CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentadas el 6 de septiembre de 2005 [1]

I. Introducción

1. El tratamiento jurídico actual del infortunio que representa el endeudamiento excesivo, sobre todo de los particulares, ejerzan o no una actividad profesional o mercantil, queda muy lejos del patetismo con el que Honoré de Balzac describió magistralmente el sufrimiento de César Birotteau al verse en la tesitura de hacer frente a sus acreedores; [2] despojado de su honor, de sus derechos y del escaso patrimonio que le dejó su notario Roguin, este personaje novelesco logra resarcirse con tesón, liquidando una a una sus deudas, práctica poco habitual ya en aquella época.

2. No parece digno considerar la exquisita honradez de Monsieur Birotteau como un ejemplo de la «bêtise de la vertu», según escribió su creador en el primer borrador de la obra en 1833, pues, aun constituyendo un riesgo de todo acreedor, razones de tipo económico (seguridad del tráfico mercantil) y jurídico *(pacta sunt servanda)* aconsejan promover un marco normativo que garantice la recuperación de los créditos, también en el ámbito europeo.

3. La cuestión prejudicial del Bundesgerichtshof se inscribe precisamente en este contexto comunitario. El alto órgano jurisdiccional alemán pide que el Tribunal de Justicia determine la medida en la que incide en la competencia judicial un hecho, el traslado del centro de intereses principales de un deudor a otro Estado miembro distinto de aquel en el que se había presentado la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia. En concreto, quiere saber si el juez que conoce de tal solicitud mantiene su jurisdicción para decidir sobre la apertura.

4. Sin embargo, al haber acaecido los hechos del procedimiento principal con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento (CE)

1 — Lengua original: español.

2 — Balzac, H. de, «Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau, marchand parfumeur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris, chevalier de la légion d'honneur, etc.», publicado por primera vez en 1838; edición en libro de bolsillo bajo el título «César Birotteau», ed. Garnier Flammarion, París, 1995, en particular, el capítulo XVI, pp. 353 y ss.

nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, [3] que se ocupa de la competencia judicial en materia de quiebra y suspensión de pagos, ha suscitado cierta controversia la aplicabilidad de este acto normativo, extremo que también hay que analizar.

II. El marco jurídico

5. Es la primera vez que el Tribunal de Justicia ha de resolver una cuestión prejudicial relativa a la interpretación del citado Reglamento, por lo que, con carácter previo, conviene exponer sus rasgos fundamentales para facilitar la comprensión de la respuesta. A una somera reseña histórica se añade un resumen de su contenido, prestando una atención especial a los principales objetivos que persigue.

A. *Evolución histórica*

6. El periplo de la regulación de los procedimientos de insolvencia en el derecho comunitario denota tintes «kafkianos», no por su dilatación en el tiempo, sino por la mutación experimentada por el proyecto de convenio, que ha ejercido una influencia esencial en su desarrollo, como en el caso de la transformación de Gregor Samsa. [4]

7. La idea de ordenar los procedimientos de insolvencia en la Comunidad encuentra su origen en el artículo 220 del Tratado CE (actualmente artículo 293 CE), que emplaza a los Estados miembros a entablar, en tanto lo estimen necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales, entre otros, la simplificación de las formalidades a que se someten el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.

8. Fruto de esta disposición fue, en primer lugar, el conocido Convenio de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [5] (en lo sucesivo, «Convenio de Bruselas»).

3 — DO L 160, p. 1.

4 — En «La metamorfosis» de Franz Kafka (doctor en derecho por la Universidad de Praga), libro escrito en 1912 y publicado en 1916, el destino final del héroe es, no obstante, trágico, pues, transformado en escarabajo, perece en la más absoluta soledad, tras haber decidido dejar de alimentarse; Kafka, F., «Die Verwandlung», edición de Marjorie L. Hoover, ed. W.W. Norton & Company, Inc, Nueva York, 1960, pp. 57 y ss.

5 — DO 1972, L 299, p. 32 [(texto consolidado en español en DO 1998, C 27, p. 1); modificado sucesivamente por el Convenio de 9 de octubre de 1978, relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 304, p. 1, y –texto modificado– p. 77; texto en español en DO 1989, L 285, p. 41), por el Convenio de 25 de octubre de 1982, relativo a la adhesión de la República Helénica (DO L 388, p. 1; texto en español en DO 1989, L 285, p. 54), por el Convenio de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa (DO L 285, p. 1), y por el Convenio de 29 de noviembre de 1996, relativo a la adhesión de la República de Austria, de la República de Finlandia y del Reino de Suecia (DO 1997, C 15, p. 1)]. Esta normativa aparece recogida hoy en el Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 2001, L 12, p. 1).

9. Sin embargo, el artículo 1, punto 2, de dicho Convenio excluye de su ámbito «la quiebra, los acuerdos entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos», por lo que estas disciplinas quedaron a merced de un futuro acuerdo entre los Estados miembros. A pesar de todo, un comité de expertos redactó dos proyectos entre 1963 y 1980; para el segundo, basado en los principios de unidad y de universalidad, [6] se encargó un dictamen a un grupo del Consejo de la Comunidad, suspendiéndose empero los trabajos en 1985 por falta de consenso. [7]

10. Cabe señalar que, incluso antes de aspirar a una normativa común, los Estados miembros ya habían auspiciado el proceso de reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones en materia de quiebras mediante tratados bilaterales, cuya enumeración recoge el artículo 44, apartado 1, del Reglamento nº 1346/2000. Según este artículo, ese acto normativo sustituye a dichos convenios.

11. También fuera del ámbito comunitario, singularmente en el Consejo de Europa, surgieron iniciativas que culminaron en el *Convenio europeo sobre determinados aspectos internacionales de la quiebra,* abierto a la firma en Estambul en 1990 (en lo sucesivo, «Convenio de Estambul»). No obstante, con la entrada en vigor del Reglamento nº 1346/2000, su ratificación parece dudosa. La principal aportación del Convenio de Estambul estriba en la introducción de mayor flexibilidad en la utilización de los principios anteriormente mencionados. [8]

12. Su impronta se dejó sentir en la evolución posterior del proceso de elaboración del mencionado Reglamento, pues, en aras de salvar la complejidad del proyecto de Convenio de 1985, un grupo *ad hoc* de expertos nacionales finalizó el texto del *Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia,* hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, con un enfoque menos rígido y soluciones más sencillas. [9]

13. A diferencia de su predecesor comunitario inmediato, este último Convenio articulaba el sistema en torno al principio de universalidad, limitado por la posibilidad de abrir uno o más procedimientos secundarios en otros países, pero con alcance restringido a sus respectivos territorios. [10]

14. Al no haber concitado la adhesión de los quince Estados miembros, fracasó sin remedio, pero propició el que, cual crisálida, el

6 — Por *«principio de unidad»* se entiende la existencia de un único procedimiento para todo el territorio de la Comunidad, mientras que el *«principio de universalidad»* alude a la extensión del procedimiento a todos los activos del deudor, dondequiera que se encuentren situados.

7 — Informe Virgós/Schmit sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia (en lo sucesivo, «Informe Virgós/Schmit»), en Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J., *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia,* Civitas, Madrid, 2003, punto 3.

8 — Informe Virgós/Schmit, punto 4.

9 — Informe Virgós/Schmit, punto 5.

10 — *Ibidem.*

Convenio sufriera una transfiguración, ya que, sin alterar el contenido, modificó su naturaleza jurídica, perdiendo su vocación de tratado internacional para convertirse en un reglamento en el sentido del artículo 249 CE, párrafo segundo.

15. Alentado por Finlandia y Alemania, el impulso para tal mutación halló su capullo en la prometedora frondosidad de los artículos 61 CE, letra c) (anteriormente artículo 73 I), y 67 CE, apartado 1 (anteriormente artículo 73 O), «comunitarizados» en virtud del Tratado de Ámsterdam, del que constituye, por lo demás, uno de sus principales logros. [11]

16. Libre al fin del destino reptante al que le abocaba su anterior condición de tratado, la nueva esencia le brindó la grácil desenvoltura que proporciona la aplicabilidad inmediata consustancial a sus congéneres.

B. *Bosquejo de su contenido y disposiciones pertinentes*

17. De la exposición de motivos del Reglamento nº 1346/2000 se desprende que el buen funcionamiento del mercado interior requiere tres elementos prioritarios en materia de insolvencia: en primer lugar, un acto comunitario para coordinar las medidas que se adopten respecto del activo del deudor insolvente; [12] en segundo lugar, la efectividad de los procedimientos transfronterizos de insolvencia; [13] y, por último, evitar el llamado «*forum shopping*», es decir, que los interesados se sientan incentivados para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable. [14]

18. El Reglamento no pretende una regulación omnímoda y única de los procedimientos de insolvencia, sino únicamente del derecho aplicable, de la competencia internacional para su apertura y de su reconocimiento en los demás Estados miembros.

19. Se inicia con un capítulo que agrupa varias disposiciones de carácter general, relativas a su ámbito material (artículo 1), a la determinación del tribunal competente (artículo 3) y a la norma que ha de regir en distintos casos particulares (artículos 4 a 15). [15]

11 — Wiedemann, T., «Visa, Asyl, Einwanderung», en Schwarze, J. (Coord.), EU-Kommentar, Baden-Baden, 2000, p. 842.

12 — Tercer considerando del Reglamento nº 1346/2000.

13 — Segundo considerando del Reglamento nº 1346/2000.

14 — Cuarto considerando del Reglamento nº 1346/2000.

15 — Las materias reguladas por estos preceptos incluyen: los derechos reales de terceros (artículo 5); la compensación de créditos (artículo 6); la reserva de dominio (artículo 7); los contratos sobre bienes inmuebles (artículo 8); los sistemas de pago y los mercados financieros (artículo 9); los contratos de trabajo (artículo 10); la impronta sobre los derechos sujetos a inscripción en un registro público (artículo 11); las patentes y las marcas comunitarias (artículo 12); los actos perjudiciales para los intereses de los acreedores (artículo 13); la protección de los terceros adquirentes por hechos posteriores a la apertura de un procedimiento de quiebra (artículo 14); así como sus efectos sobre otros procedimientos en curso (artículo 15).

20. Este mismo capítulo contiene ciertas definiciones, algunas de gran importancia para responder a la remisión prejudicial, especialmente las de las letras e) y f) del artículo 2, a cuyo tenor se entiende por:

«[...]

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

f) "momento de apertura del procedimiento": el momento a partir del cual la decisión de apertura produce efectos, independientemente de que la decisión sea o no definitiva;

[...]».

21. La piedra angular del sistema radica en el artículo 3, apartado 1, primera frase, que atribuye la competencia para empezar el procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor.

22. También adquiere relevancia para la cuestión planteada, así como para la duda sobre la aplicabilidad del Reglamento, el artículo 4, apartados 1 y 2, donde se prevé que el procedimiento y sus consecuencias se rigen por la ley del lugar en el que se incoe.

23. Igual trascendencia revisten las normas del capítulo II sobre su reconocimiento en los demás países. El artículo 16, apartado 1, sienta este principio al disponer que toda resolución iniciando un procedimiento de insolvencia, decretada por el tribunal competente de un Estado miembro, ha de ser aceptada en todos los demás desde el día en que surta efectos en el que se haya acordado su tramitación. Esta sección incorpora algunos preceptos dedicados a los poderes del síndico y una cláusula de salvaguardia que permite negar el beneficio a que se refiere el artículo 16, apartado 1, cuando se comprometa el orden público a raíz de la iniciación del procedimiento. [16]

24. Los capítulos III y IV, [17] de menor trascendencia para esta remisión prejudicial, versan, respectivamente, sobre los procedimientos secundarios incoados en determinadas circunstancias en otros Estados miembros y sobre la información de los acreedores y su derecho a presentar los créditos que consideren oportunos.

16 — Artículo 26 del Reglamento nº 1346/2000.

17 — Artículos 27 a 38 y 39 a 42, respectivamente, del Reglamento nº 1346/2000.

25. El artículo 38 regula las medidas cautelares en estos términos:

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

26. Por último, el capítulo V reúne las disposiciones transitorias y finales. [18] En el contexto de la cuestión suscitada por el Bundesgerichtshof, el artículo 43, primera frase, indica que el Reglamento rige únicamente para las quiebras e instituciones análogas que se inicien después de la fecha de su entrada en vigor, fijada con arreglo al artículo 47, el 31 de mayo de 2002.

III. Los hechos, el litigio principal y la cuestión prejudicial

27. La señora Staubitz-Schreiber explotaba un comercio de aparatos de telecomunicaciones y accesorios como empresaria individual en Wülfrath (Alemania). El 6 de diciembre de 2001 instó un procedimiento de insolvencia sobre su patrimonio ante el Amtsgericht de Wuppertal (Alemania).

28. Pero la inmovilización de activos para constituir la futura masa concursal resultó infructuosa por falta de bienes o derechos suficientes y el tribunal que conocía de la solicitud la denegó en auto de 10 de abril de 2002.

29. La deudora, residente en España desde el 1 de abril de 2002, donde quería vivir y trabajar, lo recurrió para que se anulara y se acordara la apertura del correspondiente procedimiento.

30. Mediante auto de 14 de agosto de 2002, el órgano jurisdiccional de apelación desestimó el recurso, considerando inadmisible la solicitud de inicio, debido a que el traslado de la señora Staubitz-Schreiber había desplazado la competencia para tramitar este procedimiento a España, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento nº 1346/2000.

31. En el recurso de casación interpuesto contra esta última resolución, la recurrente

18 — Artículos 43 a 47 del Reglamento nº 1346/2000.

reclama al Bundesgerichtshof que la anule y devuelva las actuaciones al órgano de segunda instancia para que se pronuncie de nuevo.

32. Al no parecerle evidente la interpretación de tal disposición, el tribunal de casación alemán decidió suspender el recurso y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente pregunta:

«¿Sigue siendo competente para comenzar el procedimiento de insolvencia el tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de su apertura, 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 iniciación del procedimiento o, en ese caso, la competencia se transfiere al tribunal del otro Estado miembro?»

IV. El trámite ante el Tribunal de Justicia

33. Han formulado observaciones escritas, dentro del plazo fijado por el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, la Comisión, así como los Gobiernos alemán y neerlandés.

34. Se obvió la celebración de una vista oral, al no haberla interesado ninguno de los participantes en este proceso prejudicial.

V. Análisis de la cuestión prejudicial

A. *Cuestión preliminar: la aplicabilidad del Reglamento al litigio principal*

35. Tanto la solicitud de incoación del procedimiento de insolvencia, como su denegación a cargo del tribunal correspondiente por la falta de masa concursal suficiente acontecieron previamente a la entrada en vigor del Reglamento, por lo que han surgido dudas acerca de su proyección al proceso de autos. De ahí que no sea ocioso dedicar algunas reflexiones a este extremo.

36. El órgano jurisdiccional remitente no se ha referido directamente a este aspecto, ciñéndose a realizar, en el punto 2 de la resolución remitida, un breve análisis del problema, orientado en un sentido afirmativo.

37. Para el Bundesgerichtshof, la desestimación de la demanda de apertura no equivale al inicio del procedimiento de insolvencia,

por lo que, con arreglo al derecho concursal nacional, no se había dado tal coyuntura antes de adquirir plena vigencia el Reglamento.

38. El Gobierno alemán comparte la valoración llevada a cabo por su alto tribunal. Añade que, con el recurso de apelación de la Señora Staubitz-Schreiber, hubo litispendencia en el asunto hasta fechas posteriores al 31 de mayo de 2002. Como la recurrente no instaba sólo la anulación de la resolución denegatoria de su pretensión, sino también una decisión positiva al respecto, dicho Gobierno entiende que, al continuar viva la solicitud una vez que entró en vigor el Reglamento, el litigio principal ha de resolverse a la luz de este acto normativo comunitario.

39. La Comisión deduce del artículo 43 del Reglamento nº 1346/2000 que su aplicabilidad depende del momento de la apertura del procedimiento, sin precisar de disposiciones transitorias cuando, habiéndose dirigido la solicitud, no hubiera comenzado la tramitación. A su juicio, la ausencia de tales disposiciones confirmaría la tesis del sometimiento sin límites de esos supuestos al citado Reglamento.

40. Por lo que atañe al litigio de autos, la Comisión recuerda que el 31 de mayo de 2002 no se había adoptado ninguna decisión de apertura en Alemania ni en ningún otro Estado miembro, por lo que la solución se ha de buscar en el Reglamento.

41. Según una jurisprudencia reiterada, el procedimiento previsto en el artículo 234 CE constituye un instrumento de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales [19] que exige respetar el reparto de las respectivas competencias. En el marco de esta cooperación, el órgano nacional remitente, el único que posee un conocimiento directo de los hechos del asunto principal y quien asume la responsabilidad de la decisión, está mejor situado para apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de un reenvío prejudicial, como la *pertinencia de las cuestiones* que dirige al Tribunal de Justicia. [20] A su vez, a este Tribunal de Justicia incumbe proporcionarle una respuesta útil, que le permita dirimir el conflicto. [21]

42. Habida cuenta de que el auto de remisión hace referencia al artículo 43, primera frase, del Reglamento nº 1346/2000 y de que la resolución del litigio principal variará en función de su aplicabilidad, hay que analizar este aspecto de la mencionada disposición. [22]

43. Con estas premisas, el artículo 43, primera frase, supedita la aplicabilidad del

19 — Sentencias de 16 de julio de 1992, Lourenço Dias (C-343/90, Rec. p. I-4673), apartado 14; y de 18 de marzo de 2004, Siemens y ARGE Telekom (C-314/01, Rec. p. I-2549), apartado 33, y la jurisprudencia allí citada.

20 — Sentencias Lourenço Dias, antes citada, apartado 15; de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607), apartado 18; Siemens y ARGE Telekom, antes citada, apartado 34; y de 7 de octubre de 2004, Sintesi (C-247/02, Rec. p. I-9215), apartado 22.

21 — Sentencias de 28 de noviembre de 2000, Roquettes Frères (C-88/99, Rec. p. I-10465), apartado 18; y de 20 de mayo de 2003, Ravil (C-469/00, Rec. p. I-5053), apartado 27.

22 — El Tribunal de Justicia ha seguido la misma metodología en la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Burbaud (C-285/01, Rec. p. I-8219), apartado 94.

Reglamento a que el procedimiento se haya entablado después de su entrada en vigor, pues recoge, además, el principio de irretroactividad. [23]

44. Las letras e) y f) del artículo 2 del propio Reglamento distinguen entre la «decisión» de instruir un procedimiento de insolvencia y el «momento de su apertura», recogiendo sendas definiciones, lo que implica que pueden no ser coetáneos.

45. La primera se circunscribe al acto formalmente adoptado en un procedimiento de quiebra, mientras que la letra f) alude al instante en el que la decisión produce efectos, con independencia de que «sea definitiva».

46. Además, a tenor del artículo 4 del Reglamento, dicho procedimiento y sus consecuencias se rigen por la ley del Estado miembro en cuyo territorio se incoe.

47. Es cierto que, como postula el Gobierno alemán, en el caso de autos no ha habido una decisión positiva en ese sentido, por lo que tampoco ha surtido «efectos». Por lo tanto, cabría pensar que el procedimiento no se ha iniciado en la fecha de entrada en vigor del reiterado Reglamento, lo que determinaría su aplicabilidad.

48. Sin embargo, la señora Staubitz-Schreiber no ha recurrido solamente la anulación de la resolución denegatoria controvertida, sino también un pronunciamiento judicial positivo, por lo que el tribunal nacional ha de comprobar si, con arreglo al derecho alemán, se ha dado una apertura en el sentido de la norma de que se trata, precisando si ha acaecido antes o después del 31 de mayo de 2002, a causa de la posible retroactividad.

49. Esta solución se aviene, además, con la letra y con el espíritu del Reglamento nº 1346/2000, que se remite al derecho nacional aplicable. [24]

B. *Sobre la cuestión prejudicial*

50. Según el Gobierno alemán, cuando el artículo 3 del Reglamento nº 1346/2000 atribuye la apertura del procedimiento de insolvencia a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor, únicamente fija los requisitos materiales para

23 — Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 37.

24 — En los artículos 2, letra f), y 4, antes citados, del Reglamento nº 1346/2000.

deslindar la competencia internacional. Como el precepto no aporta indicación alguna sobre el momento en el que se han de reunir esos requisitos ni acerca de las circunstancias que provocan un cambio de tribunal competente, dicho Gobierno estima imprescindible interpretarlo de forma teleológica.

51. Afirma que uno de los objetivos prioritarios del Reglamento [25] radica en evitar el *forum shopping,* para impedir que el deudor escoja el derecho nacional que más le beneficie. Además, la referencia al centro de los intereses principales del insolvente descansa en la presunción de que en ese lugar se halla la mayoría de sus acreedores y en la economía procesal, ya que, si la solicitud de apertura no fuera el momento determinante de la competencia, surgirían problemas de prueba y los consiguientes retrasos. Por otra parte, los acreedores han de conocer con certeza ese centro de intereses, para no quedar a merced de eventuales averiguaciones al respecto.

52. Por último, señala que la universalidad del procedimiento permite que el síndico nombrado por el juez ejerza sus prerrogativas en otros Estados, en los que también posea bienes el deudor, sin abrir otros procedimientos.

25 — El Gobierno alemán alude al considerando 4 de la exposición de motivos del Reglamento nº 1346/2000.

53. El Gobierno neerlandés comparte la opinión del alemán, ratificando que el tribunal ante el que se ha registrado la solicitud de apertura sigue siendo competente para acordarla, incluso cuando el deudor, entretanto, haya trasladado su centro de intereses principales a otro Estado miembro. Alega que la potestad para dictar medidas cautelares del artículo 38 del Reglamento nº 1346/2000 corrobora este parecer, pues en dicha disposición, como en el artículo 3, la competencia se otorga en función de la coyuntura del momento de presentación de la solicitud, pues, de otro modo, el insolvente podría contrarrestar la tutela provisional modificando a su conveniencia el centro de sus intereses principales *(forum shopping).*

54. Sin embargo, matiza su postura aceptando que, en algunos supuestos, por razones prácticas, el sistema del Reglamento autoriza al tribunal que tramita la solicitud para suspenderla o desestimarla, si está convencido de la oportunidad de iniciar el procedimiento en el lugar al que el deudor se haya desplazado.

55. La Comisión se inclina también por mantener, en las circunstancias del litigio principal, la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se ha depositado la solicitud. Aduce que la exégesis gramatical, histórica y teleológica del citado artículo 3 apunta en esa dirección.

56. A su entender, aunque el principio de la *perpetuatio fori* salva los inconvenientes del *forum shopping*, no se debe a que el recurso a este ardid no es sencillo, pues supone una información exhaustiva de las ventajas e inconvenientes de los distintos derechos concursales nacionales y la voluntad de trasladar el centro vital a otro Estado miembro.

57. Da más importancia al argumento de que con el principio antes mencionado se logra la seguridad jurídica necesaria tanto para los acreedores, como para los tribunales. Los primeros podrían calcular, al menos parcialmente, el peligro en caso de insolvencia de su deudor y saber que el derecho aplicable no variará tras la introducción de la solicitud; a los órganos jurisdiccionales se les exime de comprobar continuamente su competencia desde que se registre la solicitud hasta que se acuerde la apertura.

58. Con la remisión prejudicial, el Bundesgerichtshof quiere que se dilucide si el tribunal que ha recibido la solicitud de apertura es competente para declarar la insolvencia cuando, entretanto, el deudor ha trasladado su centro vital a otro Estado miembro.

59. El artículo 3 del Reglamento nº 1346/2000 hace gravitar la competencia sobre el lugar en el que se halle el «centro de los intereses principales del deudor»; cobran, pues, especial relevancia, por un lado, la definición de ese concepto y, por otro, el momento en que se haya de tener en cuenta.

a) El centro de intereses principales del deudor

60. Cabe destacar, de entrada, el carácter de concepto autónomo de derecho comunitario de esta expresión, lo que le confiere un significado uniforme e independiente de los ordenamientos nacionales; [26] se impone, por tanto, una definición única para toda la Comunidad. [27]

61. La segunda frase del propio artículo 3, apartado 1 crea una presunción *iuris tantum* en relación con las sociedades y las personas jurídicas, identificando centro con domicilio social. En el litigio de la señora Staubitz-

26 — Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J., *op. cit.*, p. 45.

27 — Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Temco Europe (C-284/03, Rec. p. I-11235), apartado 16, y la jurisprudencia citada; en relación con el Convenio de Bruselas, más afín a la materia de esta cuestión prejudicial, sentencia de 15 de mayo de 2003, Préservatrice foncière TIARD (C-266/01, Rec. p. I-4867), apartado 20, y la jurisprudencia mencionada; así como sentencia de 20 de marzo de 1997, Farell (C-295/95, Rec. p. I-1683), apartados 12 y 13, y la jurisprudencia allí citada.

Schreiber, no obstante, se trata de una persona física que había actuado en el tráfico mercantil como comerciante, sin la cobertura de una forma societaria.

62. El Reglamento nº 1346/2000 no proporciona pauta alguna para este supuesto. El considerando decimotercero de su exposición de motivos sugiere que la definición debatida alude al sitio en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses, fácil de localizar por terceros. Así, se reputa centro de intereses de quien ejerce una actividad comercial su domicilio *profesional*, y para las restantes personas físicas, su residencia habitual. [28]

63. Nótese, además, que la posibilidad de iniciar procedimientos secundarios en otros Estados miembros en paralelo al principal queda supeditada, a la luz del considerando decimoséptimo del Reglamento, a que el deudor posea un establecimiento, limitándose los efectos de los accesorios, según el artículo 27, a los bienes ubicados en el territorio donde se lleven a cabo.

64. De todo lo anterior se colige la vinculación que ha de existir entre los bienes profesionales del deudor y el lugar del procedimiento, lo que supone la mejor garantía para los acreedores, pues les permite calcular los riesgos jurídicos que asumen en caso de insolvencia. [29] Por esta razón, la doctrina opina que, en el caso de un profesional (empresario o comerciante individual por ejemplo) residente en un Estado miembro que dirige sus actividades desde un centro radicado en otro Estado, se entiende por foro de competencia este último Estado, siempre que el procedimiento concursal derive del ejercicio de la actividad profesional. [30]

65. Además, el concepto de «establecimiento» de la letra h) del artículo 2 del Reglamento [31] excluye la mera presencia de bienes como presupuesto para incoar un procedimiento de quiebra. [32]

66. En el litigio principal, por haber transcurrido escaso tiempo entre la solicitud de apertura y el traslado de la señora Staubitz-Schreiber a España, parece improbable que su patrimonio en este país haya alcanzado volumen suficiente para merecer el rango de «establecimiento» en el sentido anteriormente apuntado.

28 — Informe Virgós/Schmit, punto 75.

29 — *Ibidem*.

30 — Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., «The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide», Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 169.

31 — A tenor de esta disposición, se considera tal «todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes».

32 — Informe Virgós/Schmit, punto 70.

67. Por consiguiente, la solución a la cuestión prejudicial planteada se ha de orientar atribuyendo la averiguación del emplazamiento del centro de intereses efectivo del insolvente al órgano jurisdiccional *a quo* a partir de los datos que posea, sin que proceda abundar en la línea de si puede declararse incompetente o desestimar la solicitud con arreglo a su derecho nacional, como sugiere el Gobierno neerlandés, ya que el tribunal remitente no ha suscitado tales extremos.

b) Momento de determinación del centro de los intereses principales

68. La Comisión pone de relieve que el artículo 3, apartado 1, primera frase, del Reglamento nº 1346/2000 no alude al «momento de apertura del procedimiento» en relación con la determinación del centro de los intereses principales del deudor, cuando esta expresión, cuya definición –recuérdese– aparece en el artículo 2, se configura en repetidas ocasiones como requisito de aplicación. [33] Se trata, al menos, de un indicio de que, para el legislador comunitario, la averiguación del centro de intereses principales no depende de tal circunstancia, si bien tampoco aporta otra alternativa.

69. Hay dos argumentos de peso para aventurar que esa indagación ha de ser contemporánea a la solicitud de apertura. El primero se refiere al objetivo declarado de evitar el *forum shopping;* el segundo, a la facultad del juez que tramita la solicitud para adoptar medidas cautelares.

i) Contra el *forum shopping*

70. No están de más unas breves reflexiones sobre este concepto para centrar el debate, ya que, en general, los juristas atribuyen a esa expresión anglosajona un carácter peyorativo.

71. Si el *forum shopping* significa la búsqueda por el demandante de la competencia judicial internacional que resulte más favorable para sus pretensiones, [34] no cabe duda de que, a falta de la uniformidad jurídica de los distintos sistemas de derecho internacional privado, este fenómeno debería aceptarse como una consecuencia natural, no censurable. [35]

33 — Artículos 5 y 7, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1346/2000.

34 — Checa Martínez, M., «Fundamentos y límites del *forum shopping:* modelos europeo y angloamericano», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* 1998, nº 3, p. 521.

35 — Juenger, F.K., «What's wrong with forum shopping?», *Sidney Law Review,* 1994, pp. 5 y ss., en especial pp. 12 y 13.

72. De esta manera, la controversia se lleva al lugar que más le conviene por motivos de fondo y de procedimiento. Sólo representa una optimización de las posibilidades procesales, fruto de la existencia de foros concurrentes, en la que no hay nada ilícito. [36]

73. No obstante, cuando provoque una desigualdad injustificada entre las partes de un litigio en relación con la defensa de sus intereses respectivos, esta práctica se convierte en reprobable, siendo su erradicación un objetivo normativo legítimo.

74. Así lo ha entendido el legislador comunitario en las quiebras y demás procedimientos análogos, pues en el considerando cuarto antes mencionado confiesa su intención de evitar que los sujetos procesales encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más ventajosa, añadiendo entre paréntesis la expresión «*forum shopping*».

75. Pues bien, este principio básico del Reglamento nº 1346/2000 perdería todo valor si el deudor pudiera trasladar su centro de intereses principales a otro Estado miembro entre la presentación de la solicitud de apertura y la declaración de iniciación de la insolvencia. Tal interpretación no se aviene con el desarrollo eficaz de los procedimientos concursales transfronterizos que pretende alcanzar el Reglamento, según su segundo considerando, pues obligaría a los acreedores a perseguir al insolvente allí donde tuviera a bien establecerse con carácter más o menos definitivo, privándoles así de la necesaria seguridad jurídica.

76. Además, como afirma la Comisión en sus observaciones, este comportamiento implicaría la averiguación de oficio de la competencia del tribunal de cada lugar en que se instale el deudor, [37] lo que resulta incompatible con el principio de una buena administración de la justicia.

77. En cualquier caso, por lo que se refiere al *forum shopping*, los hechos del litigio principal no se inscriben en esta práctica, pues la propia señora Staubitz-Schreiber aboga por la competencia del tribunal ante el que solicitó la apertura de su procedimiento de insolvencia. El móvil de su actuación se explica por una especialidad del derecho concursal alemán conocida como «Rests-

36 — Siehr, K., «Forum shopping im internationalen Rechtsverkehr», *ZfRV*, 1984, pp. 133 y ss.; Schack, H., «Internationales Zivilverfahrensrecht», 2ª ed., Munich, 1996, pp. 86 y 87.

37 — Informe Virgós/Schmit, punto 79.

chuldbefreiung», en cuya virtud el quebrado obtiene la liberación general del resto de las deudas no pagadas con el producto de la liquidación, [38] institución desconocida por otros sistemas nacionales europeos. [39]

ii) La facultad de ordenar medidas cautelares

78. Como se ha señalado previamente, el artículo 38 del Reglamento nº 1346/2000 faculta al síndico provisional para reclamar cualquier medida de conservación o de protección sobre los bienes del deudor situados en otro Estado miembro durante el periodo comprendido entre la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y la resolución que lo inicie. El decimosexto considerando recalca la importancia de este tipo de decisiones para la eficacia del procedimiento de insolvencia.

79. El sentido de esta disposición radica en facilitar las cautelas pertinentes para garantizar la integridad de la masa, antes de que se incoe el procedimiento. [40] La doctrina discute los requisitos de la intervención de dicho síndico en otros países, en particular, si su actuación exige que se reúnan las condiciones para la apertura de un procedimiento secundario, es decir, que el deudor posea un establecimiento en esos otros Estados miembros. [41] Aunque este aspecto tiene relevancia práctica general, no sucede así en el presente caso, por lo que no es menester abundar en su estudio.

80. Conviene destacar, en cambio, el alcance de las potestades que el artículo 38 del citado Reglamento atribuye al administrador interino. Del tenor de este precepto se desprende la gran extensión de la habilitación, ya que puede ordenar «cualquier medida de conservación o de protección».

81. El hecho de que estas actuaciones se lleven a cabo, según el mismo artículo, con arreglo al derecho nacional del Estado miembro donde se deban hacer efectivas, auspicia el reconocimiento, que, de conformidad con el artículo 25, apartado 1, párrafo primero, es casi automático y confirma la voluntad del legislador comunitario de acelerar los procedimientos de insolvencia transfronterizos en el sentido del considerando segundo.

38 — En realidad, más que de una liberación en sentido estricto, se trata de una suspensión de la ejecutabilidad de los créditos no cobrados tras la liquidación, sometida a una condición de buen comportamiento durante un periodo de seis años siguientes a la declaración del beneficio de este instituto jurídico. Pape, G. y Uhlenbruck, W., «Insolvenzrecht», Munich, 2002, pp. 689 y ss.

39 — A su desconocimiento en el derecho español se refiere expresamente Carrasco Perera, A., «¿Por qué quiebran los consumidores?», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XV, nº 669, de 14 de mayo de 2005, p. 3.

40 — Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. y Chalupsky, E., «Europäische Insolvenzverordnung Kommentar», Viena, 2002, p. 558; Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 228.

41 — A favor de esta tesis: Informe Virgós/Schmit, punto 262; y Duursma-Kepplinger, H.-C., Duursma, D. y Chalupsky, E., *op. cit.*, p. 560. En contra: Moss, G., Fletcher, I. e Isaacs, S., *op. cit.*, p. 229, para quienes la facultad del síndico provisional puede ejercerse incluso respecto de meros bienes, sin que constituyan un establecimiento en el sentido del Reglamento nº 1346/2000.

82. Con este trasfondo, si se estimara lícito el traslado del centro de intereses principales del quebrado durante el periodo comprendido entre la solicitud de apertura y el inicio del procedimiento de insolvencia, se socavarían los cimientos de todo el sistema del Reglamento que, en última instancia, y por expresarlo de una forma plástica, conduciría a que acreedores y tribunales no cesaran de perseguir a los deudores insolventes, en un círculo vicioso de solicitudes de apertura de quiebra y de desplazamientos del centro de intereses principales, sin llegar nunca a buen puerto, un destino más acorde con la leyenda del holandés errante que con una aplicación seria del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia.

83. De lo expuesto se deduce que el desplazamiento del centro de intereses principales del deudor insolvente durante el periodo comprendido entre la solicitud de apertura y el inicio del procedimiento de insolvencia, no modifica la competencia del tribunal en el que se depositó dicha solicitud para tramitar la quiebra.

VI. Conclusión

84. En atención a las precedentes reflexiones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial del Bundesgerichthof (Alemania) de la siguiente manera:

«El tribunal del Estado miembro al que se haya dirigido la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia es el competente para acordar dicha apertura, aun 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 iniciación del procedimiento.»