



REVISTA JURÍDICA
AUCTORITAS
PRUDENTIUM
SEGUNDA EDICIÓN, 2012

F A C U L T A D D E D E R E C H O



FACULTAD DE DERECHO
Sede Las Américas, 23 calle 15-45 zona 13
Tel. (502) 2327-1548
email: fder@unis.edu.gt - www.unis.edu.gt

10
AÑOS

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DEL ISTMO

ISSN 2305-9729

EDITORIAL

En el horizonte de lo cotidiano, el Derecho se alza para permitir que el dinamismo existencial del hombre se desarrolle plenamente. Por ello, constantemente se proponen reformas, modificaciones, nuevas normas jurídicas en todo sistema jurídico: el eterno diálogo entre estática y dinámica del Derecho. Para *atemperar* este diálogo se alza también la justicia que marca el rumbo en los actos y hechos jurídicos dentro de la omnicompreensiva vida social.

En este nuevo número de *Auctoritas Prudentium*, hemos querido –gracias a la colaboración de profesores internacionales amigos– incluir temas de especial interés que concreten esa respuesta del Derecho a las incesantes demandas existenciales del hombre en la sociedad: seguridad, ayuda y duración. Tiene además este número un especial valor por coincidir con el décimo aniversario de la Facultad de Derecho. Dos lustros que marcan una etapa inicial de ilusiones y esfuerzos de directivos, profesores y personal administrativo, por forjar este proyecto educativo que busca la formación de juristas que irradian una praxis jurídica que ciertamente refleje la declaración de lo justo en la

inmensidad de posibilidades que la experiencia jurídica ofrece hoy día en un mundo globalizado.

Como antes he mencionado, *Auctoritas Prudentium* reitera su vocación mundial al contar con la colaboración de profesores internacionales amigos, en esta ocasión de España y Perú. Aprovecho para agradecer su inestimable colaboración a todos ellos: profesores José Luis Iriarte, de la Universidad Pública de Navarra en coautoría con Marta Casado de la Universidad de Deusto, los profesores Eugenio Pérez en coautoría con Luis Fernando Estrada de la Universidad Antonio de Nebrija, la profesora María Jesús Ariza de la Universidad Autónoma de Madrid, y profesora Carla Mares de la Universidad de Piura.

Estoy seguro de que al hilo de las ideas de este pequeño preámbulo, la lectura de estos cuatro artículos, despertará el juicio reflexivo interdisciplinar de nuestros queridos lectores.

GUIDO DOMÉNICO RICCI MUADI
DECANO

LA TUTELA CAUTELAR EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE CARÁCTER INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

JOSE LUIS IRIARTE ÁNGEL¹ - MARTA CASADO ABARQUERO²

RESUMEN:

El proceso de globalización en que nos encontramos inmersos ha supuesto, entre otros aspectos, la internacionalización de las estructuras económicas. Consecuentemente, son cada vez más frecuentes los procesos de insolvencia que tienen un carácter transfronterizo por afectar a bienes y derechos del concursado, persona física o jurídica, que se encuentran dispersos en diferentes Estados. En este contexto, el régimen de tutela cautelar cobra especial importancia puesto que el éxito de un procedimiento concursal puede estar íntimamente relacionado con la adopción de unas medidas que aseguren los bienes del concursado desde el momento en que se abre un procedimiento concursal en el extranjero hasta que éste es reconocido en el Estado en cuyo territorio se encuentran los activos del deudor que se pretenden asegurar. De otra forma, el concursado dispondría de un margen temporal suficiente para evadir sus bienes y los acreedores, por su parte, para realizar sus créditos sin respetar el orden de prelación. En este trabajo se analizarán los problemas generales derivados de las medidas cautelares adoptadas en procedimientos de insolvencia transfronterizos, así como el régimen jurídico que le dispensan el Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000 y la Ley Concursal 22/2003.

PALABRAS CLAVES:

Medida cautelar, concurso, procedimiento principal, procedimiento territorial, reconocimiento, ejecución.

ABSTRACT:

Globalisating process has implied, among other aspects, the internationalisation of economic structures. Consequently, each time

more, insolvency proceedings have a transnational dimension, affecting goods and rights of the debtor placed at the territory of different States. In this context, preservation measures become specially relevant because the success of the insolvency proceeding may depend on this kind of measures that ensure assets which form part of the estate since the main proceeding is opened abroad until its recognition in the State where debtor's assets are placed at. Otherwise, the debtor would have time enough to evade his goods and creditors, to dispose of assets without taking into consideration the right of pre-emption. This article deals with general problems of preservation measures adopted in international insolvency proceedings, as well as its legal treatment by Council Regulation (EC) n.º 1346/2000, of 29 may 2000 and Insolvency Law 22/2003.

SUMARIO:

I. Las medidas cautelares en los procedimientos concursales de carácter internacional: Finalidad.- II. Concursos internacionales: modelos normativos. 1. Modelo territorial. 2. Modelo universal.- III. El ordenamiento jurídico español: el modelo de "universalismo mitigado".- IV. Fuentes.- 1. Ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000. 2. Ámbito de aplicación de la Ley Concursal 22/2003.- V. La tutela cautelar en el Reglamento 1346/2000.- 1. La adopción de medidas cautelares. 2. El reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas en otro Estado miembro.- VI.-La tutela cautelar en la Ley 22/2003.- 1. La adopción de medidas cautelares en España. 2. El reconocimiento y ejecución de medidas cautelares adoptadas por el juez concursal extranjero.-

1. Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad Pública de Navarra y profesor visitante de la Universidad del Istmo.
2. Profesora de Comercio Internacional. Universidad de Deusto

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE CARÁCTER INTERNACIONAL: FINALIDAD

Las actuales forma de organización empresarial, diseñadas para adaptarse a un mercado cada vez más globalizado, han supuesto inexorablemente que las insolvencias puedan tener un carácter transfronterizo y que los procedimientos concursales adquieran una dimensión internacional. En estos casos, los esfuerzos de los legisladores han ido orientados a impulsar la cooperación de las diferentes autoridades estatales intervinientes con una doble finalidad: evitar que el deudor oculte o dilapide sus bienes de forma que dificulte la reorganización o, en su caso, la liquidación de sus bienes y negocios; y coordinar unos recursos económicos, por definición escasos e insuficientes, con el propósito de rescatar las empresas que son viables pero atraviesan por dificultades financieras o, si fuera el caso, de liquidar los bienes y negocios del concursado de la forma más ventajosa para los agentes económicos implicados³.

En estos procedimientos de insolvencia transfronterizos, el régimen de tutela cautelar adquiere una gran relevancia hasta el punto de poder condicionar su buen fin. Como es sabido, el éxito de este tipo de procesos está íntimamente relacionado con la adopción de medidas cautelares puesto que, cuando adquieren una dimensión internacional, es habitual que el Estado en el que se abre el concurso no coincida con el Estado en el que se debe asegurar su eficacia. Precisamente por ello, en los supuestos en que el procedimiento principal que se inicia en un Estado debe ser reconocido en otro diferente, la importancia de tales medidas se acrecienta. La razón de ello estriba en el margen temporal que media desde el momento en que el concurso se inicia en el país de origen hasta que surte efectos en el Estado requerido, margen que puede ser aprovechado tanto por el deudor para evadir sus bienes, como por los acreedores para realizar sus créditos sin respetar el orden legal de prelación.

En todo caso, la regulación de la tutela cautelar está íntimamente condicionada por el modelo normativo que se haya adoptado. Por eso, conviene hacer una breve aproximación a las diferentes posturas que se han defendido.

II. CONCURSOS INTERNACIONALES: MODELOS NORMATIVOS

La regulación de los concursos internacionales se ha inspirado

tradicionalmente en dos modelos normativos de filosofía inspiradora contrapuesta: el modelo territorial y el modelo universal.

El *modelo territorial* se sustenta sobre la base de un mundo jurídicamente fraccionado, donde las empresas desarrollan su actividad internacional en Estados con ordenamientos aislados e independientes que circunscriben sus efectos a su propio territorio. Trasladando esta realidad al ámbito de las insolvencias transfronterizas, ello implica que habrá tanto procedimientos concursales como Estados en los que el concursado tenga sus bienes. Igualmente, conlleva que los procedimientos se organicen según el Derecho allí vigente, limitando su alcance coactivo a los bienes, derechos y obligaciones que el deudor posea en ese concreto territorio.

Por el contrario, el *modelo universal* parte de una premisa radicalmente opuesta: si la actividad económica del concursado, persona física o jurídica, se desarrolla en una pluralidad de mercados, el procedimiento concursal debe ser único y desplegar sus efectos en todos los territorios en que aquél desarrolla su actividad. Las consecuencias de un modelo de insolvencia universal ya se vislumbran puesto que, por un lado, habrá un único procedimiento concursal con efectos sobre la totalidad de la masa activa y pasiva, donde quiera que estén; por otro, las decisiones que en él se adopten se reconocerán y ejecutarán en los demás Estados; y, finalmente, el Derecho concursal que se aplique será únicamente uno.

1. Modelo territorial

Las razones que pueden avalar la adopción de un modelo normativo de corte territorial son principalmente tres: una, de índole económica (a); otra, de carácter organizativo (b); y en último lugar, pero no por ello de menor importancia, una razón de política legislativa (c).

En relación con las *motivaciones de índole económico*, la liquidación local de los bienes y negocios de una empresa no afectaría a la viabilidad económica de la misma conjuntamente considerada. Es decir, el déficit económico de la unidad empresarial ubicada en España, no impediría que una empresa con sede en Francia y filiales en diferentes Estados conservara su autonomía y continuara desarrollando su actividad empresarial con total independencia de lo que sucediera con los bienes y derechos que la misma posea en España. Dicho en otros términos, el modelo concursal de carácter territorial circunscribe sus efectos a los bienes localizados en el territorio en el que se abre el concurso y, por lo tanto, los bienes y negocios del concursado existentes en otro Estado no resultan afectados por lo que sucede en otras unidades territoriales.

Por lo que a los *argumentos de carácter organizativo* respecta, la existencia de un único procedimiento concursal de carácter universal se traduciría también en la dificultad de las autoridades del Estado de apertura de trasponer a su propio ordenamiento derechos constituidos conforme a una legislación extranjera desconocida para ellos, que puede dotar a ese concreto derecho que integra la masa activa de un contenido y alcance distinto al que le reconocería la legislación del Estado de apertura. Eso sin tener en cuenta la posibilidad de que se trate de instituciones desconocidas para la *lex fori concursus*. En definitiva, los problemas inherentes a la aplicación de un Derecho extranjero extraño para las autoridades concursales.

Las *razones de política-legislativa* son quizás las que más influencia tienen sobre el legislador ya que un modelo de corte territorial parece proporcionar una mayor protección a los acreedores locales. En este sentido, los bienes y derechos que el concursado posee en un determinado territorio no quedarían afectos a cubrir las deudas existentes en otros Estados, sino que única y exclusivamente darían satisfacción al acreedor de carácter local. Por contraposición, podría alegarse que estas teóricas ventajas no son tales en los supuestos en que la masa activa resulta insuficiente para cubrir las obligaciones contraídas por el deudor. Evidentemente, se trata del reverso de la misma moneda. Sin embargo, qué duda cabe que cuando el concursado contrae una deuda con su acreedor éste está en disposición de conocer la situación económica y financiera por la que atraviesa el primero o, al menos, que la probabilidad de verse sorprendido por una situación de insolvencia sobrevenida de carácter local es menor que si tomamos en consideración la situación por la que atraviesan todas y cada unas de las unidades económicas dispersas por otros Estados.

Por contraposición a estas teóricas ventajas, un modelo territorial puro adolecería de graves deficiencias puesto que dificultaría la adopción de decisiones encaminadas, no a la liquidación de la empresa, sino a su saneamiento, decisiones en que la necesidad de información y cooperación entre autoridades concursales se revela como indispensable. Además, el territorialismo concursal permitiría el desplazamiento estratégico de los bienes del deudor de un Estado a otro con el consiguiente menoscabo de los derechos de crédito de los acreedores locales e, incluso, de la vulneración de la *par conditio creditorum*. Todo ello sin tener en cuenta que los costes procedimentales se multiplicarían sin posibilidad de aprovechar las sinergias que de ellos pudieran eventualmente derivarse.

2. Modelo universal

El modelo concursal basado en la unidad o, lo que es lo mismo, en la universalidad, soslaya los inconvenientes propios de un sistema territorial. Frente a la pluralidad de procedimientos característica de este último, la centralización procesal del modelo universal permitiría reducir los costes administrativos, además de adoptar una política coordinada tendente al saneamiento de la empresa. Pero no sólo el saneamiento de la empresa resulta favorecido por un sistema concursal este tipo: la liquidación del patrimonio del deudor puede optimizarse si la venta de la empresa como unidad económica integrada se efectúa de manera global.

El principal problema del que adolece este modelo concursal radica, sin embargo, en que su éxito pasa por una cooperación interestatal total y absoluta en la que el trasvase de información y ayuda entre las diferentes autoridades concursales estatales resulte asegurada.

III. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: EL MODELO DE “UNIVERSALISMO MITIGADO”

Las normas concursales que se integran en el ordenamiento jurídico español, tanto de producción comunitaria, como de producción interna, se acogen a un sistema que la doctrina ha convenido en denominar “modelo de universalismo mitigado”. Este modelo distingue entre un procedimiento principal, que alcanza la integridad de la masa activa cualquiera que sea el lugar en el que se halle, y uno o varios procedimientos territoriales que limitan los efectos del primero. De hecho, los procedimientos territoriales circunscriben su eficacia a los bienes del deudor situados en el Estado de su apertura, excluyéndolos del procedimiento principal y, por lo tanto, corrigiendo o limitando el alcance universal de éste pero sin menoscabar el propósito perseguido por el mismo. Concluido el procedimiento territorial, el procedimiento principal recupera plena eficacia.

El procedimiento principal debe necesariamente abrirse donde el deudor tenga su centro de intereses principales, que normalmente coincidirá con el lugar donde tenga su domicilio social. Su efectividad internacional queda condicionada a que la decisión de su apertura y demás resoluciones que en el curso del mismo se vayan dictando sean reconocidas y ejecutadas en otros de los Estados en que el deudor tenga un establecimiento. En este punto, el modelo de universalismo mitigado exige una conexión más estable, como es la presencia de un establecimiento, y se aparta del modelo territorial estricto, que únicamente exige la existencia de bienes del deudor en el Estado de que se trate.

3. Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997.

En relación con los procedimientos territoriales, estos pueden ser independientes o secundarios. Los primeros constituyen una excepción, únicamente procedente cuando lo soliciten los acreedores locales y no sea posible la apertura del procedimiento principal. No obstante, si llegado el momento se iniciara un procedimiento principal en otro Estado, este procedimiento territorial, inicialmente independiente y autónomo, se convertiría en un procedimiento de carácter secundario. Los procedimientos territoriales de carácter secundario, por su parte, pueden permitir llevar a cabo una gestión eficaz del concurso cuando la complejidad del procedimiento derive tanto de la composición de la masa activa, como de las diferencias entre los diferentes sistemas jurídicos. En estos casos, se permite la apertura de procedimientos secundarios subordinados al principal que administren la masa activa y pasiva de carácter local bajo una serie de reglas tendentes a asegurar la cooperación entre autoridades concursales y la coordinación de los procedimientos⁴.

De esta forma, el modelo de universalismo mitigado combina las ventajas de ambos modelos normativos e intenta paliar sus deficiencias puesto que, como parece lógico, en ocasiones será aconsejable un único procedimiento principal, en otras puede ser preferible uno o varios procedimientos territoriales o, incluso, si concurren las circunstancias para ello, puede ser deseable un procedimiento principal con uno o varios procedimientos territoriales.

IV. FUENTES NORMATIVAS

La dimensión internacional de los procedimientos concursales en nuestro ordenamiento jurídico está regulada por dos normas de muy distinta naturaleza. Por una lado, el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia⁵. Por otro, la Ley

22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, "LC")⁶. Ambos instrumentos jurídicos, tanto el de producción comunitaria, como el de producción interna, obedecen a criterios inspiradores similares y, por lo tanto, por lo que a este trabajo respecta, la regulación de las medidas cautelares en los dos textos legales guardan un gran paralelismo⁷. En cualquier caso, para evitar equívocos, antes de entrar en el análisis del tratamiento jurídico que le dispensan es conveniente delimitar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000

El Reglamento de insolvencia en ningún momento ha pretendido establecer una regulación material uniforme del Derecho de insolvencia, cuestión harto complicada si tenemos en consideración la pluralidad de concepciones nacionales, en ocasiones contrapuestas, que al respecto se mantienen. Partiendo de la diversidad y del respeto al Derecho de insolvencia de cada país, ha establecido un catálogo uniforme de normas sobre competencia judicial internacional, sobre ley aplicable y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, en ocasiones acompañadas por determinadas normas procesales y materiales que únicamente persiguen el buen funcionamiento del sistema de Derecho internacional privado concursal diseñado por el Reglamento y, por lo tanto, coherentes con los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran el ordenamiento jurídico comunitario⁸.

Como reglamento comunitario que es, tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro sin necesidad de trasposición al ordenamiento jurídico interno siempre que concurren sus presupuestos de aplicación. Concretamente, el reglamento es únicamente aplicable a aquellas situaciones de insolvencia que tengan una conexión comunitaria,

el Reglamento, únicamente se ocupa de los aspectos intracomunitarios de los mismos.

Llegados este punto, se impone realizar una precisión respecto al alcance del concepto "centro de intereses principales", puesto que para aplicar el Reglamento no es suficiente el hecho de que el deudor tenga un establecimiento en territorio comunitario: es preciso que tal establecimiento constituya el centro de sus intereses principales, entendiéndose por tal el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y por lo tanto reconocible por terceros, la administración de sus intereses.⁹ A pesar de todo, el alcance de este concepto jurídico indeterminado puede plantear dudas iniciales. Para resolverlas puede servir de ayuda las precisiones hechas por el Informe VIRGOS/SCHMIT sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, de 8 de julio de 1996¹⁰. Este informe interpreta lo que debe entenderse por los dos elementos de la ecuación. Esto, por "intereses" y por "principales". En relación con los primeros, la noción comprende no sólo las actividades industriales y profesionales del deudor, sino la actividad económica en general, haciendo extensible este concepto a las actividades de los particulares. En relación con el carácter principal de los mismos, entiende que únicamente introduce un criterio de selección en los supuestos en que el deudor realice actividades de distinto carácter que son administradas desde centros diferentes. No obstante, para facilitar su identificación establece que, en principio, el centro de los intereses principales de una persona que realiza una actividad profesional coincide con su domicilio profesional, el de una persona física con su residencia habitual y, finalmente, el de una persona jurídica con su domicilio social¹¹.

2. Ámbito de aplicación de la Ley Concursal 22/2003

La Ley Concursal, por su parte, se aplicará únicamente a aquellas situaciones que queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Es decir, será aplicable cuando el procedimiento de insolvencia se abra en un Estado no miembro o en Dinamarca o cuando, pese a abrirse en uno de estos Estados, alcance a deudores no localizados en la

Comunidad. En definitiva, y como acertadamente ha señalado algún sector doctrinal, la Ley Concursal se ocupa de las relaciones ad-extra de la Comunidad, es decir a las que implican a Estados no miembros.

V. LA TUTELA CAUTELAR EN EL REGLAMENTO 1346/2000

El Reglamento 1346 dedica dos preceptos a la regulación expresa de las medidas cautelares. El artículo 38 del Reglamento 1346/2000 se ocupa de la regulación de las medidas cautelares en los procedimientos de insolvencia con trascendencia comunitaria. Concretamente, afirma que "cuando un 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".

El artículo 25 del mismo, completando la regulación, establece que la resolución en que se adopte una medida de esta índole será reconocida en otro Estado miembro sin ningún tipo de procedimiento. Por lo que a su ejecución respecta, establece que se ejecutarán con arreglo a los artículos 31 a 51 del Reglamento 44/2001.

Sin perjuicio de su análisis en las páginas siguientes, una correcta intelección del régimen jurídico de las medidas cautelares pasa por tener en cuenta el carácter auxiliar e instrumental de las mismas puesto que están al servicio de un procedimiento principal. Por lo tanto, para delimitar el ámbito material de aplicación de estas medidas hay que tener en cuenta, no tanto la naturaleza de la medida en sí misma considerada, como el carácter del procedimiento principal en el que se incardinan¹⁴.

4. Las reglas que establecen ejemplifican el alcance de este deber de cooperación, configurando su contenido mínimo al señalar expresiones y formas concretas del mismo. Por ejemplo, la primera manifestación que se contempla es el intercambio, por cualquier medio, de la información que pueda ser útil para el otro procedimiento. El listado dado por el Informe VIRGOS/SMITH sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia puede ayudar a concretar el contenido de la información objeto de intercambio. Así, por ejemplo, señala las cuestiones relativas a la composición de la masa activa, las acciones previstas o promovidas para la recuperación de activos (tales como demandas de pago o acciones revocatorias), las posibilidades de liquidación del activo, la verificación de los créditos y la impugnación de los mismos, la prelación de créditos, las medidas de saneamiento previstas, los convenios propuestos y los planes de distribución de dividendos, así como las vicisitudes y el estado en que se encuentran los diferentes procedimientos concursales. En cualquier caso, el deber de información no es absoluto e ilimitado y, como no podía ser de otro modo, sus límites se construyen sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Por ello, el intercambio de información deberá en todo caso, respetar las normas que amparen el secreto o la confidencialidad de los datos objeto de la información o que de cualquier modo los protejan.

Una segunda manifestación expresa del deber de cooperación la constituye la coordinación de las administraciones concursales, que necesariamente debe traducirse en una actuación concertada de las mismas en lo que a la administración y control del patrimonio y de las actividades del deudor se refiere. Piénsese que los procedimientos concursales abiertos pueden tener finalidades muy diversas. Así, puede plantearse la hipótesis de que uno de ellos pretenda la liquidación de los bienes del concursado y, por el contrario, otro, el saneamiento de su patrimonio y la continuación de actividades.

Igualmente, se contempla la posibilidad de que la administración concursal del procedimiento secundario permita al representante del procedimiento principal la presentación de propuestas de convenio o de planes de liquidación relativas a la utilización de los activos del procedimiento territorial.

Pero sin duda, la expresión máxima de este deber de cooperación la constituye la obligación, una vez satisfechos todos los créditos del procedimiento territorial, de destinar el excedente a la masa activa del procedimiento concursal principal. En cualquier caso, las manifestaciones concretas del deber de cooperación previstas no constituyen un elenco cerrado y son múltiples las expresiones que éste puede adoptar.

5. Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160, de 30 de junio de 2000, rectificación de errores DO L 176, de 5 de julio 2002).

6. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE n.º 164, de 10 de julio).

7. De hecho, la propia Ley Concursal en su Exponendo IX afirma que "contiene unas normas de derecho internacional privado sobre esta materia, que siguen, con las convenientes adaptaciones, el modelo del Reglamento (CE) n.º 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia. Así, se facilita la aplicación de ambos textos en el ámbito intracomunitario y se ajusta el mismo modelo normativo a la regulación de otras relaciones jurídicas que están fuera de ese ámbito. En este sentido, la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997".

8. En este sentido, los Considerandos 4, 5 y 6 del Reglamento.

9. Considerando 13.

10. El Reglamento de Insolvencia tiene su antecedente legal en el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995. Este texto legal se adoptó en aplicación del actual artículo 293 del Tratado CE (antiguo 220) pero nunca entró en vigor pese a haber sido firmado por todos los Estados miembros a excepción de Gran Bretaña. Tras la reforma operada por el Tratado de Ámsterdam se propuso transformar ese convenio en un reglamento comunitario, razón por la cual el texto de ambos es muy similar y el informe explicativo del Convenio desempeña una función hermenéutica de primer orden en la interpretación y aplicación del Reglamento comunitario.

11. Artículo 3.1 del Reglamento.

12. El Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en sus artículos 1 y 2 excluye la aplicación a este Estado del Título IV del TCE, que lleva por rúbrica "Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas", de cualquier medida adoptada o de cualquier acuerdo celebrado con terceros en su virtud, así como de toda decisión interpretativa de sus disposiciones dictada por el TJCE.

Sobre la posición particular de este Estado, ver M. HEDEMANN-ROBINSON: "The area of freedom, security and justice with regards to the U.K., Ireland and Denmark: The « Opt-in-Opt-outs » under the Treat of Amsterdam", en Legal Issues of the Amsterdam Treaty, O'Keefe-Twomey (eds.), Oxford: Hart Publishing, Oxford, 1999, págs. 289-303.

13. VIRGOS, M. Y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: "Comentario al artículo 199 LC", en Comentario de la Ley Concursal (Ángel Rojo y Emilio Beltrán, dirs.), Thomson, Civitas, T. II, Madrid, 2004, pág. 2866.

14. Sobre la naturaleza auxiliar de este tipo de medidas, véase la jurisprudencia del T.J.C.E., especialmente su sentencia de 27 de marzo de 1979, asunto 143/78 (De Cavel/De Cavel), Rec. 1979, págs. 1055-1076. Concretamente, se afirmaba el carácter accesorio de las mismas en relación con unas medidas relativas a unos bienes, por definición incluidas dentro del ámbito del aplicación material del entonces Convenio de Bruselas, que debían adoptarse en el curso de un procedimiento de divorcio, expresamente excluido del mismo.

Dicho en otros términos, será aplicable cuando se trate de medidas cautelares que tengan por finalidad asegurar el buen fin de concurso y, cumulativamente, cuando el deudor tenga su centro de intereses principales en un Estado miembros.

1. La adopción de las medidas cautelares

a) Medidas adoptadas tras la apertura del procedimiento principal

Las medidas cautelares pueden adoptarse, indistintamente, tanto por los órganos jurisdiccionales competentes para abrir la quiebra principal, como por los órganos jurisdiccionales competentes del lugar donde deban cumplirse o darse efecto a las mismas.

En el primer caso, al dictarse en el procedimiento principal, por definición tendrán un carácter universal y extenderán sus efectos a todo el territorio comunitario, con independencia del lugar donde se encuentren las personas sobre las que recae o del sitio en el que se ubiquen los bienes que se pretenden asegurar. Sin embargo, la efectividad de estas medidas obliga a que sean reconocidas en el Estado en cuyo territorio deben surtir efectos. En estos supuestos, será la ley nacional la que determine el tipo de medidas adoptables y las personas legitimadas para hacerlo¹⁵. No obstante, el propio Reglamento reconoce legitimidad a los síndicos para hacerlo¹⁶.

Junta a esta posibilidad, también se contempla la facultad de instar la adopción de medidas cautelares ante las autoridades del Estado en el que éstas deben surtir efecto, siempre y cuando tengan competencia para ello y se cumplan los requisitos exigidos por su ley nacional (*fumus boni iuris*, razones de urgencia, caución que asegure el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios que con su adopción se pudieran ocasionar...). Evidentemente, los efectos de la decisión cautelar se circunscribirán al territorio del Estado en el que se adopten. Además, el carácter auxiliar de este proceso implica que queda subordinado a las decisiones que tome el tribunal que conoce del procedimiento universal, pudiendo llegar éste a ordenar la modificación e, incluso, el alzamiento de tal medida¹⁷.

b) Medidas adoptadas antes de la apertura del procedimiento principal

En los párrafos precedente se ha analizado el régimen de tutela cautelar una vez se ha declarado abierto el procedimiento principal. Como es

sabido, el presente Reglamento no restringe el derecho a solicitar, en el Estado miembro en que el deudor tenga un establecimiento, la apertura de procedimientos de insolvencia una vez incoado el procedimiento principal de insolvencia. Sin embargo, antes de la apertura de éste tal derecho está limitado a los acreedores locales y a los acreedores del establecimiento local¹⁸. Esto quiere decir que el administrador provisional, nombrado tras la solicitud pero antes de la apertura del procedimiento principal, no puede solicitar la apertura de un procedimiento territorial secundario en otro Estado. Esta circunstancia puede ser aprovechada por el concursado para evadir sus bienes.

Para evitar semejante riesgo, el artículo 38 del Reglamento no legitima al administrador provisional para instar la apertura de un procedimiento secundario pero le faculta para que solicite medidas cautelares que aseguren el buen fin del procedimiento concursal principal y anticipen y protejan la eficacia de un futuro procedimiento secundario. Precisamente, por su carácter previo a la apertura del procedimiento secundario, la adopción de las medidas cautelares previstas en el artículo 38 presupone la existencia de un establecimiento del deudor en el Estado en que se pretende que las medidas surtan efecto. Una vez más, el propio artículo 38 establece que los requisitos, el contenido y alcance de tales medidas será el previsto por la legislación nacional. Así las cosas, se plantea el interrogante de la suerte que siguen las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 38 cuando finalmente se declara abierto el procedimiento principal. En estos casos, si la apertura del mismo va acompañada de la apertura de un procedimiento territorial secundario, serán las autoridades concursales de este último las que decidan si tales medidas deben continuar o modificarse. Por el contrario, cuando existe un único procedimiento concursal, esto es, el principal, la tutela cautelar provisional quedará condicionada a las decisiones que adopte el tribunal que conoce del procedimiento concursal.

2. El reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas en otro Estado miembro

El artículo 25 del Reglamento 1346/2000 regula el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares, hayan sido éstas adoptadas antes de la decisión de apertura (supuesto regulado por el artículo 38) o después de la misma (artículo 3.1).

De esta forma garantiza que tras la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento serán reconocidas y ejecutadas todas las medidas cautelares adoptadas con la finalidad de proteger el buen curso y la eficacia del procedimiento concursal. De otra forma, en el lapso temporal que media entre la solicitud de apertura del procedimiento principal de insolvencia y la decisión de apertura propiamente dicha, se podrían evadir los bienes del concursado y alterar, en perjuicio de los acreedores, la situación patrimonial del deudor. El reconocimiento y ejecución de este tipo de decisiones se efectuará de conformidad con lo preceptuado por el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁹. Adaptando los presupuestos que este instrumento jurídico exige a la naturaleza concursal de las medidas provisionales, podemos decir que los tribunales del Estado en el que debe reconocerse y/o ejecutarse la medida cautelar únicamente comprobarán que la decisión entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1346/2000, que el juez que la ha adoptado tenía competencia judicial de conformidad con lo preceptuado por el artículo 3.1 del Reglamento y que la medida no es contrario a su orden público. Por lo tanto, no se exige que se cumplan las condiciones que el Derecho nacional impone para la adopción de unas medidas de estas características²⁰.

VI. LA TUTELA CAUTELAR EN LA LEY CONCURSAL 22/2003

El artículo 226 LC está concebido para legitimar la adopción de medidas cautelares sobre bienes o actividades del deudor que estén localizados en nuestro país, con independencia de que tenga o no un establecimiento en territorio español. De esta forma, se erigen en un instrumento esencial para el buen fin del procedimiento de insolvencia principal abierto en el Estado extranjero en el que el deudor tiene su centro principal de intereses (art. 10.1 párrafo 3º y artículo 220.2 LC). La diferencia con el Reglamento 1346/2000 radica en que la Ley Concursal no se incardina en un contexto de compromisos internacionales y, por lo tanto, no puede atribuir competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado, ni regular las condiciones que se deben verificar para que las decisiones adoptadas en España sean reconocidas y ejecutadas en otro país. Es decir, la norma concursal de producción interna tiene carácter unilateral por lo que únicamente regulará la adopción de medidas cautelares en España y el

reconocimiento en este mismo país de las adoptadas en un Estado no miembro o en Dinamarca.

1. La adopción de medidas cautelares en España

El artículo 226.2 LC contempla expresamente la posibilidad de que el síndico, administrador o representante extranjero acuda directamente a los tribunales españoles para que sean éstos quienes, conforme a la ley sustantiva y procesal española, adopten las medidas que sean necesarias para la conservación del patrimonio del concursado que se encuentre en España y, de esta manera, asegurar el buen curso del procedimiento concursal.

La utilidad práctica de la tutela cautelar cobra especial relevancia cuando el procedimiento principal extranjero no ha sido aún reconocido en España. Para ello, no es necesario que el deudor tenga un establecimiento en España: bastará con que posea en este territorio bienes y/o derechos que deban quedar sujetos a los efectos del procedimiento de insolvencia principal que se ha iniciado en el extranjero. Si, además, el deudor poseyera en España un establecimiento, con la adopción de este tipo de medidas podría anticipar los efectos de un eventual concurso territorial.

El abanico de medidas cautelares potencialmente adoptables es el establecido por la legislación española, concretamente las previstas en el artículo 727 LEC. No obstante, la propia norma concursal establece un grupo de medidas más específicas de este tipo de procedimientos: a) La paralización de cualquier medida de ejecución contra bienes y derechos del deudor; b) Encomendar al administrador o representante extranjero, o a la persona que se designe al adoptar la medida, la administración o la realización de aquellos bienes o derechos situados en España que, por su naturaleza o circunstancias concurrentes, sean perecederos, susceptibles de sufrir grave deterioro o de disminuir considerablemente su valor; c) Suspender el ejercicio de las facultades de disposición, enajenación y gravamen de bienes y derechos del deudor.²¹

2. El reconocimiento de medidas cautelares adoptadas por el juez concursal extranjero

Como es sabido, el juez competente en el procedimiento principal puede adoptar medidas de alcance supranacional, esto es, medidas sobre bienes y derechos del concursado localizados en un Estado diferente al

17. La subordinación del procedimiento territorial al principal se evidencia en el artículo 31 del Reglamento, cuyo párrafo tercero establece que "El síndico del procedimiento secundario deberá permitir al síndico del procedimiento principal con tiempo suficiente, que presente propuestas relativas a la liquidación o a cualquier otra utilización de los activos del procedimiento secundario".

18. Artículo 29.

19. DO L 12, de 16 de enero de 2001, rectificación de errores DO L 307, de 24 de noviembre de 2001 y DO L 176m de 5 de julio de 2002.

20. Apartado 201 del Informe VIRGÓS/SMITH sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia (cit.).

21. En este caso se trata, simplemente, de anticipar el efecto del desapoderamiento del concursado propio de los procedimientos concursales.

de apertura del procedimiento universal.

Pues bien, el primer supuesto de hecho contemplado por la norma concursal es el de la adopción, por parte del juez extranjero, de una medida provisional que deba cumplirse en España por ser éste el país en el que se localizan los bienes y/o derechos del deudor. La solicitud del reconocimiento de la resolución cautelar puede ser anterior o posterior al reconocimiento de la declaración de apertura. A continuación se analizarán ambos supuestos.

a) Las medidas cautelares anteriores a la declaración de apertura

La ley regula la posibilidad de reconocer y/o ejecutar en España una medida provisional adoptada después de la solicitud de apertura pero antes de que se declare la apertura del procedimiento principal o, incluso, si la ley del Estado de apertura lo permite, antes de solicitar el inicio del procedimiento concursal. En estos casos, será la propia ley extranjera la que regule los presupuestos necesarios que deben concurrir para la adopción de la medida cautelar (incluida la exigencia de depositar fianza o caución) e, incluso, la posibilidad misma de adoptar una medida de esta índole antes de que se haya declarado abierto el concurso.

El ámbito de aplicación de nuestra Ley Concursal se ceñirá a los aspectos ejecutivos de la medida cautelar adoptada en un procedimiento extranjero, puesto que únicamente determina la posibilidad de reconocer efectos a la misma. Para ello será necesario la obtención del previo exequátur conforme a lo estipulado en los artículos 220 y 224 LC. Sólo una vez salvado este trámite procesal se llevarán a cabo los trámites de ejecución propiamente dichos, es decir, los trámites del artículo 738 LEC comunes a todas las medidas cautelares con independencia de que exista o no un elemento extranjero en presencia.

La vigencia temporal de la medida cautelar quedará en todo caso supeditada a la presentación de la solicitud del reconocimiento de la decisión extranjera de apertura del procedimiento de insolvencia en el plazo de 20 días (artículo 226 in fine LC). Será nuestra propia ley procesal la que determine el momento en que empieza a correr este plazo y la forma en que debe realizarse el cómputo de los días. Se trata de una consecuencia lógica de la máxima procesal *Lex fori regit processum*, consagrado en el artículo 3 LEC. Por ello, el día a quo de este plazo procesal es el día siguiente a aquél en que resulta notificada la resolución de apertura del procedimiento procesal y los días computables únicamente los hábiles.

El elenco de medidas potencialmente adoptables puede ser muy amplio y, en todo caso, será el establecido por la ley extranjera. Sin embargo, en todo proceso cautelar de carácter internacional puede suceder que

junto a las medidas conocidas por la mayor parte de los ordenamientos, tales con la traba de determinados bienes o la práctica de las anotaciones registrales oportunas, existan otras desconocidas por el ordenamiento jurídico en el que deban surtir efecto. En estos supuestos, la solución procedente sería la de trasponer la medida mediante la adopción de una nacional equivalente.

b) Las medidas cautelares posteriores a la declaración de apertura

Aunque el artículo 226 circunscribe su aplicabilidad a las medidas anteriores a la declaración de apertura, nada impide que puedan reconocerse y ejecutarse en España medidas cautelares adoptadas con posterioridad a la declaración de la misma. Si la declaración de apertura del procedimiento de insolvencia principal ha sido reconocida, la posibilidad de reconocimiento y ejecución está prevista por el artículo 222 y 224 LC si bien al igual que en el apartado anterior, será necesario solicitar el reconocimiento de la resolución de apertura en el plazo de veinte días

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS PECIOS: ESTADO DE LA CUESTIÓN

EUGENIO PÉREZ DE FRANCISCO* - LUIS FERNÁNDEZ ESTRADA**

I. INTRODUCCIÓN.

La cuestión de los pecios, esto es, los restos de buques hundidos y sus cargamentos, la enfocaremos en esta colaboración desde el ámbito de la protección del patrimonio subacuático. Viene siendo relativamente frecuente en los medios de comunicación social la aparición de noticias en las que alguien encuentra los restos de un barco hundido; unas, las menos, tratan de hallazgos accidentales o de submarinistas aficionados y otras, las más, son empresas cuyo único fin es la extracción de los tesoros que contienen los pecios. A tales empresas les interesa no tanto el valor arqueológico del hallazgo sino las riquezas que tales pecios pueden contener.

Las empresas dedicadas al expolio, normalmente norteamericanas como la célebre "Odyssey Marine Exploration", localizan barcos hundidos principalmente españoles, la mayoría de ellos galeones de la época imperial que se perdieron por todos los mares a partir del siglo XVI, con objeto de adueñarse de los tesoros que contienen.

La cuestión ha tomado recientemente un nuevo impulso, a propósito de la decisión de un juez federal norteamericano —confirmada por el Tribunal de Apelaciones de decimoprimer circuito en Atlanta y por el Tribunal Supremo norteamericano como luego veremos— de otorgar los restos del buque "Nuestra Señora de las Mercedes" a favor del Estado español, fallando en contra de Odyssey que, dedicada a la "recuperación" de pecios, no duda en utilizar todos los medios a su alcance para conseguir dicho fin¹. Y ello es posible por el avance de nuevas tecnologías que posibilitan el descubrimiento y la extracción a mayor profundidad de los pecios, cosa que hasta época reciente sólo era posible si los restos

se encontraban sumergidos en aguas muy superficiales. En honor a la verdad, no constituye esta práctica la única amenaza al Patrimonio Cultural Subacuático, ya que otras actividades como la pesca de arrastre o el tendido de cables submarino, condicionan también su conservación.

II. EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS PECIOS.

1. Aproximación a la cuestión.

Como cuestión previa al estudio de los pecios en el Derecho Internacional Público, es aconsejable aclarar que cuando se habla de la protección del patrimonio cultural subacuático, se hace referencia tanto a lugares sumergidos en el océano, sea de forma parcial o total, como a lo que propiamente se conoce como pecios, conforme a la amplia definición que les otorgaba el art. 1.1 del Proyecto de Convención de 1985, del Consejo de Europa:

"all remains and objects and any other traces of human existence located entirely or in part in the sea, lakes, rivers, canals, artificial reservoirs or other bodies of water, or recovered from any such environment, or washed ashore, shall be considered as being part of the underwater cultural Heritage, and are hereinafter considered referred to as "underwater cultural property".

También la International Law Association (ILA), ofreció un proyecto de convenio sobre la materia en 1994², que en su art. 1.1, definió el patrimonio cultural subacuático como:

* Doctor en Derecho, Licenciado en Ciencias Políticas y profesor de Derecho Internacional en la Universidad Antonio de Nebrija. Eugenio Pérez también es profesor visitante de la Universidad del Istmo.

** Doctor en Derecho y profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Antonio de Nebrija.

1. Más adelante, en el apartado IV.2 de esta colaboración, volveremos sobre este mismo particular.

2. ILA: Informe final de la 66ª Conferencia. Buenos Aires, 14 al 20 de agosto de 1994, pág. 434 y sig. Los trabajos de la ILA sobre esta materia se publican bianualmente a través de su comité específico sobre patrimonio.