

# **La tutela cautelar en los procedimientos de insolvencia de carácter transnacional: un nuevo ejemplo de su aplicación por el TJUE (a propósito de la STJUE de 21 de enero de 2010)**

*JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL*

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

## *Resumen:*

*La reciente sentencia del TJUE de 21 de enero de 2010 ha puesto de relieve la particular importancia de las medidas cautelares en los procedimientos transnacionales de insolvencia. El Tribunal ha venido a dejar claramente sentado que una resolución de apretura de un procedimiento de insolvencia adoptada por el competente tribunal de un Estado miembro será reconocida en los demás Estados desde el momento en que produzca efectos en el Estado de origen, salvo que en el Estado receptor se haya abierto un procedimiento secundario de insolvencia o el ordenamiento del Estado de apertura permita otra cosa. Simultáneamente nos plantea el espinoso problema de la incidencia de las medidas cautelares en el procedimiento de insolvencia y su relación con el concurso principal.*

*Palabras clave: Procedimiento concursal principal. Reconocimiento. Límites. Medidas cautelares. Alcance de las mismas.*

## *Laburpena:*

*TJUE-k, 2010eko urtarrilaren 21ean hartutako erabakiak, mahai gainean jarri du kaudimen- ezaren prozedura transnazioaletan hartu behar diren*

*neurri kautelarren garrantzia berezia. Auzitegi honek, argi eta garbi utzi nahi izan du ezen Estatu kide batean nolabaiteko kaudimen-ezari buruzko prozeduraren bat irekitzen baldin bada, beste Estatuetan ere ondorio berdinak izango dituela, salbu eta estatu hartzaileetan ez bada kaudimen-ezaren aurka beste mailako prozedurarik ireki, edota Estatuaren ordenamenduak beste zerbait baimentzen baldin badu. Era berean, neurri kautelarrek beraiekin batera daramaten arazo larria jartzen du begien aurrean kaudimen ezarekin eta honek konkurtso nagusiarekin duen zerikusian.*

*Hitz gakoak: Konkurtsoko prozedura nagusia. Aitorpena. Mugak. Neurri kautelarrak. Neurrien helmena.*

*Summary:*

*The recent sentence of the European High Court on 21 January 2010 has highlighted the importance of preventive measures in transnational insolvency cases. The Court has stated clearly that a resolution of opening of an insolvency case adopted by the competent tribunal of a member State will be recognized by the other member States as of the moment in which it produces effects in the State of origin, except when the receiver State has opened a secondary proceeding of insolvency or when the regulations of the State of opening permits another thing. At the same time, this raises the thorny problem of the incidence of preventive measures in the proceedings of insolvency and its relation with the meeting of creditors.*

*Key-words: Proceeding of meeting of creditors. Recognition. Limits. Preventive measures. Far-reaching range of latter.*

**Sumario**

- I. Las medidas cautelares en los procedimientos concursales de carácter internacional.
- II. Concurso internacional: el modelo de “universalismo mitigado”.
- III. Efectos del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas en otro Estado.
  1. Precisiones previas.
  2. Medidas adoptadas tras la apertura del procedimiento principal.
  3. Medidas adoptadas antes de la apertura del procedimiento principal.
- IV. Efectos del concurso sobre los procedimientos pendientes en otro Estado.
- V. El reconocimiento de la resolución de apertura y su relación con el embargo preventivo adoptado en Alemania.

## **I. Las medidas cautelares en los procedimientos concursales de carácter internacional**

La tutela cautelar adquiere una gran relevancia en los supuestos en que el procedimiento concursal tiene una dimensión internacional. En este contexto, suele ser habitual que el Estado de apertura del procedimiento no coincida con el Estado en el que se debe asegurar la eficacia del mismo. 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, 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. Por ello, el esfuerzo del legislador europeo ha estado principalmente orientado a fomentar la cooperación de las diferentes autoridades intervinientes en el proceso concursal para, por un lado, evitar que el deudor oculte sus bienes, y por otro para coordinar los recursos económicos escasos e insuficientes del concursado, con el propósito de rescatar las empresas que son viables o de liquidar los bienes y negocios del concursado de la forma más ventajosa para los agentes económicos implicados.

La reciente sentencia del TJUE de 21 de enero de 2010<sup>1</sup> nos proporciona un nuevo ejemplo de la importancia práctica de este tipo de medidas asegurativas. En esta decisión se analiza el efecto de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre un procedimiento de naturaleza no concursal seguido ante los tribunales de otro Estado miembro, en el que se adoptan unas medidas cautelares sobre bienes que podrían quedar afectos a la masa del procedimiento principal. Los hechos que dan lugar a esta resolución se localizan en Polonia y Alemania. Se trata de un supuesto en que un tribunal polaco acuerda la apertura de un procedimiento de insolvencia en relación con *MG Probud*, sociedad del sector de la construcción, con domicilio social en Polonia y sucursal en Alemania, país en el que ejecutaba varias obras. La resolución polaca de apertura del procedimiento concursal es de 9 de junio de 2005. Al mismo tiempo, la administración de aduanas de Saarbrücken (Alemania) insta ante el juez de primera instancia de la localidad alemana un procedimiento contra el director de la sucursal por impago de salarios y falta de cotizaciones sociales de varios trabajadores polacos. El 11 de junio de 2005, en este proceso alemán se adopta el embargo preventivo de los fondos en la cuenta bancaria de la sociedad

---

(1) STJUE de 21 de enero de 2010, *MG Probud Gdynia*, C-444/07. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Procedimiento de insolvencia y embargos preventivos de bienes en la Unión Europea (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2010, Asunto C-444/07, *MG Probud*)”, *Diario La Ley*, N° 7373, 31 de marzo de 2010.

polaca por un importe de algo más de 50.000 euros, así como de varios créditos de dicha mercantil de los que era titular frente a otros contratistas alemanas. La razón de la urgencia en la traba de los bienes situados en Alemania era el temor de las autoridades alemanas a que el líquido existente en las cuentas del deudor fuera rápidamente transferido a Polonia, país en el que se estaba tramitando el procedimiento principal.

Pues bien, el problema fundamental que se suscita en este asunto es la colisión entre el embargo preventivo trabado por las autoridades alemanas de conformidad con la ley alemana y la legislación concursal polaca, cuya Ley relativa a la insolvencia y al saneamiento, en su artículo 146, establece que:

*“un procedimiento de ejecución, judicial o administrativo, iniciado contra el deudor antes de la declaración de insolvencia, deberá suspenderse de pleno derecho en la fecha de la declaración de la insolvencia, transfiriendo las cantidades no distribuidas a la masa concursal”.*

En cualquier caso, el alcance del procedimiento concursal polaco sobre los bienes situados en Alemania y el procedimiento judicial que se sigue en este país están estrechamente relacionados con el modelo normativo en el que se inspira el Reglamento comunitario en materia de insolvencia, un modelo fundamentado en un universalismo mitigado que extiende los efectos del procedimiento principal más allá de las fronteras del concreto territorio en el que se ha dictado la resolución de apertura del procedimiento principal y que combina las ventajas de los modelos normativos inspirados en un universalismo puro o en un territorialismo estricto<sup>2</sup>.

## II. Concurso internacional: 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, cuyos efectos se extienden a la integridad de los bienes, derechos y obligaciones del concursado, cualquiera que sea el lugar en el que se encuentren, y uno o varios procedimientos territoriales que limitan los efectos del primero. Por contraposición

---

(2) En relación con los diferentes modelos normativos, G. ENRIQUES, *Universalità e territorialità del fallimento nel diritto internazionale privato*, Roma, Athenaeum, 1934, pp. 32 y ss.. Desde una perspectiva actual: I.F. FLETCHER, “Universality versus Secondary Bankruptcy: A European Debate”, *International Insolvency Review*, 1993, pp. 151 y ss.

al procedimiento principal, los procedimientos territoriales circunscriben su eficacia a los bienes del deudor situados en el Estado de su apertura, excluyéndolos del procedimiento principal y corrigiendo o limitando el alcance universal de éste pero sin menoscabar en esencia el propósito perseguido por el mismo.

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<sup>3</sup>. Su efectividad internacional queda condicionada a que la decisión de apertura y demás resoluciones que en el curso del mismo se vayan dictando sean reconocidas y ejecutadas en los Estados en que el deudor tenga un establecimiento o bienes. Es necesario, por

---

(3) Sobre la interpretación del concepto “centro de intereses principales”, *vid.* STJCE de 2 de mayo de 2006, as. C-341/04, Eurofood IFSC Ltd, *Rec.* 2006 página I-03813; Sobre ella, entre otro, B. CAMPUZANO DÍAZ, “La posición del TJCE con respecto a los problemas interpretativos suscitados por el Reglamento 1346/2000 (el caso Eurofood IFSC LTD.)”, en: S. ADROHER BIOSCA, B. CAMPUZANO DÍAZ (coord.), *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 2006, pp. 157 y ss. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Procedimientos de insolvencia incompatibles en el espacio europeo (Estudio de la Sentencia del TJCE de 2 de mayo de 2006, Asunto C-341/2004, Eurofood IFSC)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2006, nº 3, pp. 1925 y ss. L. GARCÍA GUTIÉRREZ, “Eurofood IFSC Ltd.: una nueva decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en torno al Reglamento 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 2007, nº 21, pp. 125 y ss. M.C. VAQUERO LÓPEZ, “El centro de intereses principales del deudor en los grupos de sociedades: una reflexión a la luz de la doctrina del TJCE en el Asunto Eurofood”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, 2007, nº 6, pp. 169 y ss.

Como indicios reveladores de lugar en que se ubica el centro principal de intereses del deudor, J. MARSHALL, *European Cross order insolvency*, London: Sweet & Maxwell, 2005, par. 29; “a) Where the directors of the company are domiciled or resident and where board meetings take place; b) If the administration of the company is sub-contracted to a third party (as was the case with Eurofood IFSC), where that third party is located and the governing law of the administration agreement; c) If the company is an operating company, its trading address and where the operations primarily take place (including, for example, where contracts with creditors are negotiated and concluded, the governing law of those contracts with creditors are negotiated and concluded, the governing law of those contracts and where goods or services are actually provided; d) Where the employee of the company are domiciled or resident and the governing law of the employment contracts; e) If the approval of particular shareholders or third parties is needed before the company can enter into any substantial transactions, or if the business of the company is carried out in accordance with any management strategy drawn up by those shareholders or third parties, where those shareholders or third parties are located; f) If the information technology and support services are provided by another company in the group, where those information technology are performed; g) Where the company is tax resident and, if the company is regulated, where regulator is located; h) Where the company’s accounts are prepared, audited and registered”.

lo tanto, la existencia de una conexión estable con el territorio materializada en la presencia de un establecimiento. Esta exigencia se aparta de los modelos normativos inspirados en un territorialismo estricto, en los que la mera presencia de bienes del deudor en un Estado es suficiente para legitimar la apertura de un procedimiento territorial.

Por su parte, los procedimientos territoriales pueden ser independientes o secundarios. Los primeros proceden cuando lo soliciten los acreedores locales y no es posible la apertura del procedimiento principal. No obstante, un procedimiento territorial inicialmente independiente puede transformarse en secundario tras la apertura de un procedimiento principal posterior. Los procedimientos territoriales de carácter secundario, por su parte, implican la existencia de un procedimiento concursal principal al que están de alguna manera subordinados, de tal forma que permiten una gestión eficaz del concurso bajo una serie de reglas tendentes a asegurar la cooperación entre autoridades concursales y la coordinación de los procedimientos.

Dados los distintos efectos que produce cada uno de ellos, la calificación de un procedimiento concursal como principal o territorial no es cuestión baladí. Pese a ello, las autoridades del Estado de destino están sujetas a la calificación del procedimiento dada por las autoridades del Estado de apertura del mismo. Dicho en otras palabras, las autoridades del país de destino no pueden utilizar la calificación del procedimiento como principal o territorial para introducir un control soterrado de la competencia del juez de origen. Este control está prohibido por el Reglamento (CE) 1346/2000, por lo que si el juez de origen entiende que el centro de intereses principales de la sociedad se encuentra en su Estado (por ejemplo, en Polonia), las autoridades alemanas sólo podrán reconocer el procedimiento como principal. Están, por lo tanto, vinculadas por la resolución de apertura del procedimiento principal y únicamente se podrá recurrir contra la misma en el Estado al que pertenecen las autoridades o tribunales que dictaron la resolución.

A la vista de lo anterior, el procedimiento de insolvencia polaco deberá ser reconocido como procedimiento principal, puesto que se ha abierto en el Estado donde el deudor tiene su centro de intereses principales, ya que existe una presunción *iuris tantum* de que el centro de intereses se encuentra en el mismo Estado que el domicilio social de la compañía (Polonia), país en el que, además, se dirigía, administraba y gestionaba la actividad de la sociedad de una forma estable y fácilmente reconocible por terceros<sup>4</sup>.

---

(4) STJCE de 2 de mayo de 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, Rec. p. I-3813, apartado 37.

### III. Efectos del concurso sobre las medidas cautelares adoptadas en otro Estado

#### 1. Precisiones previas

Los procedimientos concursales de carácter *supra* nacional están regulados por dos normas de diferente naturaleza: el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia<sup>5</sup>, por un lado; y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en lo sucesivo, “LC”)<sup>6</sup>, por otro. Ambos instrumentos jurídicos están inspirados por principios similares, razón por la cual la regulación de la tutela cautelar en ambos textos legales guarda un gran paralelismo. Por lo que a este artículo respecta, 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 25.1 *in fine* 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.

Indudablemente, son medidas con un marcado carácter auxiliar e instrumental puesto que están al servicio de un procedimiento principal. Por lo tanto, para delimitar el ámbito material de aplicación de las mismas 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 incardinan<sup>7</sup>. Dicho en otros

---

(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). Hay que tener en cuenta las posteriores modificaciones de sus Anexos.

(6) Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE nº 164, de 10 de julio).

(7) Sobre la naturaleza auxiliar de este tipo de medidas, véase la jurisprudencia del TJCE, especialmente su sentencia de 27 de marzo de 1979, asunto 143/78, De Cavel, Rec. 1979, pp. 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 de aplicación material del entonces Convenio de Bruselas, que debían adoptarse en el curso de un procedimiento de divorcio, expresamente excluido del mismo.

términos, será aplicable cuando se trate de medidas cautelares que tengan por finalidad asegurar el buen fin del concurso en el que el deudor concursado tenga su centro principal de intereses un Estado miembros. Llegados a este punto, no debe olvidarse que el procedimiento judicial seguido en Alemania no es de naturaleza concursal, razón por la cual no entran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento de insolvencia y se rigen por lo dispuesto en el Reglamento (CE) 44/2001<sup>8</sup>. Sin embargo, el síndico del procedimiento principal sí podría adoptar medidas asegurativas sobre los bienes situados en Alemania para evitar que los mismos sean indebidamente sustraídos de la masa del concurso.

## ***2. Medidas adoptadas tras la apertura del procedimiento principal***

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

En el primer caso, tendrán un carácter universal y extenderán sus efectos a todo el territorio comunitario, con independencia del lugar en el que se encuentren las personas sobre las que recaen 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 hacerlo<sup>9</sup>. No obstante, el propio Reglamento reconoce legitimidad a los síndicos para hacerlo<sup>10</sup>.

---

(8) Reglamento (CE) nº 44/2001 el Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L, 12, de 16 de enero de 2001).

(9) El Informe VIRGOS/SCHMIT al Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995 (publicado en *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, Civitas, 2003) señala, entre las diferentes formas que estas medidas pueden adoptar, las órdenes provisionales de hacer o no hacer, el nombramiento de un administrador temporal o el embargo de bienes.

(10) Según el artículo 18.1 del Reglamento 1346/2000, *“El síndico designado por un tribunal competente en virtud del apartado 1 del artículo 3 podrá ejercer en el territorio de otro Estado miembro todos los poderes que le hayan sido conferidos por la Ley del Estado en el que se haya abierto el procedimiento en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptada ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de una solicitud*



Junto a esta posibilidad, también se contempla la facultad de instar la adopción de medidas cautelares ante las autoridades del Estado en el que deben surtir efecto, siempre y cuando éstas tengan competencia para ello y se cumplan los requisitos exigidos por su ley nacional. Evidentemente, los efectos de la decisión cautelar se circunscribirán al territorio del Estado en el que se adopten y, dado su carácter auxiliar, quedarán subordinadas a las decisiones que tome el tribunal que conoce del procedimiento principal, quien podrá ordenar su modificación o alzamiento<sup>11</sup>.

Estrechamente relacionado con la competencia para la adopción de las medidas cautelares, está el problema de la localización de los bienes sobre los cuales va a recaer la medida, cuestión de gran importancia cuando la medida consiste en la traba de un bien no material y tangible como puede ser un crédito o una cuenta corriente. En relación con los créditos del concursado, el Reglamento de insolvencia, en su art. 2 g), establece que estos se ubican en el Estado en el que el deudor tiene su centro de intereses principales.

Por lo que a la localización de las cuentas corrientes respecta, el Reglamento guarda silencio, aunque puede entenderse que se hallan en el Estado donde se encuentra la oficina bancaria en la que se han abierto las cuentas<sup>12</sup>.

### ***3. Medidas adoptadas antes de la apertura del procedimiento principal***

Una vez incoado el procedimiento principal de insolvencia, el Reglamento comunitario no restringe el derecho a solicitar la apertura de un procedimiento secundario en el Estado en que el concursado tenga un establecimiento puesto que estarán legitimados para ello el síndico del procedimiento principal y cualquier otra persona o autoridad habilitada para solicitar la apertura de un

---

...  
*de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado. En especial, podrá trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 7”.*

(11) La subordinación del procedimiento territorial al principal se evidencia en el artículo 31 RI, 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”.*

(12) J. MARSHALL, *European Cross order insolvency*, London, 2005, par. 58; M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*, Madrid, 2003, p. 167.

procedimiento de insolvencia con arreglo a la legislación del Estado miembro en cuyo territorio se inste la apertura del procedimiento secundario<sup>13</sup>.

Sin embargo, si no existe un procedimiento principal previamente abierto, el síndico 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 este riesgo, el artículo 38 del Reglamento (CE) 136/2000 faculta al administrador provisional para solicitar las medidas cautelares necesarias para asegurar el buen fin del procedimiento concursal principal, protegiendo la eficacia de un eventual procedimiento secundario futuro. En cualquier caso, los requisitos, el contenido y alcance de tales medidas serán los previstos por la legislación nacional del Estado miembro en el que se soliciten las medidas cautelares.

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 de dicho procedimiento concursal.

#### **IV. Efectos del concurso sobre los procedimientos pendientes en otro Estado**

El artículo 15 del Reglamento 1346/2000 establece que los efectos del concurso sobre los procedimientos pendientes se regirán por la ley del Estado donde pende tal procedimiento. En una primera aproximación pudiera parecer que este precepto sería argumento jurídico suficiente para legitimar la subordinación del embargo trabado en Alemania a la legislación polaca. Sin embargo, dos son las circunstancias que motivan su inaplicación en el asunto. En primer lugar, para que esta excepción a la *lex concursus* sea aplicable es requisito *sine qua non* que el procedimiento alemán sea un procedimiento en curso. Sin embargo, el embargo preventivo adoptado por las autoridades alemanas es de fecha posterior a la resolución de apertura del concurso en Polonia, por lo que

---

(13) Artículo 29 del Reglamento (CE) 1346/2000.

la relación entre el procedimiento alemán y el polaco no puede regirse por este precepto legal. Y en segundo lugar, la excepción del artículo 15 relativa a los “procedimientos en curso” parece estar restringida a los litigios declarativos. En este sentido, aunque el tenor literal del Reglamento no es tan taxativo como lo es el artículo 209 de la Ley Concursal, no parece que sea aplicable ni a los juicios ejecutivos, ni a las medidas cautelares que pretenden garantizar la efectividad de una futura ejecución puesto que el éxito del concurso precisa necesariamente de aplicar la legislación concursal a las ejecuciones individuales y a las medidas cautelares que tienden a asegurar una futura ejecución<sup>14</sup>.

Más efectiva resulta la aplicación del artículo 4.2.f) del Reglamento 1346/2000, según el cual la ley del Estado de apertura determinará los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales, con excepción de los procesos en curso. La duda que en este punto se plantea es si el embargo preventivo trabado por las autoridades alemanas puede ser calificado como ejecución individual. Las diferentes versiones lingüísticas del Reglamento de insolvencia parecen legitimar una interpretación amplia de este término, no restringida exclusivamente a los procedimientos de ejecución estrictamente considerados, y comprensiva de ciertas medidas cautelares como el embargo preventivo de bienes<sup>15</sup>, interpretación que además ha sido la mantenida por el TJUE en el asunto de referencia.

## **V. El reconocimiento de la resolución de apertura y su relación con el embargo preventivo adoptado en Alemania**

El Reglamento (CE) 1346/2000 acoge el principio de reconocimiento inmediato y automático, directamente inspirado en el sistema de libre circulación de resoluciones judiciales diseñado en un principio por el Convenio de Bruselas y posteriormente por el Reglamento (CE) 44/2001. De esta manera aspira a eliminar cualquier lapso de tiempo entre el momento en que la resolución de apertura surte efectos en el Estado de origen y el momento en el que tales efectos se extienden al territorio de todos aquellos Estados miembros en los que se localicen bienes del deudor. En definitiva, el Reglamento de insol-

---

(14) M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento ...*, pp. 139 y ss.

(15) En este sentido, la versión italiana alude a “*effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali*”; la francesa a “*les effets de la procédure d’insolvabilité sur les poursuites individuelles*”; la versión inglesa a “*les effects of the insolvency proceedings on proceedings brought by individual creditors*”; o la portuguesa a “*Os efeitos do processo de insolvência nas acções individuais*”.

vencia está diseñado para evitar situaciones como las del asunto *MG Probud*, en el que la Seguridad Social alemana, concedora de la situación concursal en la que se encontraba la empresa polaca y temerosa de no obtener la satisfacción de su crédito en el procedimiento de insolvencia, insta la adopción de unas medidas cautelares dirigidas a alterar *de facto* el orden legal de prelación de créditos del proceso principal seguido en Polonia. Para ello, el artículo 16.1 del Reglamento de Insolvencias establece que:

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

La determinación del momento en que la resolución de apertura produce efectos en el Estado de origen ha sido una cuestión controvertida y ha sido objeto de análisis en varios pronunciamientos del TJCE. Así, en el asunto *STAUBITZ-SCHREIBER*, el Tribunal de Justicia decidió que el momento temporalmente relevante es el de la presentación de la solicitud de apertura ante el tribunal o autoridad nacional competente<sup>16</sup>. La solución adoptada por el Tribunal de Justicia comunitario garantiza una mayor seguridad jurídica a los acreedores y es coherente con el principio general de la *perpetuatio iurisdictionis*.

En *EUROFOOD* la cuestión del factor tiempo también fue analizada y el TJCE consideró que el principio de reconocimiento mutuo debe aplicarse tan pronto como sea posible con el objetivo de garantizar la eficacia del sistema creado por el Reglamento y de prevenir que la competencia sea reclamada por más de un Estado. Por ello entendió que debía considerarse:

*“una «resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia» en el sentido del Reglamento no sólo una resolución calificada formalmente de resolución de apertura por la normativa del Estado miembro al que pertenezca el órgano jurisdiccional que la ha adoptado, sino también la resolución adoptada a raíz de una solicitud, fundada en la insolvencia del deudor, de apertura de un procedimiento contemplado en el anexo A del Reglamento, cuando tal resolución implica el desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un síndico contemplado en el anexo C del citado Reglamento. Dicho desapoderamiento conlleva la pérdida de las facultades de gestión que el deudor tiene sobre su patrimonio”<sup>17</sup>.*

---

(16) STJCE de 17 de enero de 2006, *Staubitz-Schreiber*, C-1/04, Rec. 2006, p. I-701.

(17) STJCE de 2 de mayo de 2006, *Eurofood IFSC*, *cit.* apartado 54.

Al igual que sucede con el argumento temporal expuesto en los párrafos precedentes, tampoco el recurso a los motivos de denegación del reconocimiento de la resolución de apertura respaldan la efectividad del embargo preventivo frente a la resolución de apertura del concurso dictada en Polonia. La sentencia del TJUE recuerda que el reconocimiento de esta resolución sólo se puede rechazar si la decisión de apertura vulnera manifiestamente el orden público del Estado requerido, en especial, sus principios fundamentales o los derechos y las libertades individuales garantizados por su Constitución<sup>18</sup> o cuando tenga por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal<sup>19</sup>. Ninguno de estos motivos está presente en el caso ni ha sido alegado por parte de las autoridades alemanas y, de hecho, se trata de condiciones que deben ser objeto de interpretación restrictiva puesto que, como ha destacado el Tribunal de Justicia, constituyen un obstáculo a la consecución de uno de sus objetivos fundamentales: la libre circulación de resoluciones<sup>20</sup>.

Esta regulación tan restrictiva contrasta con los artículos 34 y 35 del Reglamento (CE) 44/2001, que proporcionan un elenco de motivos más amplio por los que se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución extranjera. Sin embargo el Reglamento 1346/200 se ha apartado de esta regulación puesto que tales motivos han sido considerados por el legislador comunitario como una válvula de escape por la que los Estados miembros diferentes al de la apertura del procedimiento principal podrían revisar la resolución de apertura y controlar la competencia del juez de origen<sup>21</sup>.

En cualquier caso, una vez dictada la resolución de apertura en Polonia, los efectos que ésta produzca sobre los embargos trabados en Alemania serán determinados por la legislación polaca. En este sentido, el artículo 17 del Reglamento (CE) 1346/2000 acoge el modelo de extensión de los efectos, según el cual la resolución de apertura producirá, sin ningún otro trámite, en cualquier otro Estado miembro, los efectos que le atribuya la Ley del Estado en que se haya abierto el procedimiento, siempre y cuando en este otro Estado miembro no exista un procedimiento territorial en curso.

---

(18) Artículo 26.

(19) Artículo 25.

(20) STJCE de 28 de marzo de 2000, Krombach, C-7/98, Rec. p. I-1935, apartados 19 y 21; STJCE de 2 de mayo de 2006, Eurofood IFSC, C-341/04, *cit.*, apartado 62.

(21) STJCE de 2 de mayo de 2006, Eurofood IFSC, *cit.*, apartados 41 y 42.

Por lo tanto, la única posibilidad de la Seguridad Social alemana para blindar su crédito al procedimiento concursal abierto en Polonia hubiera sido la apertura de un procedimiento territorial en este país ya que según se infiere del relato de los hechos en la resolución del TJUE parece que existe un establecimiento de la concursada en territorio alemán<sup>22</sup>.

---

(22) En cualquier caso, la idoneidad del recurso a la apertura de un concurso territorial para satisfacer el interés del acreedor puede resultar controvertida. En este sentido, *vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “El procedimiento auxiliar de insolvencia: una nueva configuración del Derecho concursal internacional”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 153-198.