. 948 ss.; ID., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *The American Bankruptcy Law Journal*, fall 1996, vol. 70, pp. 485-531; H.-C. DUURSMA-KEPPLINGER / D. DUURSMA / E. CHALUPSKY, *Europäische Insolvenzverordnung. Kommentar*, Wien, New York, Springer, 2002, pp. 33-36.

⁴⁴ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Competencia judicial de los tribunales españoles para declarar el concurso del deudor y eficacia en España del concurso declarado en el extranjero. Estudios sobre el anteproyecto de ley concursal", *RFDUCM*, núm.8, marzo 1985, pp. 211-236; ID., "Aspectos internacionales de la situación concursal", *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, pp. 353-360; ID., "Los procedimientos concursales desde la perspectiva de la cooperación jurídica en la Comunidad iberoamericana", *La Escuela de Salamanca y el Derecho internacional en América, del pasado al futuro (Jornadas iberoamericanas de la Asociación Española de profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales)*, Salamanca 1993, pp. 281-286.

contenido", para proporcionar la necesaria seguridad jurídica; (b) El hecho de que la regla de competencia judicial internacional sea un *Approach* de DIPr., no implica que la expresión "*centro de los intereses principales del deudor*" sea una "nebulosa jurídica" ni que dé "carta blanca" para que cada juez o autoridad de los Estados miembros la interprete como desee. Ello sería arbitrario y por tanto, inconstitucional. Y resultaría también poco adecuado e ineficiente en un sector en el que la seguridad jurídica y la certeza del Derecho son fundamentales.

2º) Como antes se ha indicado, esta noción no se define en los artículos del Reglamento 1346/2000. Son los "Considerandos" del Reglamento los que contienen una clara definición de la misma.

3º) El art. 3.1 R. 1346/2000 emplea la expresión "*centro de los intereses principales del deudor*", al igual que el Cons. 12 R. 1346/2000. Sin embargo el Cons. 13 R. 1346/2000 utiliza la expresión "*centro principal de intereses*". Ello resulta aparentemente paradójico, pues no se sabe si lo "principal" son los "intereses" del deudor, o si lo "principal" es el "centro" de tales intereses. En otras palabras, no parece claro, *icto oculi*, si el adjetivo "principal" se refiere al "centro" del deudor, o a los "intereses" del deudor. Pues bien, parece más correcto considerar prevalente la expresión "*centro de los intereses principales del deudor*", que es la que consta en el texto articulado del Reglamento 1346/2000 (art. 3.1 R. 1346/2000). Ello encaja con el precedente convenio comunitario de 1995 que se refería, en su *Informe oficial*, sin duda, al "*centro de intereses principales del deudor*".

4º) La noción "centro de los intereses principales del deudor" constituye un "concepto autónomo" y propio del Reglamento 1346/2000. Se define en el contexto de dicho Reglamento 1346/2000 y es válida sólo a los efectos de dicho Reglamento, y no debe ser "*importado desde ningún Derecho nacional*" (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 31, STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interedil Srl*, FD 42-44).

5º) El criterio empleado por el art. 3.1 R. 1346/2000 es operativo tanto para personas jurídicas como para personas físicas. Por eso el precepto emplea la expresión "*centro de intereses principales*" del deudor, y no la expresión "administración central" del deudor, que es una expresión válida exclusivamente en relación con las sociedades y demás personas jurídicas. Naturalmente, una sociedad fantasma en posición procesal de "deudor principal", dispone de su propio "centro de intereses principales".

40. El Cons.13 R.1346/2000 indica que el lugar donde se halla el "centro de los intereses principales" del deudor "*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*". En suma, el Reglamento 1346/2000 recibe, recoge y acepta el criterio basado en la llamada "sede real de la empresa". Es el criterio propio del Derecho de sociedades alemán, que se utiliza en DIPr. germano para señalar la Ley reguladora de las sociedades de capital. El "centro de los intereses principales" del deudor es, en definitiva, el lugar desde donde se dirige y administra realmente la unidad económica del deudor, el lugar

donde se toman las decisiones que afectan a la empresa como unidad económica (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 32). La "administración de los intereses" significa realmente "dirección de los intereses", no una mera "actividad de llevanza ordinaria de la empresa". En consecuencia, el art. 3.1 R.1346/2000 acoge una "conexión de dirección", pues se refiere al lugar desde donde se dirige la empresa del deudor. Para el art. 3 R.1346/2000, como subrayan M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, resultan irrelevantes otras conexiones, tales como⁴⁵: (a) La "conexión patrimonial", esto es la que conduce al lugar donde el deudor tiene sus bienes; (b) La "conexión empresarial" que conduce al lugar donde el deudor ha situado el lugar de producción de bienes o prestación de servicios; (c) La conexión "de capital", que conduce al lugar donde residen los socios de la empresa deudora o al país cuya nacionalidad ostentan tales socios dueños de la empresa deudora. Así configurado, el "centro de intereses principales" del deudor constituye una "idea neutra", válida para todo deudor, sea éste quien sea, "puesto que cualquier persona, ya sea o no comerciante, administra su patrimonio, esto es, sus intereses económicos", en frase de J.D. GONZÁLEZ CAMPOS⁴⁶.

41. Los "intereses principales" son las actividades fundamentales de la unidad económica del deudor. Pues bien, las decisiones que afectan a tales intereses principales constituyen un reflejo del "cerebro" organizativo y direccional del deudor. Son las decisiones que componen la estrategia económica del deudor en un sentido amplio. Se trata de las decisiones que permiten dirigir las actividades económicas del deudor, lo que incluye las actividades comerciales, industriales, profesionales o actividades económicas en general que pueden desarrollar sujetos como los "consumidores" (Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 75). Son las decisiones que reflejan la "voluntad de la sociedad" (Sent. Tribunale di Milano 6 julio 2005⁴⁷). Son las decisiones que constituyen el "núcleo cognitivo y decisonal del deudor", en palabras de P. CESARI⁴⁸. Son las "decisiones fundamentales de toda unidad económica". Con arreglo a la expresiva metáfora corporal que emplean M. VIRGOS / F.J. GARCIMARTÍN, lo relevante es el Estado miembro donde se sitúa el "cerebro económico" de la empresa del deudor. No es relevante el lugar donde se encuentran los "músculos de su empresa", constituidos por el lugar de producción, lugar de fabricación, lugar de distribución, lugar de la ordinaria administración de la empresa, etc.⁴⁹

42. La conducción y gestión de una empresa comporta, en principio, dos tipos de decisiones.

En primer término, las decisiones de ordinaria administración o decisiones de gestión diaria de la misma, como por ejemplo, el pago a proveedores, el suministro de

⁴⁵ M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, esp. pp. 46-49.

⁴⁶ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Aspectos internacionales de la situación concursal", *La reforma del Derecho de quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid, 1982, pp. 353-360;

⁴⁷ *RDIPP*, 2006, pp. 450-452.

⁴⁸ P. DE CESARI, "Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *RDIPP*, 2003, pp. 55-84;

⁴⁹ M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 31-33.

bienes y servicios ya contratados, la asignación de tareas rutinarias u ordinarias a los trabajadores, etc. El lugar donde se adoptan estas decisiones es irrelevante a efectos del art. 3.1 R.1346/2000.

En segundo término, las decisiones de dirección, las que marcan el rumbo de la empresa, las que señalan la dirección estratégica de la empresa. Éstas son las relevantes para el art. 3.1 R.1346/2000. Pues bien, en el contexto de este grupo de "decisiones de dirección", debe subrayarse que dirigir una empresa o unidad económica supone, necesariamente, adoptar decisiones distintas sobre cuestiones diferentes. En efecto, existen varios tipos de decisiones que se emplean para dirigir una empresa o unidad económica. Ahora bien, no todas esas "decisiones de dirección" presentan la misma importancia en el proceso de dirección de la empresa. Por ello, debe atenderse a las decisiones más relevantes, que son las decisiones que marcan "el destino de la empresa", las decisiones que determinan la estrategia económica y empresarial, las decisiones que fijan la política y los objetivos empresariales. Es lo que la doctrina conoce como las decisiones de dirección más importantes "al más alto nivel", como ilustran M. VIRGÓS SORIANO / F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁵⁰. Pues bien, son relevantes, para determinar el lugar del centro de intereses principales del deudor, las decisiones estratégicas de la empresa y el lugar donde éstas se adoptan. En estos casos de empresas dirigidas desde varios países, las "decisiones estratégicas" de la empresa priman sobre las decisiones relativas a la supervisión de actividades de la empresa, a la gestión de la tesorería de la unidad económica, y sobre las relativas a servicios globales para toda la empresa.

43. Las decisiones fundamentales, las decisiones estratégicas propias de la dirección y administración de la empresa del deudor son, principalmente, las que siguen⁵¹: (1) La gestión de las relaciones con aportantes de fondos, accionistas y acreedores externos, lo que comprende la captación de capital y la publicación de cuentas; (2) La adopción de decisiones económicas y empresariales estratégicas y la fijación de la política y de los objetivos empresariales; (3) La supervisión general de actividades de la empresa; (4) La gestión de la tesorería de la unidad económica; (5) La prestación de servicios propios de empresas que practican economías de escala, esto es, servicios válidos para todos los integrantes del grupo empresarial, como es la representación legal de la sociedad (AAP Cádiz 15 abril 2011 [centro de intereses principales del deudor y concurso]).

44. Existen, naturalmente, "otros intereses" que afectan al deudor, como intereses de tipo moral, familiar, personal o social. Sin embargo, tales intereses del deudor no resultan relevantes para el art. 3.1 R.1346/2000 porque no son intereses "principales" del deudor. Quedan así fuera del concepto "intereses principales del deudor", todos aquéllos que no tienen que ver con la "estrategia económica fundamental" de tal deudor.

45. La dirección de la unidad económica del deudor se puede llevar a cabo desde varios países. Sin embargo, existirá, normalmente, un país en cuyo territorio se toman

⁵⁰ *Vid.* nota anterior.

⁵¹ *Vid.* nota anterior.

las "decisiones fundamentales" de la "estrategia económica del deudor". Pues bien, ese país es el "centro". No importa, pues, en qué países se localicen o concreten los "intereses principales del deudor", tales como el lugar de fabricación de sus productos, el lugar donde se contrata a los trabajadores, el país al que o desde donde se exporta la producción del deudor, etc. Es relevante exclusivamente el país desde dónde se dirigen y administran tales "intereses principales". Es relevante el "centro" de tales intereses principales. Sólo hay un "centro" por cada deudor insolvente. El "centro" se ubica, precisamente, en el lugar desde donde se dirige la unidad económica del deudor. El carácter único del centro de intereses principales del deudor permite garantizar la seguridad jurídica y evita el *Forum Shopping*.

B) Caracteres del concepto "centro de intereses principales del deudor" como foro de competencia internacional en el sector concursal

46. Como se ha visto, la noción de "centro de intereses principales del deudor" queda concretada por el Cons.13 R.1346/2000 de manera bastante precisa. De esta forma, se consigue llevar a cabo una "localización objetiva" del deudor insolvente en un Estado miembro que, además, es perceptible por terceros. Para el TJUE, efectivamente, el centro de intereses principales del deudor "*debe identificarse con arreglo a criterios objetivos*" que "*puedan ser comprobados por terceros*" (STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interedil Srl*, FD 49, Sent. Supreme Court Ireland 27 julio 2004 [insolvencia en Irlanda])⁵².

Ese "centro" es un lugar y un foro objetivo. Existe una localización objetiva del deudor porque el centro de intereses principales del deudor es, en efecto, un elemento externo comprobable empíricamente, susceptible de prueba, y que no depende de una mera declaración subjetiva de voluntad del deudor.

Ese centro es, también, un lugar y por tanto, un foro de competencia judicial internacional, perceptible por terceros. El lugar desde donde se dirige la unidad económica puede identificarse, con facilidad, por terceros (Cons. 13 R. 1346/2000). Si la sede de dirección es perceptible fácilmente por terceros, cumple entonces con su función jurídica como foro de competencia judicial internacional. En efecto, de ese modo, el criterio retenido indica, de manera rápida, clara y sencilla, cuáles son los tribunales estatales competentes. Se sabe, así, ante qué autoridades de qué Estado miembro se puede solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia del deudor. Al ser un foro objetivo y perceptible por terceros, se protege la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del tribunal competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. Es decir, los acreedores del deudor insolvente deben haber tenido la oportunidad de identificar fácilmente dicho lugar, lo que se verifica cuando tal lugar de administración habitual del deudor ha sido objeto de publicidad o resulta transparente para tales terceros y en particular para los acreedores de dicha sociedad. En las relaciones patrimoniales es relevante el modo en el que el deudor aparece en el mercado, el modo en el que se presenta frente a terceros.

⁵² RDIPP, 2005, pp. 209-230.

47. El carácter objetivo y perceptible por terceros del "centro de intereses principales" del deudor insolvente permite que los terceros puedan "calcular los riesgos que asumen en caso de insolvencia del deudor"⁵³. El "centro de intereses principales del deudor" garantiza que existe una conexión real entre las actividades del deudor y un determinado Estado miembro, que es el Estado miembro desde donde dicho deudor dirige la empresa y toma sus decisiones y "centraliza su gestión", como hace notar F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ⁵⁴. En efecto, como expresa el Informe VIRGÓS / SCHMIT, "la insolvencia es un riesgo previsible. Así pues, resulta importante que la competencia internacional (que, como veremos, conlleva la aplicación de la legislación del correspondiente Estado contratante en materia de quiebra) se base en un lugar que conozcan los posibles acreedores del deudor. Esto permite calcular los riesgos jurídicos que habría que asumir en caso de insolvencia"⁵⁵.

Puede, por tanto, afirmarse, que este foro presenta un evidente "fundamento económico". Como explica M. VIRGÓS SORIANO, en los casos de insolvencia internacional, el foro de competencia judicial internacional debe jugar "contra" el sujeto que crea el "riesgo de internacionalidad" o que "internacionaliza" la relación jurídico-privada⁵⁶. Pues bien, en los casos de insolvencia internacional, son los acreedores los que, al relacionarse con el deudor, asumen un riesgo colectivo de "desastre económico global" del deudor radicado en otro Estado miembro. Por ello, es justo que el procedimiento principal de insolvencia se ventile ante los tribunales o autoridades del Estado donde radica el "centro de intereses principales del deudor". Todo acreedor que se relaciona con un deudor asume ese riesgo, el riesgo de tener que acudir como acreedor ante un procedimiento de insolvencia que se abre en el Estado miembro donde el deudor tiene su centro de intereses principales. Todo acreedor debe ser consciente de ello.

C) Localización geoestratégica del "centro de intereses principales de la sociedad fantasma deudora" filial de otra sociedad

48. Como antes se ha avanzado, sólo hay un "centro" por cada deudor insolvente. El "centro" se ubica, precisamente, en el lugar desde donde se dirige la unidad económica del deudor. De este modo, si el deudor administra sus "intereses principales" desde varios países, sólo un "centro" y "un país" pueden ser tenidos en cuenta a efectos del art. 3.1 R.1346/2000. Para concretar el "centro de los intereses principales" de una sociedad fantasma que sea además "sociedad filial" de otra sociedad que la controla, debe tenerse en cuenta lo siguiente.

1º) Si la sociedad fantasma filial se dirige y administra realmente desde el país en el que radica la sede de dicha filial, ése será el lugar donde se concreta el "centro de

⁵³ Informe VIRGÓS / SCHMIT núm. 75.

⁵⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Reglamento de insolvencia: una aproximación general", en AA.VV, *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El Convenio de Bruselas*, Escuela judicial, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2001, pp. 229-352.

⁵⁵ Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 75.

⁵⁶ M. VIRGÓS SORIANO, "Normas de Derecho internacional privado", *Estudios de Derecho Judicial*, nº 59, 2004, *La nueva Ley concursal*, pp. 501-529.

intereses principales" del deudor. No obsta a ello que la sociedad fantasma filial siga, lógicamente, las directrices económicas generales emitidas desde la sociedad-madre, sociedad que puede tener su sede social en otro país. Así lo ha subrayado el TJUE (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 37; STJUE 21 enero 2010, as. C 444/07, *Probud Gdynia*, FD 37: "... cuando una sociedad ejerce su actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social, el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz cuyo domicilio social se encuentre en otro Estado miembro no basta para desvirtuar la presunción prevista en el Reglamento". Y así lo corrobora la jurisprudencia nacional de los Estados miembros. Por ejemplo, la Decisión del *Consiglio di Stato* de Italia, de fecha 25 enero 2007, n.269, precisa que el hecho de que las estrategias empresariales de una sociedad sean decididas por la sociedad madre establecida en Italia no es suficiente para descartar la presunción fijada en el art. 3.1 R.1346/2000, y según la cual el centro de intereses principales de una sociedad está localizado, salvo prueba en contrario, en el Estado miembro donde se halla su sede social⁵⁷.

2º) Si, por el contrario, la sociedad fantasma filial no toma decisiones de dirección y administración sobre la misma, sino que dichas decisiones son tomadas desde el Estado miembro donde radica la sociedad-madre, entonces, el centro de intereses principales de la sociedad filial se concretará en el país donde radica la sede de sociedad-madre. Ello no implica que pueda abrirse, en el mismo Estado miembro, un solo procedimiento de insolvencia que cubra tanto la sociedad madre como la sociedad filial. Significa que, en principio, ambas sociedades, la sociedad madre y la sociedad filial, tienen su centro de intereses principales en el mismo Estado miembro y que podrán abrirse dos procedimientos de insolvencia en dicho Estado miembro, uno para cada una.

3º) El capital de una sociedad fantasma con sede social en un Estado miembro Z puede hallarse en manos de otra empresa o sujeto que tiene su centro de intereses principales en otro Estado miembro W. Pues bien, este dato de control económico societario resulta, en principio, totalmente irrelevante. La sociedad controlada tiene su centro de intereses principales en el Estado miembro Z donde radica su sede social, a menos que se logre demostrar, mediante datos objetivos que, además, resulten visibles para terceros, que dicha sociedad se dirige, realmente, desde otro Estado miembro W (Sent. T Com. Nanterre 15 febrero 2006)⁵⁸. La doctrina del "levantamiento del velo" societario no juega ningún papel a la hora de determinar el tribunal competente para abrir un procedimiento de insolvencia (SAP Madrid 25 noviembre 2011 [grupo de sociedades compuesto por sociedad portuguesa y sociedad española y doctrina del "levantamiento del velo"]).

4º) Si se acredita que una sociedad fantasma dispone de su centro de intereses principales en un Estado miembro X y que existe una confusión de patrimonios entre esa sociedad y otras sociedades jurídicamente distintas con centro de intereses

⁵⁷ *RDIPP* 2007, p. 457.

⁵⁸ *Dalloz*, 2006, p. 793.

principales en otros Estados, surge la duda de saber si dicha "confusión de patrimonios" supone que las otras sociedades disponen, también, de su centro de intereses principales en este tal Estado miembro. Pues bien, el TJUE ha indicado que ello no es así, ya que la confusión de los patrimonios entre varios deudores no implica necesariamente un centro de intereses principales único. En efecto, las sociedades pueden ser dirigidas desde Estados miembros diferentes y la confusión de patrimonios entre las mismas puede organizarse desde esos varios y diferentes Estados miembros. En consecuencia, la mera confusión de los patrimonios de estas sociedades no es suficiente para localizar el centro de los intereses principales de las sociedades en cuestión en el mismo Estado miembro y no es suficiente para desvirtuar la presunción recogida en el art. 3.1.II R.1346/2000 (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 35-39).

5º) Resulta importante señalar que la regla fundamental contenida en el art. 3.1 R.1346/2000 no puede verse perjudicada por el Derecho concursal nacional de los Estados miembros. De ese modo, si el Derecho concursal de un Estado miembro permite declarar y/o tramitar un "concurso global" de un grupo de sociedades, para ello será necesario que, previamente, el tribunal competente acredite, con arreglo al art. 3.1 R.1346/2000, que las empresas disponen, todas ellas, de su centro de intereses principales en dicho Estado miembro. En caso contrario, el Derecho concursal nacional no puede aplicarse para abrir o tramitar un "concurso global" ante los tribunales del Estado miembro donde radica, exclusivamente, el centro de intereses principales de una de las sociedades del grupo de empresas. Para que pueda aplicarse el Derecho nacional de un Estado miembro que permite la ampliación del concurso a otros sujetos o que permite la tramitación conjunta de varios procedimientos de insolvencia, es necesario que todos los sujetos deudores implicados tengan su centro de intereses principales en el mismo Estado miembro (art. 3 R.1346/2000) (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FJ 29).

6º) Es sabido que los litigios nacidos a consecuencia de "acciones directamente derivadas del procedimiento de insolvencia" están cubiertos por el Reglamento 1346/2000 (STJUE 12 febrero 2009, as. C 339/07, *Christopher Seagon vs. Deko Marty Belgium NV*, FD 22-23, STJUE 19 abril 2012, as. C 213/10, *F-Tex SIA*). Pues bien, surge la duda de saber si la acción en cuya virtud se insta a ampliar el concurso o a tramitarlo conjuntamente de modo que el tribunal que conoce del concurso de un deudor insolvente con centro de intereses principales en un Estado miembro pueda extender su competencia en relación con otro deudor del mismo grupo internacional de empresas, en especial cuando existe "confusión de patrimonios", constituye una "acción directamente derivada del procedimiento de insolvencia" (*vid.* para España, art. 25.2 LCon 22/2003). Se trata, por tanto, de una acción que procede a integrar, en el procedimiento de insolvencia ya incoado, a un deudor suplementario cuyo patrimonio es o parece inseparable del patrimonio del primer deudor o bien de una acción para abrir al mismo tiempo dos procedimientos de insolvencia que, sin embargo, se van a tramitar conjunta y coordinadamente (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 22). Pues bien, esta posibilidad no es admisible. La acción de "ampliación del concurso" no constituye una "acción directamente derivada del procedimiento de insolvencia", sino una acción de "apertura" de un nuevo procedimiento de insolvencia. En efecto, la

decisión de ampliación del concurso a otra persona jurídica diferente produce, respecto a ésta, los mismos efectos que la decisión de incoar un procedimiento principal de insolvencia contra la misma y tal decisión sólo puede dictarse por los tribunales del Estado miembro competentes para iniciar tal procedimiento, que son los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. En consecuencia, un tribunal de un Estado miembro que resulta competente para declarar la insolvencia de un deudor, no puede "ampliar" a dicha insolvencia de modo que cubra también a otra entidad jurídicamente separada por la mera razón de una "confusión de los patrimonios" entre ambos sujetos, si este segundo deudor tiene su centro de intereses principales en otro Estado miembro. Ello supondría una vulneración del sistema de competencia internacional recogido en el Reglamento 1346/2000 y provocaría un riesgo de conflictos positivos de competencia entre tribunales de distintos Estados miembros, que es, precisamente, lo que el Reglamento 1346/2000 pretende evitar (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FJ 26-28). Debe insistirse, por lo tanto, en que el art. 25.2 LCon 22/2003 sólo puede aplicarse cuando ello no produzca un menoscabo, una inaplicación o un perjuicio para el Reglamento 1346/2000. Si el art. 25.2 LCon 22/2003 se aplica y se atrae a la jurisdicción española la insolvencia de una sociedad con sede social en otro Estado, resulta que con ello se infringe el art. 3 R.1346/2000, porque ese art. 25.2 LCon 22/2003 permitiría que los jueces españoles conocieran de la insolvencia de una empresa con sede social en un Estado extranjero cuando el art. 3 R.1346/2000 indica expresamente que sólo los tribunales del Estado miembro donde la sociedad tiene su sede social / COMI pueden abrir la insolvencia de dicha sociedad.

D) Traslado internacional de la sede social de la sociedad fantasma

49. El art. 3.1 R.1346/2000 nada indica sobre la identificación del "centro de intereses principales" del deudor en el caso de que éste traslade la "sede de la empresa" de un Estado a otro. El precepto no especifica si debe preferirse el Estado donde tuvo en un primer momento su "centro de intereses principales" o el Estado donde posteriormente se localiza tal "centro de intereses principales".

Estos supuestos resultan de extraordinaria relevancia para una sociedad fantasma. En efecto, se ha observado que ciertas sociedades en dificultades financieras trasladan su sede social de un país a otro sin trasladar, en realidad, ni su gestión societaria ni su actividad económica al nuevo Estado. Se convierten en sociedades fantasma en el nuevo país con la pretensión de evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en el país donde radica, en verdad, su gestión y su actividad productiva. Se trata de traslados ficticios de sede social que desembocan en la creación de una sociedad fantasma. Estos traslados ficticios del centro de dirección de las actividades del deudor son también frecuentes en relación con las personas físicas. Así puede apreciarse en la Decisión de la High Court of Justice, Chancery Division, de 29 agosto 2012⁵⁹. En este caso, el tribunal entendió que un sujeto alemán que había ejercido como notario en

⁵⁹ *Vid.* <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/2432.html>.

Alemania y que había incurrido en numerosas deudas en dicho país, trasladó su residencia a Inglaterra pero lo hizo exclusivamente a efectos de tratar de evitar la apertura de un procedimiento de insolvencia en Alemania. Su residencia habitual en Inglaterra, era, en realidad, inexistente, una "pura apariencia de residencia habitual", razón por la que los tribunales ingleses carecían de competencia para abrir una insolvencia en relación con dicho sujeto. Para concretar el régimen jurídico de este movimiento internacional de sede social y de la creación, como consecuencia de ello, de una sociedad fantasma, deben tenerse presentes varios datos.

1º) Es preciso arrancar de una idea básica de Derecho europeo: la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la UE. En efecto, el Derecho de la UE permite el traslado de "sede de dirección" de la persona jurídica y de la persona física de un Estado miembro a otro Estado miembro. En consecuencia, las normas "de producción interna" de cada Estado miembro no pueden perjudicar tal "derecho de traslado intraeuropeo de la sede de la empresa" (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 5 noviembre 2002, *Überseering*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*). Por lo tanto, la empresa insolvente deudora tiene derecho a fijar un "nuevo Estado miembro" como lugar de su "centro de intereses principales" o "sede de dirección". Los acreedores del deudor deben asumir dicho riesgo, el riesgo de la movilidad empresarial en la UE. Todo movimiento, de un Estado miembro a otro, del "centro de intereses principales del deudor" es legítimo, válido y constituye un derecho subjetivo de toda empresa.

2º) En sintonía con lo anterior, el "centro de intereses principales del deudor / sociedad fantasma" debe concretarse en el "momento de presentación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia". Se trata de una solución paralela a la recogida en el art. 2 R.44/2001, en cuyo contexto el "domicilio del demandado" se concreta en el momento de "presentación de la demanda", ni antes ni después. En este sentido se ha pronunciado el TJUE (STJUE 17 enero 2006, as. C 1/04, *Staubitz-Schreiber*, FD 29: "el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se encuentra el centro de los intereses principales del deudor en el momento en que éste presenta la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia sigue siendo competente para incoar dicho procedimiento cuando el deudor traslade el centro de sus intereses principales al territorio de otro Estado miembro después de haber presentado tal solicitud, pero antes de la apertura del procedimiento", y STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interdil*, FD 55). También las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros siguen la solución consistente en concretar el centro de intereses principales del deudor en el "momento de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia" incluso si, tras dicha presentación, el deudor ha cambiado a otro país el centro de sus intereses principales (Sent. Bundesgerichtshoff Alemania 9 febrero 2006, Sent. Bundesgerichtshoff Alemania 2 marzo 2006).

50. La solución sugerida comporta un cierto sacrificio para los acreedores. En efecto, puede suceder, por ejemplo, que tales acreedores contrataran con un deudor / sociedad fantasma con sede de dirección en Alemania pero que posteriormente traslada su sede de dirección a Portugal. En dicho caso son competentes para abrir el procedimiento de insolvencia las autoridades portuguesas y no las alemanas. Sin

embargo, la regla proporcionada es justa, pues no es posible "vetar" todo cambio de sede de dirección de la empresa, ya que dicho cambio está garantizado por el Derecho de la UE. Las consecuencias prácticas de esta "regla temporal" son importantes.

1º) En el caso de procedimientos de insolvencia instados después de haberse producido un cambio de sede de dirección del deudor sociedad fantasma insolvente, resulta que los tribunales del nuevo Estado miembro donde se localiza el nuevo centro de intereses principales del deudor son los competentes para abrir el procedimiento principal de insolvencia. Todo ello sin perjuicio de que pudiera probarse que el centro de los intereses principales del deudor no ha cambiado con el traslado del domicilio social (STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interedil Srl*, FD 56). Los Estados miembros en los que, antes del momento de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor tenía su "centro de intereses principales", son, realmente, irrelevantes a efectos del art. 3.1 R.1346/2000.

2º) Los Estados miembros a los que el deudor traslade su "sede de dirección" en un momento posterior a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, son también, irrelevantes a efectos del art. 3.1 R.1346/2000. Este problema particular ha sido objeto de la STJUE 17 enero 2006, as. C 1/04, *Staubitz-Schreiber*. En dicho caso, una empresa individual de comercio de aparatos de telecomunicaciones y accesorios con sede en Alemania dejó de explotar esta empresa y en diciembre 2001, solicitó la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio ante el Amtsgericht-Insolvenzgericht Wuppertal. No obstante, el 1 abril 2002, la titular de la empresa trasladó su residencia a España, para vivir y trabajar allí. En consecuencia, dicho traslado tuvo lugar después de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia pero antes de que la autoridad concursal declarase la apertura del tal procedimiento. Pues bien el TJUE indicó que transferir la competencia del órgano jurisdiccional al que inicialmente se ha dirigido la petición a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro basándose en esta circunstancia sería contrario a los objetivos que persigue el Reglamento 1346/2000 y ello por varios motivos (STJUE 17 enero 2006, as. C 1/04, *Staubitz-Schreiber*, FD 24-27): (a) La transferencia de competencia en favor de las autoridades concursales del Estado miembro de la nueva sede social del deudor insolvente comportaría "incentivos" para que las partes procedieran a "*transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable*". Ello potenciaría el *Forum Shopping*, lo que resulta contrario a los objetivos del Reglamento 1346/2000; (b) Esta transferencia de competencia internacional concursal sería igualmente contraria al objetivo de un funcionamiento más eficaz y efectivo de los procedimientos transfronterizos, pues obligaría a los acreedores "*a perseguir en cada momento al deudor allí donde tuviera a bien establecerse con carácter más o menos definitivo y, en la práctica, podría traducirse a menudo en una prolongación del procedimiento*"; (c) El mantenimiento de la competencia internacional del primer órgano jurisdiccional al que se ha dirigido la petición de apertura del procedimiento de insolvencia garantiza "*una mayor seguridad jurídica para los acreedores que han evaluado los riesgos que habrían de asumirse en caso de insolvencia del deudor en función del lugar del centro de los intereses principales de éste en el momento en que establecían una relación jurídica con él*".

3º) El mero cambio de "sede social" del deudor de un Estado miembro a otro Estado miembro no implica un cambio automático de Estado miembro en el que se localiza el "centro de intereses principales" del deudor. Sólo el cambio de "sede de dirección" es relevante. En efecto, el art. 3.1 R.1346/2000 recoge un criterio material o sustancial (= el lugar desde donde se dirige una empresa) y no un criterio meramente formal o administrativo (= el lugar donde está inscrita la empresa o donde ha fijado su domicilio según sus estatutos)⁶⁰.

51. En este sentido, dos datos deben subrayarse: (a) La presunción contenida en el art. 3 R.1346/2000, que establece que "[r]especto 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", debe decaer en los supuestos de cambio ficticio de sede social de la sociedad. En estos casos, se cambia el país de la sede social pero la dirección de la sociedad permanece en el primer Estado miembro. En este supuesto, la sociedad con sede en el segundo Estado se ha convertido en una sociedad fantasma, que no desarrolla actividad alguna en este segundo Estado; (b) La jurisprudencia de los Estados miembros se ha pronunciado claramente en esta dirección, con el objetivo, evidente, de evitar "fugas nominales" de sociedades ante insolvencias inminentes, caso en los que las sociedades sólo trasladan la "dirección formal" de la sociedad a un segundo Estado miembro y conservan la gestión material de su actividad en el primer Estado miembro.

Algunos ejemplos bastarán para ilustrar esta cuestión: (1) Decisión del *Gerechthof te Amsterdam* de 17 julio 2003⁶¹. El traslado de la sede social del deudor desde Holanda a Francia, un año antes de la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, no implica "automáticamente" un cambio de "centro de intereses principales" del deudor. De hecho, en el momento de presentación de tal solicitud, las autoridades holandesas constataron que la empresa seguía siendo dirigida desde Holanda y desplegaba su actividad comercial en Holanda, por lo que las autoridades holandesas, y no las francesas, eran las autoridades con competencia internacional para abrir el procedimiento de insolvencia; (2) Sentencia *Tribunal du Commerce Bruxelles* de 8 diciembre 2003⁶². Los tribunales belgas conservan su competencia en materia concursal respecto de una sociedad que mantiene en todo momento su "centro de intereses principales" en Bélgica, aunque haya cambiado su "sede social" nominal a Francia; (3) Ordenanza Corte di Cassazione Italia 20 mayo 2005 [transferencia de "sede social" pero no de "centro de administración" de la sociedad desde Bari, Italia, a Londres, Reino Unido] y Sent. Tribunale di Pistoia 14 diciembre 2005⁶³; (4) Sent. Corte Cass Italia 18 mayo 2009 [sociedad con sede en Italia que traslada su dicha sede a España pero no la actividad de dirección, administración y organización de dicha sociedad]⁶⁴; (5) AJMerc Alicante 30 septiembre 2009

⁶⁰ M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 35-38.

⁶¹ *RDIPP*, 2004, núm.1, p. 421.

⁶² *RDIPP*, 2004, núm.1, p. 421.

⁶³ *RDIPP*, 2006, pp. 432-435.

⁶⁴ *RDIPP*, 2010, pp. 125-128.

[matrimonio formado por dos ciudadanos alemanes que trasladan su domicilio administrativo a España y conservan su patrimonio en Alemania]: el traslado de su domicilio fue puramente nominal, de modo que se realizó con el solo objetivo de evitar la apertura del concurso en Alemania, ya que los sujetos nunca desarrollaron actividad alguna en España; (6) Ord. Cass Italia 20 julio 2011⁶⁵: una sociedad con sede social en Italia que transfiere fictivamente su sede social a Eslovenia puede ser declarada en concurso en Italia en el caso de que dicha transferencia sea ficticia de sede social, pues "*ciò [...] consente di superare la presunzione di corrispondenza tra la sede sociale dichiarata ed il centro effettivo di interessi della società*"; (7) Ordinanza Cass Italia 3 octubre 2011: la transferencia ficticia de sede social de un Estado miembro a otro no modifica la competencia concursal de los tribunales del primer Estado miembro y dicha transferencia es "ficticia" cuando se cambia el país de la sede social pero ni se traslada la actividad económica ni el centro directivo organizativo del primer al segundo Estado miembro⁶⁶.

52. Surge un interesante problema en el supuesto de una sociedad fantasma con sede social en un Estado miembro, pero dirigida desde otro Estado miembro distinto, donde radica la sede de su sociedad madre, que domina el capital social de la sociedad fantasma filial. En ese caso, se pregunta la doctrina con toda legitimidad si podría estimarse que dicha sociedad fantasma filial posee un "establecimiento" en el Estado miembro donde radica su sede estatutaria, a pesar de ser dirigida desde otro Estado miembro. Ello permitiría abrir un procedimiento secundario y territorial de insolvencia en el Estado miembro donde radica la "sede social" nominal de la empresa filial. Pues bien, debe estimarse que la mera existencia de la sede social de una empresa en un Estado miembro determinado no asegura, de modo matemático, que tal empresa tenga un "establecimiento" en dicho país que permitiría abrir un procedimiento secundario de insolvencia. Para que ello fuera posible, debe acreditarse que existe, en el país de la sede social de la sociedad filial, un "*lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes*", como exige el art. 2.h R.1346/2000. Un ejemplo puede resultar útil para aclarar este supuesto. Una decisión de tribunales ingleses de 16 octubre 2002, citada por PH. HAMEAU / M. RAIMON, se refirió a la insolvencia de una sociedad registrada en Suecia, donde tenía su domicilio social y su "centro de intereses principales"⁶⁷. Se intentó abrir la insolvencia de dicha sociedad en Inglaterra, pues los acreedores argumentaron que existía una filial de la sociedad sueca en Inglaterra, lo que era cierto. Pues bien, los tribunales ingleses estimaron, correctamente, que la filial inglesa de esta sociedad sueca no era un "establecimiento" de la misma a efectos de abrir un procedimiento territorial y secundario en Inglaterra. La sociedad estaba domiciliada en Suecia, donde radicaba su "centro de intereses principales" y su filial en Inglaterra era puramente formal y aparente, pues no desarrollaba actividad económica alguna. En este caso, domicilio social y "centro de intereses principales" del deudor insolvente coincidían. Por ello, los tribunales ingleses no eran internacionalmente competentes para abrir un procedimiento

⁶⁵ RDIPP, 2012, p. 576.

⁶⁶ RDIPP, 2012, pp. 735-739.

⁶⁷ H. HAMEAU / M. RAIMON, "Les faillites internationales. Approche européenne", *IBJL*, 2003-6, pp. 645-665.

de insolvencia, ni principal, ni secundario. Sólo las autoridades suecas, correspondientes al lugar del domicilio social de la sociedad, eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia de la empresa en cuestión.

E) El sistema de presunciones y la localización del centro de intereses principales de la sociedad fantasma

53. Para ayudar a los operadores jurídicos a concretar el Estado miembro en el que el deudor, sea o no una sociedad fantasma, lleva a cabo la administración de sus intereses ("sede de dirección"), el Reglamento 1346/2000 opera a través de dos herramientas jurídicas. Primero: se enuncia el "*Approach* de DIPr." y se llena de contenido la expresión "centro de intereses principales del deudor", en el sentido apuntado. Dicho "centro es la "sede de dirección" en el sentido germano de la noción, esto es, corresponde al lugar desde donde el deudor dirige su unidad económica. Segundo: se utiliza una serie de "presunciones" que ayudan al operador jurídico a localizar el país desde donde se dirige el operador económico. El art. 3.1 *in fine* R. 1346/2000, en efecto, afirma: "*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*". El foro retenido, esto es, el "centro de los intereses principales del deudor" se identifica, salvo prueba en contrario, con el "domicilio estatutario", con el domicilio que consta en los estatutos de la empresa persona jurídica.

54. El art. 3.1 R.1346/2000 emplea, como se ha avanzado, una serie de "presunciones" para determinar el lugar donde radica el centro de intereses principales del deudor. Las presunciones. Varios aspectos preliminares deben subrayarse al respecto.

1º) "Domicilio social" equivale a "sede estatutaria de la sociedad". Es la sede que aparece en los estatutos sociales de la persona jurídica / sociedad fantasma. Ello surge claramente de otras versiones lingüísticas del Reglamento 1346/2000: "*lieu du siège statutaire*" / "*il luogo in cui si trova la sede statutaria*" / "*o local da respectiva sede estatutária*" / "*der Ort des satzungsmäßigen Sitzes ist*". El concepto de "domicilio social" = "domicilio estatutario" es propio y autónomo del Reglamento 1346/2000.

2º) Esta presunción no es, en absoluto, un capricho del legislador. Suele ser muy útil, porque la sede social de "*las sociedades y personas jurídicas*" (art. 3.1.II R.1346/2000), suele constar en los registros públicos donde aparece la válida constitución de una sociedad. Los sujetos que se relacionan con dicha sociedad pueden acceder a tales registros públicos. De ese modo, cualquier sujeto puede saber cuál es el lugar donde esa persona jurídica o sociedad tiene su "sede social". Puede saber, por tanto, cuál es el lugar desde el que, según la Ley estatal reguladora de dicha persona jurídica o sociedad, dicho ente dirigir su actividad, cuál es el lugar donde radica el centro de intereses principales de esa sociedad o persona jurídica. En consecuencia, resulta perfectamente lógico que el legislador presumá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar del domicilio social de la sociedad.

Cualquier persona puede, por tanto, evaluar de una manera sólida y fiable, el riesgo de insolvencia de la sociedad con la que se relaciona, pues sabe en qué país tiene dicha sociedad su "sede social". Cualquier persona puede, así, presumir que si la sociedad con la que relaciona entra en insolvencia, dicho procedimiento de insolvencia se desarrollará ante las autoridades del Estado miembro donde la sociedad tiene su sede social. Por otro lado, en la vida real, la sociedad se dirige, normalmente, desde el país donde radica, efectivamente, su "*domicilio social*".

3º) El "sistema de presunciones" aporta al "sistema del *Approach*" una muy fuerte dosis de seguridad jurídica. Ello es necesario para dotar de certeza legal a los agentes económicos. Sin embargo, este "sistema de presunciones" conserva una cierta flexibilidad para adaptarse a la extrema variabilidad de los casos concretos de la vida societaria real. Así, en un primer estadio, el operador jurídico concretará el "centro de intereses principales" del deudor en un Estado miembro y lo hará de manera automática: dicho lugar se halla, en efecto, en el Estado donde el deudor tiene su sede estatutaria, domicilio profesional o residencia habitual. No obstante, el "automatismo" de la primera regla "francesa" se flexibiliza con un "escape de la presunción" para que se respete el criterio básico del sistema del Reglamento 1346/2000, que es el sistema alemán. En efecto, cualquier interesado puede probar ante el juez que la empresa o unidad económica es dirigida, realmente, desde otro Estado que no corresponde al Estado de donde el deudor tiene su sede estatutaria, domicilio profesional o residencia habitual. Si convence de ello al juez, la presunción decae, pues para eso es una presunción *juris tantum*, y habrá que fijar la "sede de dirección" de la unidad económica mediante otros criterios no rígidos que permitan, en su caso, probar que existe otro país desde el que se dirige, verdaderamente, la unidad económica del deudor común insolvente.

4º) La presunción recogida en el art. 3 R.1346/2000 no es un capricho del legislador europeo. En efecto, en la mayoría de los casos relativos a personas jurídicas, el deudor dirige su empresa desde el país donde ésta tiene su sede social. De este modo, y en estos casos, la presunción respeta escrupulosamente el principio fundamental del Reglamento 1346/2000, esto es, que son competentes para abrir un procedimiento de insolvencia las autoridades del Estado miembro donde la sociedad tiene su centro de intereses principales. Debe también subrayarse que, en la inmensa mayoría de los supuestos de la vida societaria real, una sociedad que tiene su sede social en un país, se dirige desde dicho país, desarrolla actividades en dicho país, tiene la "nacionalidad" de dicho país y se ha constituido y se rige por las Leyes de dicho país. En consecuencia, dicha sociedad aparece en el tráfico económico, frente a terceros, como una sociedad cuyo centro de dirección / COMI se encuentra en el país donde tiene su sede social. El art. 3 R.1346/2000 protege, así, las expectativas creadas en los terceros por la apariencia legal de la sociedad en el mercado. La presunción sólo puede ser enervada, desvirtuada y descartada cuando la apariencia que proporciona dicha presunción resulta ser falsa. Esto es, cuando la sociedad deudora se presenta en el tráfico económico como una sociedad dirigida desde un concreto Estado A, en el que desarrolla actividades y que está sujeta a las Leyes de dicho Estado A, pero resulta que dicha sociedad tiene su sede social en otro Estado B con el que no guarda ningún contacto material y objetivo. En tal supuesto, resultaría absurdo y traicionaría el principio de protección de la apariencia en

el tráfico económico que la insolvencia de la sociedad en cuestión hubiera que abrirla ante autoridades del Estado B y no ante autoridades del Estado A. Todos los terceros que se relacionan con la sociedad han creído, vista la apariencia legal de la sociedad en el tráfico económico, que la sociedad se dirige desde el Estado A. En consecuencia, el art. 3 R.1346/2000 protege dicha apariencia y permite descartar la presunción con arreglo a la cual la sociedad se dirige desde el Estado donde tiene su sede social.

5º) En caso de que la insolvencia de la sociedad aparezca muy plurilocalizada y no se pueda resolver la "duda" de en qué país radica el "centro de los intereses principales del deudor", la presunción debe operar. Se trata, según advierte E. AASARU, de una presunción fuerte., de modo que la plurilocalización internacional de la sociedad no constituye un elemento válido para descartar la presunción legal⁶⁸. Todo lo contrario, ésta resulta de máxima utilidad en este difícil supuesto.

55. Las presunciones recogidas en el art. 3.1 *in fine* R. 1346/2000 son presunciones *juris tantum*, pues el mismo precepto admite "prueba en contrario": "[r]especto 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" (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 35; STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interedil*, FD 51; Sent. T. Com. Nanterre 15 febrero 2006⁶⁹).

56. Procede ahora analizar el alcance de la presunción y fijar aquellos casos en los que la misma no puede descartarse. Con carácter previo, cabe anotar que la presunción contenida en el art. 3 R.1346/2000 es una presunción que opera de manera fuerte y estricta. Así lo ha indicado el TJUE (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 34-35 y 37). Ello significa lo siguiente: a) Que, con carácter general, la presunción opera siempre. La sociedad sólo puede ser sometida a un procedimiento de insolvencia en el Estado miembro donde radica su sede social; (b) Que, con carácter excepcional, puede descartarse la presunción sólo si la sociedad no dispone de ningún contacto real, sustantivo, objetivo con el país donde tiene su sede social; (c) Que la falta de todo contacto real, sustantivo y objetivo de la sociedad con el país donde tiene su sede social debe ser siempre probada por el sujeto que sostenga dicha circunstancia. La prueba de la falta de contacto de la sociedad con el Estado donde tiene su sede social puede resultar difícil y compleja pero no es imposible; (d) Que la prueba de la falta de contacto real, sustancial y objetivo de la sociedad con el Estado donde tiene formalmente su sede social debe siempre realizarse en atención a un caso concreto particular. Los datos del supuesto concreto son relevantes, como advierte J.L. VALLENS⁷⁰.

57. En ciertos casos, la operatividad de la presunción y la imposibilidad de enervarla, resulta evidente. Para ello debe procederse a una consideración de conjunto

⁶⁸ E. AASARU, "The desirability of "centre of main interest" as a mechanism for allocating jurisdiction and applicable law in cross-border insolvency law", *Eur. Bus. L. Rev.*, vol. 349, 2011, pp. 349-380.

⁶⁹ *Dalloz*, 2006, p. 793.

⁷⁰ J.L. VALLENS, "Procédures d'insolvabilité: présentation du règlement communautaire", *Lamy droit commercial*, núm.125, août-septembre 2000, pp. 2 ss.

de "factores objetivos", esto es, comprobables por terceros, que permita determinar que el centro efectivo de dirección y control de dicha sociedad y de la administración de sus intereses está ubicado en ese otro Estado miembro. Es conveniente subrayar ciertos casos dudosos en los que la presunción debe operar y no puede ser descartada.

58. Primero: *La presunción prevalece: la sociedad desarrolla "actividades" en el Estado donde radica su sede social.* Si la sociedad desarrolla algunas "actividades" en el Estado donde tiene su sede social, incluso aunque no se dirija realmente desde dicho Estado, la presunción debe operar. En efecto, en este caso, la sociedad ha creado la apariencia de que opera, de algún modo, en el país donde tiene su sede social y de que, por tanto, puede estar dirigida desde dicho Estado. Ello puede haber inducido a los terceros a pensar, efectivamente, que la sociedad se dirige desde el país donde tiene, formalmente, su sede social. En consecuencia, dicha apariencia debe ser protegida y la insolvencia deberá solicitarse ante las autoridades del Estado miembro donde la sociedad tiene su sede social. Es el caso de sociedades con sede social en un Estado miembro A, en cuyo territorio despliegan ciertas actividades económicas, laborales o de gestión interna o externa, pero que, en realidad, se dirigen desde otro Estado B.

59. Segundo. *La presunción prevalece: existencia de bienes inmuebles y de contratos en un Estado miembro distinto a aquél donde la sociedad tiene su domicilio social.* La mera existencia de bienes inmuebles propiedad de la sociedad deudora y arrendados a terceros, en un Estado miembro distinto a aquél donde tal deudora tiene su domicilio social, y la existencia y celebración de ese otro Estado miembro distinto, de contratos celebrados con una entidad financiera son, en efecto, "factores objetivos", comprobables por terceros. Sin embargo, tales factores, en una consideración de conjunto, no permiten revelar que el centro efectivo de dirección y control de la sociedad y de la administración de sus intereses está ubicado en ese otro Estado miembro. En otras palabras: contratos vigentes en otros Estados miembros y existencia de bienes inmuebles en esos otros Estados miembros, no son suficientes para enervar la presunción recogida en el art. 3 R.1346/2000 (STJUE 20 octubre 2011, as. C 396/09, *Interedil*, FD 53). En esta línea, puede afirmarse que el hecho de que una sociedad con sede estatutaria en un Estado miembro posea un inmueble en Italia, único bien apto para satisfacer a los acreedores, no constituye un elemento apropiado para atribuir competencia internacional a los tribunales italianos *ex art.* 3.1 R.1346/2000. Dicha insolvencia debe solicitarse ante los tribunales del Estado miembro donde la sociedad tiene su centro de intereses principales, que se presume que es el Estado miembro donde tiene su sede social, que estaba en Luxemburgo (Ordinanza Corte di Cassazione Italia 28 enero 2005, n.1734⁷¹).

60. Tercero. *La presunción prevalece: confusión de patrimonios entre varias personas jurídicas o físicas.* La confusión de las cuentas bancarias y la confusión contable entre varias empresas, así como la existencia de relaciones financieras anormales entre las sociedades, como la organización deliberada de transferencias de activos sin contrapartida, son elementos objetivos, ciertamente, pero son difícilmente

⁷¹ RDIPP, 2005, pp. 450-453.

"verificables por terceros". Además, la confusión de los patrimonios entre varios deudores no implica necesariamente un centro único de intereses principales. En efecto, la confusión de patrimonios puede ser orquestada a partir de dos centros de dirección y de control situados en dos Estados miembros diferentes. En consecuencia, la mera confusión de los patrimonios de estas sociedades no es suficiente para demostrar que el centro de los intereses principales de las sociedades en cuestión se encuentre en el mismo Estado miembro (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 35-39).

61. Es en este punto en el que procede examinar *cum grano salis* el caso de la sociedad fantasma a la hora de la precisión del lugar donde se halla el centro de intereses principales del deudor. En ciertos casos, en verdad, la presunción debe ser rechazada y enervada. En efecto, la presunción está al servicio de la conexión principal. No la puede traicionar. Ahora bien, sólo en casos muy evidentes se puede escapar de la presunción recogida en el art. 3.1.II R.1346/2000. En realidad, el único supuesto en el que es esto posible es el expresivamente denominado, por el TJUE, "caso de la sociedad fantasma" ("*a letterbox company*" / "*Briefkastenfirma*" / "*une société boîte aux lettres*"). La presunción sólo puede desvirtuarse, efectivamente, en el caso de "*... una sociedad «fantasma» que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social...*" (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 34-35 y 37). Diversas observaciones son precisas.

62. Primera observación: el concepto de "actividad". Es suficiente con que la sociedad deudora desarrolle alguna "actividad" en el Estado miembro donde tiene su sede social para que la presunción no pueda descartarse. El TJUE subraya que "*la presunción iuris tantum (...) en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social*" (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 34-35 y 37). Al emplear el adverbio "sólo", deja claro el TJUE que la posibilidad de enervar la presunción es muy remota y que procede exclusivamente en casos muy concretos y patentes. Casos en los que la sociedad no despliega "ninguna actividad" en el Estado miembro donde tiene su sede social. El TJUE ni siquiera ha hecho referencia a que esa actividad deba ser una "actividad de dirección" o una "actividad propia" de la sociedad. Parece, por tanto, que, para el TJUE, una mínima actividad de la sociedad, sea de la naturaleza que sea, en el país donde la sociedad dispone de su sede social, impide desactivar la presunción.

63. Segunda observación: la configuración del concepto de "sociedad fantasma" para el TJUE. Una "sociedad fantasma" se denomina así porque, tras la "sábana" o "pantalla" que constituye el "domicilio social" de la persona jurídica en un concreto país, no hay nada, esto es, no hay ninguna actividad de la sociedad en dicho país. Allí sólo hay un nombre, un apartado de correos, una inscripción en un registro de sociedades. Es una mera referencia de pura forma, pero tras ella, no hay nada de sustancia de la sociedad. Precisamente, por lo anterior, ningún tercero se deja arrastrar por la idea de que una "sociedad fantasma" se dirige desde el país de su domicilio

social, porque la "sociedad fantasma" no es más que "pura forma", "mero maquillaje", un simple apartado de correos, por ejemplo, y nada más.

64. Tercera observación: Enervación de la presunción. En el caso de una sociedad fantasma, efectivamente, la presunción debe decaer, porque la presunción no induce a ninguna persona a pensar que dicha sociedad se dirige desde el país de su domicilio social. Cualquier tercero puede percibir, de manera directa, clara y evidente, que una "sociedad fantasma" cuyo único contacto con un país es su "domicilio social formal" en el mismo, no se dirige ni desarrolla actividad social alguna en dicho país. Esto es, existen "elementos objetivos" que pueden ser comprobados por terceros y que permiten a éstos deducir que la situación real no coincide con la situación que refleja, de modo meramente aparente, la ubicación del citado domicilio social en un país concreto. En este sentido estricto en favor de una presunción muy fuerte se han pronunciado también diversas jurisdicciones nacionales (sent. Tribunal Distrito Amsterdam Sec. Civil 31 enero 2007 [sociedad holandesa filial de sociedad taiwanesa, que a su vez tiene filiales alemanas]), sent. *Amtsgericht Weilheim im OB* 22 junio 2005 [concurso de sociedad con sede social pero meramente formal en Dublín y con centro principal de intereses en Alemania], sent. Tribunal d'arrondissement de Luxemburgo 15 abril 2005 [procedimiento de insolvencia de sociedad con sede social en Francia y con sucursal en Luxemburgo, donde se lleva a cabo toda la actividad de la sociedad]).

65. En sintonía con lo anterior, varios ejemplos pueden resultar útiles para demostrar que, en la jurisprudencia de los Estados miembros, el descarte de las presunciones recogidas en el art. 3.1 R.1346/2000 se ha llevado a cabo en relación con auténticas sociedades fantasma.

En primer término, resulta importante la decisión de la *High Court (Chancery Division)* de 7 febrero 2003, en la que los tribunales ingleses, en el caso *Brac Rent-a-car International Inc.*, iniciaron un procedimiento de insolvencia contra dicha sociedad, con sede social en el State de Delaware (USA)⁷². Sin embargo, los tribunales ingleses comprobaron que la actividad de la sociedad, sus activos y sus empleados estaban situados en Inglaterra, de manera que estimaron que el "centro de intereses principales del deudor" estaba en Inglaterra, a pesar de la existencia de una "sede social" formal de la sociedad en Delaware (USA). Los tribunales ingleses se declararon competentes para conocer de la insolvencia de dicha empresa en un procedimiento principal y universal de insolvencia. Este caso presenta perfiles muy interesantes. Los tribunales ingleses utilizaron un sistema de *Grouping Of Contacts* para acreditar el lugar de "centro de los intereses principales del deudor", sistema en el que "envolvieron", como un dato más, el hecho de que la "actividad de la sociedad" (= y hay que entender que la toma de decisiones de la misma forma parte de las "actividades de la sociedad"), se desarrollaba en Inglaterra y no en los Estados Unidos de América.

⁷² RDIPP, 2004, pp. 767-773.

En segundo lugar, en la sentencia del *Tribunale di Parma* de 4 febrero 2004, el juzgador se enfrentó con el siguiente problema⁷³. Se instó en Italia la insolvencia de una sociedad domiciliada en Holanda, que fue sometida a una "*procedura di amministrazione straordinaria*", procedimiento de insolvencia principal previsto en el Derecho concursal italiano. La sociedad sujeta a la insolvencia era una sociedad para la emisión de obligaciones en el mercado internacional de capitales a beneficio exclusivo de la sociedad italiana *Parmalat s.p.a.*, sociedad domiciliada y dirigida desde Italia, que controlaba todo el capital social de la sociedad holandesa. Además, los órganos directivos de la sociedad holandesa se limitaban a ejecutar las directivas procedentes de la sociedad controlante italiana. Todo ello justificó que, pese a que el domicilio estatutario de la sociedad holandesa se localizaba en Holanda, se estimara que el "centro de intereses principales del deudor" estaba realmente en Italia, de modo que los tribunales italianos eran competentes para abrir un procedimiento de insolvencia en Italia contra dicha empresa, procedimiento sujeto al Derecho concursal italiano. La sociedad holandesa era, en realidad, una sociedad fantasma que en Holanda no realizaba ninguna actividad.

En tercer lugar, la jurisprudencia holandesa muestra cómo puede "escaparse" a la presunción para evitar la competencia concursal de autoridades de Estados miembros en los que ciertos deudores sólo disponen de una "sede social" o un "registro" pero no ejercen, en dicho país, ninguna actividad social / económica y no son dirigidas desde ese país. El problema aparece en Holanda en relación con sociedades cuya "sede estatutaria" se encuentra en el Reino Unido. El caso es frecuente, porque la constitución de empresas en el Reino Unido es más sencilla que en Holanda y comporta menos gastos. Pues bien, tales sociedades no desarrollan prácticamente ninguna actividad comercial en el Reino Unido, sino que desarrollan sus actividades comerciales en Holanda, y sobre todo, son dirigidas por órganos sociales o por personas domiciliadas en Holanda. Es el caso de la sentencia *Gerechthof Den Hage* 8 abril 2003⁷⁴. El "centro de los intereses principales del deudor" se localiza en Holanda y no en el Reino Unido.

En cuarto lugar, la jurisprudencia española también ha descartado la presunción cuando ha apreciado que la sociedad deudora insolvente es una verdadera sociedad fantasma, pues no despliega actividad alguna en el Estado donde radica su domicilio social. Un primer ejemplo es el Auto del Juzgado de lo Mercantil n 9 de Barcelona de 30 mayo 2013 (caso *Renta Corporación Real Estate France Sasu*) indica que una sociedad francesa dispone, en realidad, de su centro de intereses principales en Barcelona, aunque su domicilio social esté localizado en Francia, por varias razones⁷⁵: (a) La sociedad francesa es una filial cuyo socio titular del 100% del capital social es una sociedad española; (b) La sociedad francesa carece de actividad desde hace un tiempo considerable; (c) La sociedad francesa no posee activo alguno; (d) La sociedad francesa no tiene ningún establecimiento abierto al público en Francia ni contratos de trabajo en vigor; (e) Los acreedores conocen que la toma de decisiones de la sociedad francesa se produce en Barcelona. Un segundo ejemplo se encuentra en el Auto

⁷³ *RDIPP*, 2004, pp. 693-707.

⁷⁴ *RDIPP*, 2004, p. 422.

⁷⁵ Westlaw Aranzadi, AC\2013\1484.

JMercantil n. 1 de Barcelona de 4 julio 2013 (*caso La seda de Barcelona*)⁷⁶. El juzgado entendió que las filiales nacionales de otros Estados miembros de la UE, de una sociedad con sede social en el Prat de Llobregat, tenían, en realidad su centro de intereses principales en el domicilio social de la sociedad madre. El juzgado tomó en consideración varias razones al efecto: (a) En el Prat de Llobregat se ubicaba de forma prioritaria el órgano de administración de tales filiales y así se percibía de manera objetiva y externa por terceros; (b) La gestión y administración de los negocios de todas las filiales se centralizaba en esa misma localidad donde radicaba la sede de la sociedad madre; (c) Este centro efectivo de los intereses principales en el Prat de Llobregat era claramente perceptible para los acreedores de las filiales. Un tercer ejemplo se puede hallar en el Auto Juzgado de lo Mercantil n.1 San Sebastián de 19 noviembre 2013, caso *Fagor*⁷⁷ En este supuesto, la sociedad deudora insolvente tenía su domicilio en España y poseía una filial en Irlanda controlada por la primera al 100%]. Pues bien, el juzgado de San Sebastián estimó que la filial irlandesa de Fagor, *Fagor Ireland*, era una auténtica sociedad fantasma, pues: (a) No tenía establecimiento propio ni trabajadores en Irlanda; (b) Sólo disponía de una mínima estructura a través de subcontratas para cubrir las exigencias fiscales, administrativas, contables y legales derivadas de tener domicilio y nacionalidad irlandesa; (c) Era una simple licenciataria de marcas del grupo, cuyos clientes son casi en su totalidad, empresas del grupo y cuya efectiva dirección y control se encontraba en la sede social de Fagor Electrodomesticos, sociedad madre española, que además era el único socio de dicha filial irlandesa y la entidad que ostentaba la dirección efectiva y control de la filial; (d) Todas las anteriores circunstancias eran, por las razones indicadas, fácilmente perceptibles por terceros, que por otra parte, eran casi todos empresas del grupo Fagor o subcontratados.

66. Como se ha indicado, el TJUE subraya que "*la presunción iuris tantum (...) en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social*" (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 34-35 y 37). Para el TJUE, el único supuesto en el que se puede y se debe enervar la presunción es el caso en el que la sociedad no despliega "ninguna actividad" en el Estado miembro donde tiene su sede social: la sociedad fantasma por definición. Ahora bien, que lo tenga claro el TJUE no significa que los tribunales de los Estados miembros opinen del mismo modo. De hecho, se observa sin dificultad hermenéutica específica, que existe un cierto grupo de casos reales en los que los tribunales de los Estados miembros desvirtúan la presunción legal recogida en el art. 3 R.1346/2000 cuando la sociedad deudora principal no es una sociedad fantasma. Se trata de supuestos en los que el deudor es una sociedad que sí despliega "algunas actividades" en el Estado donde radica su sede estatutaria, pero que es dirigida desde otro país. No es una sociedad fantasma sino una sociedad "dirigida desde el exterior". Ello se enfrenta, claramente, con la posición sostenida por el TJUE, que ha enfatizado el dato de que la presunción sólo se debería descartar en el supuesto de la sociedad fantasma deudora

⁷⁶ Citado por el auto del Juzgado de lo Mercantil n.1 San Sebastián de 19 noviembre 2013, caso *Fagor*.

⁷⁷ Westlaw Aranzadi, AC\2013\1928

principal. Algunos casos reales prueban esta falta de acuerdo sobre la cuestión entre el TJUE y las jurisdicciones nacionales.

En primer lugar, puede citarse la sentencia del *Tribunale di Roma* de 14 agosto 2003⁷⁸, confirmada por una sentencia del *Tribunale di Roma* de 26 noviembre 2003, abordó el caso de una sociedad constituida con arreglo al Derecho holandés y con domicilio social en Holanda⁷⁹. Dicha empresa, en dificultades financieras, fue sometida en Italia a un procedimiento de insolvencia previsto en el Derecho italiano (= *procedura di amministrazione straordinaria*). Era una sociedad filial controlada íntegramente por una sociedad-madre italiana, y todos los miembros italianos del consejo de administración de la sociedad holandesa eran residentes en Italia. El tribunal estima que el "*centro strategico e direzionale delle scelte di imprese*" estaba localizado claramente en Italia. Ello justificó la competencia de las autoridades concursales italianas, y la aplicación del Derecho concursal italiano al procedimiento principal de insolvencia abierto frente a la sociedad domiciliada en Italia. La presunción "sede social = centro de actividades principales del deudor", fue descartada aunque la sociedad deudora no era una sociedad fantasma y desarrollaba actividades en Holanda.

En segundo término, puede también aludirse a la decisión de la *Chancery Division* inglesa de fecha 4 julio 2002 que se enfrentó con el caso de una sociedad española, Enron Directo Sociedad Limitada, que tenía su "sede social" en España. Sin embargo, los tribunales ingleses pudieron acreditar que el consejo de administración de dicha sociedad se reunía en Londres y que en esa ciudad se tomaban las "decisiones importantes" para la empresa, lo cual era conocido por los acreedores de la sociedad en cuestión. El resultado fue claro, los tribunales ingleses estimaron que el "centro de intereses principales del deudor" estaba en Inglaterra, y declararon la competencia de los jueces ingleses para conocer de la insolvencia de la empresa española⁸⁰. Ahora bien, nada en el caso indica que la sociedad deudora fuera sociedad fantasma que no desarrollaba actividades en el Reino Unido.

En tercer lugar, cabe citar la decisión de 16 mayo 2003 de la *High Court of Justice of Leeds*, caso *ISA-Daystek SAS*, que se enfrentó con la insolvencia de tres sociedades alemanas y una sociedad francesa (ISA Daisytek SAS). Las cuatro sociedades eran, a su vez, filiales de una sociedad-madre norteamericana. El grupo de sociedades en Europa estaba compuesto, en total, por diecisiete sociedades y era dirigido desde Bradford. Pues bien, los tribunales ingleses iniciaron un procedimiento de insolvencia previsto en el Derecho inglés, -en concreto una *Administration Order*-, contra cada una de las cuatro sociedades, al estimar, con toda corrección, que las cuatro sociedades eran administradas y dirigidas desde Bradford (Inglaterra), aunque sus "sedes sociales" (= "sedes estatutarias") estaban en Alemania y Francia, como se ha dicho. Los jueces ingleses constataron, además, que los acreedores, -prestamistas, fundamentalmente-, de estas cuatro sociedades sabían que las decisiones relevantes para

⁷⁸ *RDIPP*, 2004, pp. 685-690.

⁷⁹ *RDIPP*, 2004, pp. 691-693.

⁸⁰ H. HAMEAU / M. RAIMON, "Les faillites internationales. Approche européenne", *IBJL*, 2003-6, pp. 645-665.

la marcha de la empresa, se tomaban en Inglaterra, ya que en Francia y Alemania, estas sociedades no tenían acreedores, sino sólo "clientes finales" de su productos. La decisión de la High Court of Leeds se tomó teniendo en cuenta que la "fácil identificación por terceros" del centro de intereses principales del deudor" debía ser hecha en relación a los terceros que fueran acreedores de la sociedad en dificultades económicas. Y los acreedores eran ingleses domiciliados en Inglaterra, lo que tampoco es casual. Este caso ha sido objeto de la importante Sentencia de la *Cour d'appel de Vesailles, 24e Chambre*, de 4 septiembre 2003⁸¹. La decisión citada ha venido a cerrar las heridas abiertas en la batalla legal que se libró para la elaboración del art. 3 R.1346/2000. Los jueces franceses, en la decisión citada, reconocen que la competencia correspondía a los jueces ingleses y que la decisión inglesa de apertura de la *Administration Order* surte plenos efectos en toda la UE excepto Dinamarca, y por supuesto en Francia, sin necesidad de ninguna "formalidad" ni "medida de publicidad" (*vid.* art. 16.1 R.1346/2000). El "orden público internacional" no tiene apenas margen de operatividad en supuestos como éste. No importa, pues, que la sociedad ISA-Daystek SAS fuera una "sociedad francesa" y sometida la Derecho francés, ni que fuera filial de una empresa inglesa a su vez filial de una sociedad norteamericana. Incluso aunque los tribunales franceses estimaran que en Francia se halla el "centro de intereses principales del deudor", el hecho de que el procedimiento de insolvencia se haya abierto primeramente en otro país, en este caso, Gran Bretaña, impide a los jueces franceses abrir un procedimiento de insolvencia principal en Francia: "*l'ouverture de la procédure d'insolvabilité principale de la SAS ISA Daisytek para la Haute Cour de justice de Leeds a interdit à toute juridiction française d'ouvrir ultérieurement une autre procédure d'insolvabilité principale*", indica la Sent. *Cour d'appel de Vesailles, 24e Chambre*, de 4 septiembre 2003.

En cuarto lugar, es relevante de igual modo, la sentencia del *Sent. Trib. Grande Instance Lure*, Francia, 27 marzo 2006 [insolvencia en abierta en Francia respecto de sociedad polaca con sede social en Polonia]⁸². Dicha sentencia advirtió que era posible proceder a la apertura, en Francia, de un procedimiento de insolvencia que afecta a una sociedad de Derecho polaco que es filial de una sociedad francesa, siempre que se demuestre que el centro de intereses principales de la sociedad polaca estaba en Francia. En efecto, se demostró que aunque la filial polaca sí desarrollaba "actividades" en Polonia, era totalmente dependiente de la sociedad matriz francesa en los aspectos técnico y financiero, de modo que estaba enteramente sometida a sus orientaciones técnicas y comerciales, así como a su política industrial, comercial y financiera, hasta el punto de que los únicos ámbitos en los que gozaba de cierta autonomía dicha sociedad polaca eran los relativos a la gestión administrativa, contable y aprovisionamientos. En este caso, la sociedad deudora no era, de ninguna manera, una sociedad fantasma, pues se admite por el juzgador que la misma desplegaba actividades en Polonia. Ello no impidió al tribunal francés declararse competente al estimar que el centro principal de actividades de la sociedad en concurso se localizaba en Francia. La presunción fue descartada de manera inmesericorde.

⁸¹ Texto en *JDI Clunet*, 2004-I, pp. 143-161 y nota de A. JACQUEMONT y también en *RCDIP*, 2003-IV, pp. 655-668 y nota de G. KHAIRALLAH.

⁸² Texto en [www.eir-database.com/result_display.asp?judeid=JO126].

En quinto lugar, puede también recordarse la Sent. *High Court of Justice, Chancery Division* 15 julio 2005, en la que se trataba de un procedimiento de insolvencia abierto en Estados Unidos contra una sociedad norteamericana que se integra en un grupo corporativo compuesto también por diversas sociedades europeas. El tribunal constata que la sociedad norteamericana se dirigía desde el Reino Unido y se declara competente para emitir una *Administration Order*. No consta que la sociedad incurso en el procedimiento de insolvencia no desplegara actividades en los EE.UU.

F) La importancia de la correcta precisión del centro de intereses principales de la sociedad fantasma en el Derecho concursal europeo

67. Resulta extraordinariamente relevante llevar a cabo una precisión correcta del lugar donde radica el centro de intereses principales de la sociedad fantasma como sociedad deudora. En efecto, este "centro" es el que va a determinar la competencia internacional y universal en el caso de concurso de la sociedad fantasma. Se trata éste de un foro razonable. Comporta una "localización previsible" del litigio en el "entorno natural" del operador económico en crisis. Por ello, el criterio hace competente a unos tribunales "próximos al litigio concursal" y no es, en absoluto, un criterio de competencia judicial internacional exorbitante⁸³.

68. La competencia internacional del tribunal designado por el art. 3.1 R. 1346/2000 abarca las cuestiones relacionadas con el "corazón de la declaración de insolvencia". en concreto se trata de las que siguen.

1º) El Reglamento es aplicable a: (a) Apertura del procedimiento de insolvencia; (b) Desarrollo del mismo; (c) Terminación del procedimiento de insolvencia.

2º) Además de las cuestiones nucleares de toda insolvencia, antes mencionadas, el Reglamento 1346/2000 es aplicable, también, para determinar la competencia judicial internacional en relación a los litigios que nacen de "acciones directamente derivadas del procedimiento de insolvencia". Es el caso de la acción basada en la presunción muciana, las acciones dirigidas a la recuperación de bienes para la masa activa, acciones de reintegración de la masa (Auto JMERC Madrid núm. 8 de 18 octubre 2012 [concurso y prenda de acciones de empresa luxemburguesa]), acciones para impugnar la validez de actos perjudiciales para la masa activa, las acciones revocatorias, litigios entre el administrador del concurso y el deudor sobre la inclusión / exclusión de bien de la masa activa, todos los litigios relativos a la administración concursal y la responsabilidad de los administradores concursales, litigios sobre la responsabilidad personal de los directivos de la sociedad entrada en concurso que puedan ser iniciados por la masa pasiva, etc. (AAP León 1 abril 2005). El TJUE ha estimado, con buen criterio, que estas acciones, y en concreto, la acción revocatoria, deben estar cubiertas por el Reglamento 1346/2000 (STJUE 12 febrero 2009, as. C 339/07, *Seagon*, FD 22-23, STJUE 19 abril 2012, as. C 213/10, *F-Tex*). También están incluidos los litigios que versan sobre la anulación de una transmisión de participaciones sociales

⁸³ C. DORDI, "La convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza", *RDIPP*, 1997, pp. 333-366; ID., "La convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali", *DCI*, 1993, vol.VII, pp. 617-650.

realizada en el marco de un procedimiento de insolvencia, debido a que el administrador concursal transmitente no estaba facultado para realizar actos de disposición sobre activos situados en dicho Estado miembro (STJUE 2 julio 2009, as. C-111/08, *SCT Industri*, FJ 13 y 28: un tribunal austriaco dictó una resolución por la que declaró que el administrador concursal nombrado en Suecia no estaba facultado para vender participaciones de una sociedad austriaca y que, por tanto, la adquisición de tales activos sociales por parte de otra sociedad era nula, de modo que resolución está excluida del Reglamento 44/2001 y cubierta por el Reglamento 1346/2000). Las razones de esta solución son claras: (a) Estas acciones son "consecuencia directa del procedimiento de insolvencia". Sin tal procedimiento de insolvencia, tales acciones carecen de sentido y no se habrían ejercitado jamás. Es voluntad del legislador que dichas acciones queden cubiertas por el ámbito objetivo del Reglamento 1346/2000 (Cons. 6 R.1346/2000); (b) Ello produce un efecto de "*concentración de todas las acciones directamente asociadas a la insolvencia de una empresa ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro competente para abrir el procedimiento de insolvencia*", lo que potencia la eficacia y la rapidez de los procedimientos transfronterizos de insolvencia, que constituye un objetivo contemplado en los Cons. 2 y 8 R.1346/2000; (c) Esta interpretación elimina los incentivos que las partes pudieran tener para situar los bienes o los litigios en otros Estados miembros. Se cancela cualquier posibilidad de *Forum Shopping* y se evita que existan diversas autoridades de distintos Estados miembros con competencia internacional para decidir cuestiones relativas al mismo procedimiento de insolvencia.

69. La competencia internacional *ex art. 3 R. 1346/2000* no comprende "actuaciones particulares". Ello significa que el Reglamento 1346/2000 rechaza, en efecto, la existencia de una *Vis Attractiva Concursus*⁸⁴. Como ha indicado la STJUE 10 septiembre 2009, as. C 292/08, *German Graphics*, FD 25, "*el ámbito de aplicación de este último Reglamento [1346/2000] no debe ser objeto de interpretación amplia*". Ello comporta diversas consecuencias.

1º) Las acciones particulares que puede ejercitar el síndico contra terceros y basadas en el Derecho Privado Común y no en el Derecho Concursal no se ven atraídas por la competencia del juez que conoce del procedimiento de insolvencia transfronterizo. Tampoco se ven atraídos los litigios que derivan de acciones particulares que puede ejercitar un tercero contra el deudor insolvente que no están fundadas en el Derecho concursal. El Reglamento 1346/2000 no se aplica a tales cuestiones. Dicho Reglamento pudo haber adoptado la teoría de la *Vis Attractiva Concursus*, como hizo el proyecto de Convenio comunitario de 1982 (art. 15), pero no lo hizo. El Reglamento no contiene ninguna regla al respecto por lo que se refiere a la competencia judicial internacional. Así, diversos litigios "conectados con una insolvencia" no nacen, sin embargo, de "acciones directamente derivadas del procedimiento de insolvencia".

(a) Es el caso del litigio derivado de la acción que ejercita el titular de una reserva de dominio para lograr la restitución de los bienes objeto de tal reserva de propiedad por

⁸⁴ Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 77.

parte de un deudor declarado o en curso de un procedimiento de insolvencia y para aclarar la cuestión de la propiedad de tales bienes, es "*independiente de la apertura de un procedimiento de insolvencia*". Dicha acción pretende únicamente garantizar la aplicación de la cláusula de reserva de dominio. Se trata de una acción autónoma, que no se fundamenta en el Derecho concursal y que no requiere ni la apertura de un procedimiento de este tipo ni la intervención de un síndico (STJUE 10 septiembre 2009, as. C 292/08, *German Graphics vs. Alice van der Schee*, FD 31-32; Sent. Corte Cass Italia 14 abril 2008 [insolvencia de naviera y acción de impugnación de la cesión de una garantía]).

(b) El litigio sobre la revocación por fraude de acreedores en virtud de la acción pauliana que ejercita un tercero al que el síndico de una insolvencia le ha transmitido dicha acción pauliana para beneficiar, así, a la masa activa de la insolvencia. Ese tercero actúa en interés propio y para aumentar su patrimonio, no para beneficiar a la masa activa de la insolvencia (STJUE 19 abril 2012, as. C 213/10, *F-Tex SIA*, FD 44 y 49).

(c) Un litigio sobre pago de lo indebido por sobrepago realizado antes de la declaración de insolvencia, es un litigio consecuencia de acciones de Derecho común y no concursal (Sent. Corte Cass. Italia 27 marzo 2009 [devolución de pago indebido por sociedad alemana en favor de sociedad italiana e insolvencia de ésta]).

(d) Un litigio derivado de acción de responsabilidad de los administradores de la sociedad y del ejercicio de una demanda por infracapitalización de la sociedad es un litigio que no deriva directamente de la insolvencia: está excluido del Reglamento 1346/2000 (Sent. Amtsgericht Bad Segeberg 24 marzo 2005 [sociedad constituida con arreglo al Derecho inglés con actividad en Alemania]).

(e) Litigios relativos a: (I) La validez, nulidad, existencia de un crédito por motivos de Derecho común; (II) Cobro de deudas en favor del deudor; (III) Recuperación de la posesión de un bien en manos del deudor; (IV) Otras acciones que puede ejercitar el deudor insolvente y que podría haber ejercitado incluso si no se hubiera abierto un procedimiento concursal contra él⁸⁵.

2º) En relación con estas cuestiones excluidas del Reglamento 1346/2000, deberá analizarse el litigio de modo que si versa sobre una materia civil o mercantil incluida en el Reglamento 44/2001, este Reglamento será aplicable para decidir en torno a la competencia de los tribunales de los Estados miembros (STJUE 10 septiembre 2009, as. C 292/08, *German Graphics vs. Alice van der Schee*, FD 31-32; STJUE 19 abril 2012, as. C 213/10, *F-Tex SIA*, FD 49; Sent. Corte Cass. Italia 27 marzo 2009 [devolución de pago indebido por sociedad alemana en favor de sociedad italiana e insolvencia de ésta]).

70. Puede suceder que ningún tribunal de ningún Estado miembro estime que el "centro de intereses principales del deudor" se halla en su territorio (*negative*

⁸⁵ M. VIRGOS SORIANO / F.J. GARCIMARTIN ALFEREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 40-42.

Kompetenzkonflikt). El resultado es claro. No hay posibilidad de abrir un procedimiento de insolvencia principal en ningún Estado miembro. En estos casos, debe arrancarse de una regla general. Se trata de una "insolvencia no europea". En efecto, si el "centro de intereses principales del deudor" se localiza en el territorio de un Estado no miembro, el Reglamento 1346/2000 no es aplicable. De ese modo, los tribunales de cualquier Estado miembro a los que se acuda para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia se declararán de oficio incompetentes, pues carecen de competencia internacional al efecto. Ello no supone "denegación de Justicia". El supuesto, simplemente, no está "suficientemente conectado" con la UE, razón por la que ningún tribunal de ningún Estado miembro debe conocer del asunto con arreglo al Reglamento 1346/2000. Así, por ejemplo, si una sucursal española de una empresa cuyo "centro de intereses principales" (sede de dirección) se encuentra en Delaware (USA), entra en crisis financiera, el Reglamento 1346/2000 no permite declararse competentes para abrir un procedimiento de insolvencia principal a ningún tribunal de ningún Estado miembro. Serán las normas españolas de DIPr. contenidas en la LCon. 22/2003, las que indicarán si es posible abrir, respecto de la sucursal en situación de crisis financiera, un procedimiento de insolvencia territorial. Pero el Reglamento 1346/2000 no será nunca aplicable en un caso como el señalado.

71. El art. 3.4.a R. 1346/2000 acoge un auténtico "foro de necesidad". Este precepto permite abrir un procedimiento de insolvencia territorial "independiente" cuando *"no puede obtenerse la apertura de un procedimiento principal de insolvencia a tenor de las condiciones establecidas por la Ley del Estado miembro en cuyo territorio esté situado el centro de intereses principales del deudor"*. Pero el precepto no contempla, en realidad, el caso aquí objeto de examen, sino un supuesto distinto y sólo vagamente similar. En efecto, el art. 3.4.a R.1346/2000 sólo regula expresamente el caso de que sea imposible abrir el procedimiento principal de insolvencia de un deudor cuyo centro de intereses principales se halla en un Estado miembro debido a que la apertura de dicha insolvencia no es posible con arreglo a la *Lex Fori Concursus*. Sin embargo, el precepto no se ocupa del caso en que sea imposible abrir un "procedimiento principal de insolvencia" en ningún Estado miembro, debido a que el "centro de intereses principales del deudor" no se localiza en ningún Estado miembro. Su aplicación por analogía al supuesto de deudor sin centro de intereses principales en la UE no procede. Y ello por una sencilla razón: porque el Reglamento 1346/2000 no sería aplicable al supuesto, ya que el Reglamento 1346/2000 sólo se aplica si el tantas veces mencionado "centro de intereses principales del deudor" se localiza en el territorio de un Estado miembro. El resultado es claro. Si el "centro de intereses principales del deudor" no se puede concretar en ningún Estado miembro, los tribunales de cualquier Estado miembro a los que se acuda para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia se declararán de oficio incompetentes (= falta de competencia internacional). No es relevante que el deudor insolvente opere "comercialmente" o "profesionalmente", de manera total, preponderante o incluso exclusiva, en la UE. Lo que importa es el país desde donde se dirige la unidad económica del deudor. Serán las normas españolas de DIPr. contenidas en la LCon, las que indicarán si es posible abrir, respecto de empresas en situación de crisis financiera cuyo centro de intereses principales no radica en ningún Estado miembro, un procedimiento de insolvencia "territorial" en España. Pero el Reglamento 1346/2000 no será nunca aplicable en un caso como el señalado.

G) Comentario crítico. Modelo europeo, francés y alemán de insolvencia internacional frente a la sociedad fantasma

72. Cuando unos tribunales o autoridades de un Estado miembro estiman que el "centro de intereses principales del deudor" se halla en el territorio de dicho Estado miembro, y, en consecuencia, se declaran competentes para conocer del procedimiento de insolvencia, la decisión que puedan dictar debe ser reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros, salvo intervención del orden público internacional. Si ello es así, como hace notar M. WÜRDINGER, las autoridades del Estado miembro donde la insolvencia de una sociedad fantasma ha sido reconocida, no son competentes para adoptar medidas sobre el patrimonio de dicha sociedad fantasma insolvente⁸⁶. Puede afirmarse, pues, que el hecho de que un Estado miembro B considere que el deudor tenía su centro de intereses principales en dicho Estado miembro B y no en el Estado miembro A cuyas autoridades dictaron la decisión relativa a la insolvencia, no podrá impedir que dicha decisión judicial sea reconocida y ejecutada en el Estado miembro B.

73. El art. 3.1. R.1346/2000, al acoger la noción alemana de "centro de intereses principales del deudor", ha dejado a los jueces franceses un tanto perplejos. Éstos se ven obligados a renunciar al criterio que para el DIPr. francés, ha sido la "clave de bóveda" del DIPr. concursal galo durante más de un siglo. En efecto, los jueces franceses ya no pueden utilizar, de manera axiomática y con total rigidez, el criterio del "domicilio social en Francia" del deudor insolvente (= *siège social statutaire*) más que cuando la "sede social" o "estatutaria" coincide con el "centro de administración / dirección real" de la empresa, lo cual no siempre sucede. Francia perdió la batalla legal a la hora de la redacción del art. 3 R.1346/2000, y ello obliga a los jueces franceses a cambiar de dirección en la solución de las insolvencias internacionales. Obliga a los jueces franceses a abandonar el "modelo francés", olvidado por el Reglamento 1346/2000, y a acoger el "modelo europeo" que sigue dicho texto legal, modelo que, en realidad, es el alemán (STJUE 15 diciembre 2011, as. C-191/10, *Rastelli Davide*, FD 32) y no el criterio francés (= sede estatutaria de la sociedad deudora). En suma, los tribunales franceses tienden a realizar una lectura de la "presunción" en clave de "presunción fuerte" cuando la sede social = sede estatutaria de la empresa, radica en Francia. Con ello favorecen la competencia de los jueces franceses en materia de insolvencia internacional de las sociedades con "sede social" en Francia.

En efecto, con el art. 3.1 R. 1346/2000 y el foro retenido para concretar la competencia judicial internacional, el Reglamento 1346/2000 rechaza otros "posibles foros de competencia judicial internacional" que se han manejado tradicionalmente en el Derecho concursal internacional. Así, se rechazan criterios como la "existencia de bienes del deudor en un Estado", la conclusión de un contrato en un Estado o sometido a la Ley de un concreto Estado, la nacionalidad de una de las partes, el "ejercicio de actividades comerciales" en un Estado concreto, la fabricación de bienes en un Estado, y otros criterios aún más amplios o "liberales", como los retenidos tradicionalmente en el

⁸⁶ M. WÜRDINGER, "Die Anerkennung ausländischer Entscheidungen im europäischen Insolvenzrecht", *IPRax*, 2011-VI, pp. 562-565.

Derecho inglés y galés, que otorgan competencia concursal a los tribunales ingleses y galeses en el caso de que una persona tenga su residencia o haya tenido su residencia en Inglaterra o Gales durante tres años o haya llevado a cabo "*business in England and Wales*".

Como antes se ha señalado, la presunción en favor de la "sede estatutaria" de la persona jurídica es una mera y simple concesión al sistema francés de DIPr. concursal. En efecto, en el tradicional DIPr. francés, el foro retenido para declarar la insolvencia era la "sede estatutaria de la persona jurídica" (*siège social statutaire*), según recuerda D. BUREAU⁸⁷. De ese modo, el sistema acogido por el Reglamento 1346 es el tradicional "sistema alemán", pero se concreta mediante una serie de presunciones jurídicas (*Praesumptiones iuris*) tomadas del tradicional Derecho concursal francés. El Derecho concursal de la UE sigue el "sistema alemán" pero se precisa y se afina con arreglo a "pautas francesas". Alemania ha impuesto su sistema concursal internacional a Europa. Francia sólo ha conseguido que Europa siga sus criterios pero no como "sistema general", sino como meras "precisiones instrumentales" del sistema alemán/europeo, y en forma de "presunciones jurídicas". Ahora bien, y aquí llega el matiz relevante, el TJUE ha interpretado la presunción en cuestión como una presunción "fuerte" con la intención no confesada de reforzar la "visión francesa" del "sistema alemán-europeo". En efecto, en la inmensa mayoría de los supuestos, indica el TJUE, la presunción es operativa, de modo que la insolvencia debe solicitarse ante los tribunales del Estado miembro donde la sociedad tiene, formalmente, su sede social. Sólo en casos muy puntuales, extremos y excepcionales, será posible descartar tal presunción. Para el TJUE, como se ha afirmado *supra*, la presunción francesa sólo debe poder ceder en el caso de la sociedad fantasma. La sociedad fantasma se convierte, así en la "clave de comprensión" del sistema concursal europeo recogido en el Reglamento 1346/2000. La sociedad fantasma constituye un "caso extremo" que permite comprender todo el modelo. Es cierto que el Reglamento citado acogió el sistema alemán como modelo central y que al sistema francés se le concedió, tan solo, el papel de una "presunción legal". Sin embargo, el TJUE acude al rescate de Francia. En efecto, al reducir el TJUE las posibilidades de descarte de la presunción, exclusivamente, al caso de la sociedad fantasma, el TJUE ha reforzado de manera decisiva la operatividad práctica de la presunción, esto es, la "visión francesa del concurso internacional". El modelo europeo es el modelo alemán pero la aplicación del mismo sigue el modelo francés. En la práctica, la presunción fuerte permite afirmar que esta "presunción fuerte francesa" prevalece sobre el "criterio regulativo alemán", que ha quedado confinado a un supuesto extremo y residual, el llamado "caso de la sociedad fantasma" (STJUE 2 mayo 2006, as. C-341/04, *Eurofood*, FD 34-35 y 37).

⁸⁷ D. BUREAU, "La fin d'un îlot de résistance, Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité", *RCDIP*, 2002, pp. 613-679.

IV. REFLEXIONES FINALES

74. Las sociedades fantasma, una alquimia jurídica plenamente operativa en el siglo XXI, constituyen una realidad en el escenario líquido actual de la economía mundial. La libertad de establecimiento de personas jurídicas es el eje maestro sobre el que pivotan estas sociedades fantasma. Sociedades empleadas para potenciar la deslocalización, la externalización, y la instrumentalización de servicios en la economía planetaria. Las sociedades fantasma no son, en sí mismas, una ilegalidad para el Derecho internacional privado europeo. Son producto de la libertad de creación y de circulación de las empresas en el contexto económico mundial. Ahora bien, estas sociedades fantasma pueden ser empleadas como elementos que alteran la lealtad de las operaciones en el mercado europeo. Desde ese punto de vista, el DIPr. europeo dispone de mecanismos para impedir que la libertad de establecimiento propia del Derecho de la UE sea utilizada para crear entes jurídicos vacíos con los que eludir las responsabilidades patrimoniales, especialmente en el ámbito de la insolvencia.

75. Resulta necesario, no obstante, destacar que la reacción del Derecho internacional privado europeo contra los efectos periféricos perversos de las sociedades fantasma es, en el momento actual, todavía incompleta e imperfecta. Los límites nacionales al Derecho de la UE operan como lastres en la regulación del mercado europeo cuando aparecen las sociedades fantasma. Así, como ha destacado H. J. SONNENBERGER, la excepción de orden público internacional, que sigue siendo una excepción de carácter y sentido "nacional" se muestra obsoleta y sería por ello deseable que fuera sustituida por una excepción de orden público internacional "europeo", común a todos los Estados miembros⁸⁸. De igual modo, la carencia en el DIPr. de la UE de reglas uniformes sobre prueba del Derecho extranjero aplicable a las sociedades perjudica la aplicación equilibrada y eficaz del mismo DIPr. europeo. Por ello, la creación, necesaria para un buen funcionamiento del mercado europeo, de un *set* de normas de conflicto que señalen la Ley aplicable a las sociedades de capital es también, como han demostrado J.P. SCHMIDT y B. LAUKEMANN, una imprescindible medida insuficiente⁸⁹. Por otra parte, según expone S. DI SANO, ante la sofisticación económica que representan las sociedades fantasma en la economía mundial, es precisa también una sofisticación de los conceptos clave de los Reglamentos europeos de DIPr. para dotar a dicha normativa de la estabilidad, fiabilidad y seguridad jurídica que precisa el Derecho internacional privado europeo que regula las sociedades y la insolvencia⁹⁰.

76. En consecuencia, son cuatro las decisiones de política jurídica que podrían tomarse para lograr una adecuada articulación de las sociedades fantasma con un leal

⁸⁸ H. J. SONNENBERGER, "Grenzen der -Verweisung durch europäisches -internationales Privatrecht", *IPRax*, 2011-IV, pp. 529-534.

⁸⁹ J.P. SCHMIDT, "Übergreifende Begrifflichkeiten im europäischen Zivilverfahrens- und Kollisionsrecht - Grund und Grenzen der rechtsaktsübergreifenden Auslegung, dargestellt am Beispiel vertraglicher und außervertraglicher Schuldverhältnisse", *RabelsZ*, 2013-I, pp. 1-30; B. LAUKEMANN, "Der ordre public im europäischen Insolvenzverfahren", *IPRax*, 2012, pp. 207-215.

⁹⁰ S. DI SANO, "The third road to deal with the insolvency of multinational enterprise groups", *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 26, issue 1, 2011, pp. 15-23.

comportamiento en el mercado europeo: (i) la construcción de un conjunto europeo de normas de conflicto relativas a las sociedades de capital, (ii) la disminución o eliminación de los factores nacionales en la aplicación de las normas de conflicto del DIPr. de la UE, como el orden público "nacional" y la prueba del Derecho extranjero según las reglas de cada Estado miembro; (iii) la clarificación y objetivación del concepto de "centro de los intereses principales del deudor" en el Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia; y (iv) la defensa de la auténtica libertad de establecimiento de personas jurídicas en la UE mediante una competencia real de los distintos tipos societarios de los Estados miembros. Sólo así se podrá alcanzar el *juste milieu* que requiere el mercado europeo como escenario jurídico adecuado para el progreso económico de la sociedad.