



Roj: **AAP SE 1883/2017 - ECLI:ES:APSE:2017:1883A**

Id Cendoj: **41091370052017200175**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Sevilla**

Sección: **5**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **2195/2017**

Nº de Resolución: **181/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE HERRERA TAGUA**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

ROLLO Nº 2195/17

JUZGADO MERCANTIL NUM. 2 DE SEVILLA

**AUTO** S Nº 1071/16

**ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**DON JOSÉ HERRERA TAGUA**

**DON CONRADO GALLARDO CORREA**

**DON FERNANDO SANZ TALAYERO**

En Sevilla, a veintisiete de junio de dos mil diecisiete.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se aceptan, sustancialmente, los antecedentes de hecho del Auto apelado que con fecha 5 de Diciembre de 2016, dictó el Juzgado Mercantil num. 2 de Sevilla, en los autos de Concurso Necesario nº 1071/16, promovidos por la entidad INVERSIONES EL TOBAZO, S.L. Y OTROS, representados por el Procurador DON RAFAEL OSTOS OSUNA, y por la entidad CYROLOVITA XXI, S.L. Y OTROS, representados por la Procuradora DOÑA GLORIA NAVARRO RODRÍGUEZ, respecto la entidad ABENGOA CONCESSIONS INVESTMENTS LIMITED, cuya parte dispositiva literalmente dice: "*Declaro la falta de competencia internacional de este Juzgado de lo Mercantil para conocer y tramitar el concurso principal de Abengoa Concessions Investments Limited, así como para la adopción de la medida cautelar interesada, por entender competentes para ello a los tribunales del Reino Unido*".

**PRIMERO.** - Notificada a las partes dicha resolución y apelada por las entidades actoras, y admitidos que les fue dichos recursos, se elevaron las actuaciones originales a esta Audiencia con el debido escrito de interposición de la apelación, dándose a la alzada la sustanciación que la Ley previene para los de su clase.

**SEGUNDO.** - Acordada por la Sala la deliberación y fallo de este recurso, la misma tuvo lugar en el día señalado, quedando las actuaciones pendientes de dictar resolución.

**TERCERO.** - En la sustanciación de la alzada se han observado las prescripciones legales.

**VISTOS**, siendo Ponente el lltmo. Sr. Magistrado DON JOSÉ HERRERA TAGUA.-

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** - Por la Procuradora Doña Gloria Navarro Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Inversiones el Tobazo, S.L., y otros, se presentó solicitud de concurso necesario de la entidad Abengoa Concessions Investments LimiteD. Por parte del Juzgado se dictó Auto que inadmitió a trámite la solicitud,



al considerar que era incompetente, por ser competente los Tribunales del Reino Unido. Contra la citada resolución, interpusieron recurso de apelación los promotores, al considerar que el centro de intereses principales de la citada entidad, los tenía en Sevilla.

**SEGUNDO.-** Básicamente la cuestión se centra en determinar el alcance y contenido del artículo tercero del Reglamento 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo, sobre procedimiento de insolvencia, aplicable al supuesto analizado en el presente procedimiento. Dicha norma, en su apartado primero, nos dice que: *"Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar del domicilio social"*. En el apartado segundo establece que: *"Cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de otro Estado miembro sólo serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si éste posee un establecimiento en el territorio de este último Estado. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro"*.

Criterio, que con algunos matices se introdujo en la Ley Concursal, como expresamente se señala en la Exposición de Motivos: *"Los criterios de competencia territorial parten del dato económico-real de la ubicación del centro de los intereses principales del deudor, ya adoptado en reglas internacionales, que se prefiere al del domicilio, de predominante carácter jurídico-formal. No obstante, si el centro de los intereses principales y el domicilio del deudor no coincidieran, se concede al acreedor solicitante del concurso la facultad de elegir cualquiera de ellos a efectos de competencia territorial. En caso de persona jurídica, se presume que ambos lugares coinciden, pero se considera ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud de concurso, para evitar que la competencia se configure con criterios ficticios"*.

En orden a determinar la competencia territorial en el ámbito de nacional, expresamente dispone el artículo 10 que: *"1. La competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél"*.

Es indudable que el criterio esencial, en una y otra legislación, es la determinación de qué se entiende por centro de intereses principales. El artículo 10 nos da una definición, en el sentido de que: *"Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso"*. En este sentido, declara el Auto del Tribunal Supremo de 18 enero 2017 que: *"Con carácter general, centro de los intereses principales del deudor es el criterio adoptado por el art. 10.1 LC para determinar la competencia judicial para conocer de la solicitud de concurso de acreedores. Este criterio fue adoptado por la Ley 22/2003, de 9 de julio, en consonancia con el criterio seguido por el art. 3 Reglamento CE 1346/2000, de insolvencia, a la hora de fijar la competencia internacional para conocer del procedimiento de insolvencia principal. Este criterio ha pasado al nuevo Reglamento UE 848/2015.*

El propio art. 10 LC, tomándolo del preámbulo del Reglamento CE 1346/2000, explicita qué debe entenderse por centro de los intereses principales del deudor: *«Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses»*.

Este criterio se adecua al deudor comerciante, persona física o jurídica, en cuanto que podría distinguirse entre el domicilio y el lugar donde el deudor desarrolla su actividad económica, donde administra sus intereses económicos, y es reconocido por terceros, principalmente por sus acreedores.

El último inciso del párrafo segundo del art. 10.1 LC presume, en el caso de la persona jurídica, *«que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social»*.

Es muy significativo que el nuevo Reglamento de insolvencia de la UE, 848/2015, haya ampliado esta presunción al deudor persona natural, en los párrafos 3 y 4 del art. 3.1:

*«Respecto de los particulares que ejercen una actividad mercantil o profesional independiente, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, su centro principal de actividad. Esta presunción solo será aplicable si el centro principal de actividad de la persona en cuestión no ha sido trasladado a otro Estado miembro en los tres meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia.*

*»Respecto de otros particulares, se presumirá que el centro de sus intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de residencia habitual de dicho particular. Esta presunción solo será aplicable si la residencia*



habitual no ha sido trasladada a otro Estado miembro en los seis meses anteriores a la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia».

A la luz de esta normativa, cabe integrar los arts. 242.1 y 232.3 LC, en relación con el art. 10.1 LC y entender que la competencia territorial para conocer del concurso consecutivo de un deudor persona natural no comerciante que se solicite «por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos o por su incumplimiento», corresponde al juzgado del domicilio del deudor, salvo que se acredite que no coincide con el centro de sus intereses principales, en cuyo caso la competencia corresponderá al juez donde se encuentre ubicado este centro de los intereses principales del deudor».

Para desvirtuar dicha presunción, no es suficiente, como ha venido declarando la jurisprudencia comunitaria el mero hecho de que sus decisiones económicas sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 11 de 2 mayo de 2006, nº C-341/2004 nos dice que: "27. El órgano jurisdiccional remitente desea saber cómo debe ponderarse, por una parte, el hecho de que la filial lleve a cabo la administración de sus intereses de manera habitual, de modo que pueda ser comprobado por terceros y con plena y permanente observancia de su propia identidad social en el Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social y, por otra parte, el hecho de que la sociedad matriz, como consecuencia de su participación en el capital social de la filial y de su facultad para nombrar a los administradores de ésta, pueda controlar la política de la filial.

28. El artículo 3 del Reglamento prevé dos tipos de procedimientos. El procedimiento de insolvencia que, en virtud del apartado 1 de dicho artículo, abre el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor, calificado de "procedimiento principal", produce efectos universales, ya que afecta a los bienes del deudor situados en todos los Estados miembros en los que es aplicable el Reglamento. Con posterioridad, el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro en el que el deudor posea un establecimiento podrá abrir un procedimiento con arreglo al apartado 2 del citado artículo, pero los efectos de dicho procedimiento, calificado de "procedimiento secundario", se limitan a los bienes del deudor que se encuentran en el territorio de este último Estado.

29. El artículo 3, apartado 1, del Reglamento precisa que, en relación con las sociedades, se presumirá que el centro de intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social.

30. De lo anterior se desprende que, en el marco del sistema de determinación de la competencia de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que establece el Reglamento, existe una competencia jurisdiccional propia para cada deudor que constituya una entidad jurídicamente distinta.

31. El concepto de centro de intereses principales fue introducido por el Reglamento. Por tanto, tiene un significado autónomo y debe interpretarse, en consecuencia, de manera uniforme y con independencia de las legislaciones nacionales.

32. El decimotercer considerando del Reglamento aclara el alcance de dicho concepto, al señalar que "el centro principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros".

33. De la citada definición resulta que el centro de intereses principales debe identificarse con arreglo a criterios objetivos que, al mismo tiempo, puedan ser comprobados por terceros. Esta objetividad y esta posibilidad de comprobación por parte de terceros son necesarias para garantizar la seguridad jurídica y la previsibilidad en relación con la determinación del órgano jurisdiccional competente para abrir un procedimiento principal de insolvencia. La seguridad jurídica y la previsibilidad revisten una importancia todavía mayor en la medida en que la determinación de la jurisdicción competente implica, conforme al artículo 4, apartado 1, del Reglamento, la determinación de la ley aplicable.

34. De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad deudora, la presunción iuris tantum que establece el legislador comunitario 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.

35. Este podría ser el caso de una sociedad "fantasma" que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social.

36. En cambio, 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.



37. En estas circunstancias, procede responder a la cuarta cuestión que, cuando el deudor sea una filial cuyo domicilio social se encuentre en un Estado miembro diferente del Estado miembro en el que tiene su domicilio social la sociedad matriz, sólo puede desvirtuarse la presunción enunciada en el artículo 3, apartado 1, segunda frase, del Reglamento, según la cual el centro de intereses principales de dicha filial se encuentra en el Estado miembro en el que tiene su domicilio social, si existen elementos objetivos que puedan ser comprobados por terceros y que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social. Éste podría ser el caso, entre otros, de una sociedad que no ejerza ninguna actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social. En cambio, 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".

**TERCERO.-** Sobre la base de estas consideraciones, los promotores instan la solicitud de concurso de la entidad ACIL en España, pese a admitir que se trata de una sociedad de **nacionalidad** inglesa, porque su centro de intereses principales está en España, más concretamente en Sevilla, sobre la base de una serie de hechos que entienden que tienen naturaleza objetiva, y son adecuados para destruir la presunción de que el centro principal de los intereses coincidan con el domicilio social. Esos hechos son, sustancialmente, la vinculación accionarial con el grupo Abengoa, de modo que son dos sociedades del mencionado grupo quienes ostentan la totalidad de las acciones. Que el citado Grupo empresarial, singularmente su matriz, tiene domicilio en Sevilla, al igual que las dos personas jurídicas que ostenta la totalidad de las acciones que representan el capital social; que sus administradores sociales tienen domicilio en Sevilla: que no tiene trabajadores y que su actividad fundamental ha sido participar en cuatro préstamos para el grupo; y que el citado grupo pretende transmitir el principal activo a una sociedad de Luxemburgo.

Todas estas cuestiones giran en el ámbito de las consideraciones que analiza y valora la Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de mayo de 2.006 , en el sentido de que no son suficientes que las decisiones sean o puedan ser controladas por una sociedad matriz, para destruir la presunción de que el centro principal de sus intereses reside en su domicilio principal.

Qué se entiende por grupo de empresa, el Código de Comercio en su artículo 42 nos dice que: *"Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado".

Es incuestionable que la **nacionalidad** de un grupo empresarial carece de trascendencia jurídica, porque dado que se trata de personas jurídicas individuales e independientes, lo valorable, a estos efectos, será la **nacionalidad** de cada una de las sociedades. Si la **nacionalidad** de una sociedad cabecera o matriz de un grupo, se extendiera a todas las participadas, supondría que nunca podría haber grupos internacionales, y como ya hemos señalado anteriormente, supondría una comunicabilidad en cuestiones jurídicas que no dependen de quienes integren el tejido societario, más concretamente de qué **nacionalidad** son los socios, ni su órgano de administración, sino de cuestiones propia de esa persona distinta y diferente a sus socios. Y todo ello, porque no podemos olvidar que cada persona jurídica tendrá un patrimonio individualizado y consecuentemente una responsabilidad individual, es decir, no existe una personalidad común ni se produce ningún grado de comunicabilidad en las respectivas responsabilidades, sobre la base de nuestra legislación.

Si en nada afecta la **nacionalidad** de los accionistas a la sociedad, qué exista ese control, como vemos, también es intrascendente, porque lo esencial es dónde se ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. Resulta que estamos ante una sociedad que los promotores admiten que es de **nacionalidad** inglesa, incluso, señalan un domicilio en la ciudad de Londres, que cotiza en el mercado de



valores NASDAQ, hecho que se sostiene en la resolución recurrida y no se desvirtúa por los recurrentes, - no podemos olvidar, a estos efectos, que se trata de la segunda bolsa de valores electrónica y automatizada más grande de los Estados Unidos-. Además, su principal actividad es la tenencia de su participación en la entidad Atlantica Yield, que los recurrentes valoran en 846.337.739 dólares, y que admiten que, al igual que aquella entidad, es una sociedad de **nacionalidad** inglesa.

Qué por informaciones periódicas, se sostenga por los recurrentes que va a transmitir sus participaciones en Atlantica Yield a una sociedad radicada en Luxemburgo, aparte de que no es un hecho acreditado, resulta que se trata de una decisión que va afectar a otro país comunitario, pero no a España.

Por todo ello, dado que no se ha desvirtuado dicha presunción, ha de rechazarse la pretensión de los recurrentes en el sentido de que sean los Tribunales Españoles quienes conozca del proceso concursal de la entidad Abengoa Concessions Investments Limited, porque no han aportado una prueba que decididamente pueda calificarse de rotunda, incontrovertida e inequívoca, ni siquiera es admisible sostener que se trataría de un procedimiento secundario al que se refiere el apartado segundo del artículo tercero del Reglamento 1346/00, porque, como los recurrentes admiten, la deudora no tiene establecimiento abierto ni bienes en España.

Es indudable que los hechos que sostienen la pretensión de los recurrentes, son más bien conjeturas, hipótesis y deducciones que no pueden calificarse de inequívocas e incontrovertidas, porque no se han aportado pruebas de las que irrefutable o indudablemente se deduzca que el centro de sus intereses no se encuentre donde está su domicilio social. Dado que no se trata de cuestionar competencia entre Tribunales nacionales, en el que las exigencias podrían ser menores, sino internacionales, se entiende que se ha de ser extremadamente riguroso, máxime cuando se trata de excluir a los Tribunales de un Estado, respecto de los que existe una presunción legal,

**CUARTO.-** Las precedentes consideraciones han de conducir, con desestimación del recurso de apelación, a la confirmación del Auto recurrido, con expresa imposición de las costas de esta alzada a los recurrentes.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por el Procurador DON RAFAEL OSTOS OSUNA, en nombre y representación de la entidad INVERSIONES EL TOBAZO, S.L. Y OTROS, y por la Procuradora DOÑA GLORIA NAVARRO RODRÍGUEZ, en nombre y representación de la entidad CYROLOVITA XXI, S.L. Y OTROS, contra el Auto dictado el día 5 de diciembre 2016, por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Sevilla, en los autos de Concurso Necesario N° 1071/16, de los que dimanen estas actuaciones, lo debemos confirmar y confirmamos íntegramente, con expresa imposición a los apelantes de las costas procesales causadas en esta alzada.

Y en su día, devuélvanse las actuaciones originales con certificación literal de este Auto y despacho para su ejecución y cumplimiento, al Juzgado de procedencia.

Así por este nuestro Auto, del que quedará testimonio en el Rollo de la Sección, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Doy fe.-

DILIGENCIA.- Seguidamente se contrae certificación del anterior Auto en su rollo; doy fé.-