



Universidad
de Alcalá

BIBLIOTECA

Document downloaded from the institutional repository of the University of Alcalá: <http://ebuah.uah.es/dspace/>

This is a version of the following document:

Marcos González, M. (2007), "El Derecho Procesal frente a la globalización". *Primera Convención Internacional de Derecho, El Derecho frente a la globalización: retos y perspectivas en el mundo jurídico*, Cajamarca, Perú, 15-17 de noviembre de 2007.

Universidad
de Alcalá
(Article begins on next page)



This work is licensed under a

Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives
4.0 International License.

EL DERECHO PROCESAL ANTE LA GLOBALIZACIÓN

“Mundo solo hay uno”
Inca Garcilaso de la Vega

María Marcos González Lecuona
Prof^a Titular de Derecho Procesal
Universidad de Alcalá
(Madrid)

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Dificultades en la globalización del Derecho Procesal. III. Globalización procesal en la Unión Europea. 1. La globalización procesal penal en Europa a través de la Euroorden. 2. Globalización procesal en Europa a través del Reglamento Comunitario de Insolvencia.

En este trabajo nos proponemos analizar algunas de las cuestiones que plantea la globalización del comercio y de los comportamientos delictivos al Derecho Procesal. Nos encontramos ante un tema complejo, de límites difusos y de permanente actualidad que excede a la configuración actual del Derecho Procesal, tal y como se estudia en nuestras facultades o como se articula en nuestros textos normativos, nacionales, comunitarios o internacionales. Y estas características justifican el que podamos calificar a nuestro empeño de un auténtico reto.

Por nuestra propia voluntad no lo hubiéramos afrontado ya que seguramente hubiéramos dirigido nuestra atención hacia otros aspectos del Derecho Procesal menos novedosos y menos ambiciosos; sin embargo, el hecho de participar en esta Primera Convención Internacional de Derecho para discutir sobre la relación entre el Derecho y la Globalización, junto a prestigiosos juristas de diversas nacionalidades, nos ha obligado a plantearnos esta interesante cuestión y a reflexionar sobre la misma.

Les confieso que a pesar del tiempo dedicado a su examen, todavía tengo más preguntas que respuestas por lo que muchas de las cuestiones planteadas permanecen abiertas; sin embargo, las provisionales conclusiones a las que he podido llegar las expongo aquí para que sean objeto de crítica y de este modo puedan ser rectificadas con las atinadas

aportaciones de los demás ponentes con quienes me honro en compartir esta sección, y del público en general.

Dirijo con particular afecto mi más sincero agradecimiento a la Universidad Alas Peruanas que, en la persona de su vicerrector adjunto, dr. Albert Vladimir Cabanillas Malaver, me hizo llegar esta amable y generosa invitación. A la vez felicito a la Universidad por su empeño en formar profesionales del Derecho que conozcan el mundo globalizado en el que viven y en el que deberán ejercer su profesión para seguir colaborando en la sólida edificación del Perú.

I. Consideraciones preliminares

La globalización es un hecho en la civilización humana actual¹, si bien se presenta con distinta intensidad y expansión a lo largo y ancho de nuestro planeta. Podemos estar a favor o en contra de la misma pero la realidad es que avanza a grandes pasos en esta sociedad del Tercer Milenio debido, fundamentalmente, a que la Internet ha borrado las fronteras de tiempo y espacio entre los distintos países de la Tierra lo que permite a los ciudadanos del mundo una intercomunicación “en tiempo real” y una transferencia inmediata de conocimientos y acuerdos, en proporciones hasta ahora desconocidas².

A lo largo de estas páginas no tenemos intención alguna de emitir juicios de valor sobre las consecuencias de este complejo fenómeno en la convivencia diaria de las personas que pueblan la tierra, -aunque no resulta fácil sustraerse a la tentación de hacerlo- ya que no queremos tratar el fenómeno de la globalización desde postulados abiertamente ideológicos y, mucho menos, desde perspectivas demagógicas; nuestro propósito se centra exclusivamente en constatar en qué medida el Derecho Procesal está respondiendo ante la globalización de la realidad en la que debe desarrollar su función.

¹ “Parece muy «progre» oponerse a la globalización; pero no es útil ni razonable. Lo acertado es aprovechar sus buenos frutos y separarlos de la cizaña de las injusticias. Y para luchar contra éstas no hay más arma que el Derecho. Así lo proclamaba, en el ámbito que le es propio, el título del Congreso de Uncitral: «Un Derecho moderno para un comercio globalizado». Éste es una realidad; aquél es todavía un ideal por el que se nos convoca a los juristas” (OLIVENCIA, M. *Globalización y Derecho* (E:\globalizacion\ABC_es opinion - la-tercera - Globalización y derecho.mht).

² V. OLIVENCIA, M. *Globalización y Derecho*, op. cit.

Para cumplir con este propósito debemos contar, en primer lugar, con un concepto claro y preciso sobre qué es la globalización. Y aquí es donde surge la primera dificultad puesto que los autores no se han puesto todavía de acuerdo sobre qué es exactamente la globalización en términos generales, y tampoco ha sido elaborado un concepto técnico aplicable al campo jurídico.

Sin embargo, parece que hay un consenso entre la mayoría de los autores por el que se defiende que una característica definitoria de la *globalización* es la superación de los límites locales o de las fronteras nacionales³. Por otro lado, la definición que publica la Real Academia Española sobre globalización coincide con este planteamiento⁴.

Trasladando, por tanto, el significado del término globalización al objeto de nuestro estudio podemos afirmar, siquiera de forma incipiente, que entendemos por “globalización del Derecho Procesal” el fenómeno por el cual esta rama del ordenamiento jurídico supera las fronteras de un determinado espacio territorial nacional.

La institución que, a nuestro juicio, representa de forma genuina la globalización del Derecho Procesal es el *arbitraje comercial internacional* puesto que el laudo arbitral internacional suele ser transportable ante un número elevado de países en los que puede producir efectos jurídicos, por lo que atraviesa fronteras nacionales sin dificultad.

³LÓPEZ AYLLÓN “entiende por globalización un conjunto de procesos que engloba una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y las transacciones sociales, y que genera flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes (V. LÓPEZ AYLLÓN, S. *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad jurídica*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1572>, p.83). SANTOS afirma que es "un proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales" (V. SANTOS, B de S, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 56); en el mismo sentido, V. ANNAN, K. *¿Qué es la globalización?*, El Comercio, Perú, 12 enero 2001, (V. E:\globalizacion\De otras fuentes - ¿Qué es la globalización.mht).

⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición) la globalización es la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales” (<http://buscon.rae.es/draeI/>).

Junto al arbitraje comercial internacional como paradigma de globalización procesal nos encontramos con otras realidades que también constituyen, a nuestro juicio, manifestaciones de cierto grado de globalización de esta rama del Derecho como son, las diversas creaciones de espacios judiciales supranacionales, como el europeo, en los que se pretende que circulen libremente determinadas resoluciones judiciales en un ámbito territorial superior al nacional -en materias como la extradición simplificada por algunos delitos, o en los procedimientos de insolvencias transfronterizas, o en materia civil y mercantil-. Y es precisamente en la construcción de este espacio judicial europeo en el que nos centraremos a continuación.

La Europa de los 27 se encuentra inmersa en la construcción de un “espacio judicial europeo” que aspira a la libre circulación de las decisiones judiciales.

El Tratado de Lisboa⁵, que será firmado el próximo diciembre de 2007, y se constituirá en el documento rector de la Unión Europea, dispone al respecto que “la Unión facilitará la tutela judicial garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil” (artículo 61.4).

El Capítulo 3 del Título IV (Espacio de Libertad, seguridad y justicia) se refiere a la cooperación judicial en materia civil y establece en su artículo 69 D (artículo III-269) que “1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1 y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, por el procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

⁵ V. Texto en <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007>, actualizado a noviembre de 2007.

- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;
- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia”.

Por su parte, el artículo 69 E (artículo III-270) establece la regulación sobre la Cooperación Judicial en materia penal en los siguientes términos:

“1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 69 F.

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, por el procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a:

- a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas;
- b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros;
- c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia;
- d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas por el procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros.

Estas normas se referirán a:

- a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros;
- b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal;
- c) los derechos de las víctimas de los delitos;
- d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad previa aprobación del Parlamento Europeo.

La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas”.

Actualmente, en el ámbito procesal civil son seis los reglamentos comunitarios⁶, de aplicación directa, que han entrado en vigor en los últimos cinco años con los que se está construyendo este “espacio judicial europeo”. Y en el ámbito penal, la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁷ se ha implantado en la totalidad de los ordenamientos jurídicos de la Europa de los 27.

⁶ Seis son los Reglamentos (CE) vigentes relativos a cuestiones procesales civiles con los que se está construyendo y consolidando este “espacio judicial europeo”, a saber: 1) el Reglamento (CE) nº 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil [DOL nº 174, de 27 de junio (LCEur 2001, 2232)]; 2) el Reglamento (CE) nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones civiles en materia civil y mercantil [DOL nº 12, de 16 de enero 2001; rect. DOL nº 307, de 24 de noviembre 2001 y DOL nº 176, de 5 de julio 2002 (LCEur 2001, 84, 4086 y LCEur 2002, 2389)]; 3) el Reglamento (CE) nº 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativa a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil [DOL nº160, de 30 de junio (LCEur 2000, 1559)]; 4) el Reglamento (CE) nº 2201/2003, de 27 de noviembre 2003, del Consejo, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, de 29 de mayo [DOL nº 338, de 23 de diciembre (LCEur 2003, 4396)]; 5) el que es objeto de nuestro estudio, Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia [DOL nº 160, de 30 de junio, rect. DOL nº 176, de 5 de julio de 2002 (LCEur 2000, 1557 y LCEur 2002, 2380)], y 6) el Reglamento (CE) 805/2004, de 21 de abril 2004, del Parlamento europeo y del Consejo, que establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados [DOL nº 143, de 30 de abril (LCEur 2004, 1840)].

⁷ Decisión Marco (2002/584/JAI), DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002. Nos encontramos ante el *tercer* pilar de la Unión Europea, relativo a Justicia e Interior, con sus peculiares instrumentos normativos; “La Decisión Marco es un caso típico de instrumento normativo indirecto, que tiene un alcance similar al de una directiva, aunque con la diferencia más teórica que real que, mientras que ésta obliga en sus resultados, la decisión es obligatoria en todos sus elementos aunque carezca de aplicabilidad directa en cuanto a modificar situaciones jurídicas nacionales” (Dictamen del Consejo de Estado, número de expediente: 2921/2002, Justicia, Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega, p.5, <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/NCR/spain48.htm>). Es decir, “una decisión marco es vinculante para los Estados miembros por lo que respecta al resultado que debe alcanzarse, pero les deja libertad en cuanto a los medios para alcanzarlo” (Europa Rapid Press, Reference: MEMO/07/288 Date: 11/07/2007).

No parece sencilla la construcción de un espacio judicial europeo en el que los jueces de cada Estado miembro renuncien a ejercer su propia soberanía.

II. Dificultades en la globalización del Derecho Procesal

De todos es conocido que el Derecho Procesal es un Derecho de fuerte carácter nacional puesto que es el Derecho que, principalmente, se ejercita por o ante el Poder Judicial de un país concreto.

En consecuencia, esta rama del ordenamiento jurídico nace profundamente vinculado a una de las ramas del Poder de un determinado país lo que implica que su ámbito de aplicación está circunscrito a los límites de la soberanía de dicho país.

De este modo, las resoluciones dictadas, por ejemplo, por un juez español despliegan su eficacia sólo en España, y en el supuesto en el que alguna de las partes, o las dos, quisieran que dicha resolución surtiera efecto en otro país, deberían someter la decisión del juez español a un examen de homologación (o *exequatur*) ante los órganos jurisdiccionales del país extranjero; de dicho examen de homologación puede resultar finalmente que las autoridades judiciales del nuevo país rechacen el pretendido reconocimiento por alguno de los motivos previstos en su Derecho Internacional Privado⁸.

Por otro lado, las facultades de ejecución de los jueces españoles están limitadas al territorio de España⁹ por lo que un juez español no tiene jurisdicción para realizar un embargo válido, por ejemplo, sobre bienes situados en otro país distinto a España. Por la misma razón tampoco podrán adoptar medidas cautelares sobre personas o bienes

⁸ Sobre los diferentes sistemas jurídicos de ejecución de sentencias extranjeras V. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Ejecución de resoluciones patrimoniales en la unión europea: el reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000*, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/international_law/revista_3/12.pdf, p. 382.

⁹ V., por todos, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, 5ª edición, Granada, 2004.

situados fuera de nuestras fronteras o practicar por sí mismos una diligencia probatoria en territorio extranjero.

En todos estos supuestos, las autoridades judiciales deben acudir a la institución conocida como *cooperación judicial internacional* por la que los jueces de un determinado país solicitan colaboración jurisdiccional a los jueces de otro país para el desarrollo de alguna actividad procesal para la que carecen de jurisdicción.

Esta misma conclusión, y apoyada en los mismos motivos, podemos hacerla extensiva a las diligencias de investigación desarrolladas por los miembros de Policía Judicial que necesariamente deben realizarse dentro de nuestros límites fronterizos.

Bien, pues esta situación de territorialidad nacional expuesta que caracteriza al Derecho Procesal tradicional pretende ser superada en la actualidad, como efecto de la globalización, y en su lugar establecer un nuevo Derecho Procesal de ámbito supranacional en el que las resoluciones judiciales circulen libremente en un territorio más amplio que el nacional y extiendan sus efectos más allá de los límites fronterizos, produciendo efectos jurídicos en otros países, sin necesidad de proceso alguno de homologación¹⁰.

III. Globalización procesal en la Unión Europea

El mecanismo utilizado en la Unión Europea para consolidar este espacio judicial europeo ha sido el del *reconocimiento automático* de las resoluciones judiciales dictadas entre los jueces de los distintos Estados Miembros¹¹.

¹⁰ Sobre las variantes que presentan el sistema de *exequatur* en el panorama internacional, V. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Ejecución de resoluciones patrimoniales*, op. y loc.cit., pp.380-383).

¹¹ Este mecanismo ha merecido algunas críticas: “En la situación actual, el Consejo está mostrándose excesivamente timorato en lo que respecta a la armonización, por cuanto que hace recaer toda la carga de la construcción del espacio judicial europeo en el reconocimiento mutuo. Tal método permite lograr avances, pero sus repercusiones resultan limitadas si la base legislativa común es demasiado estrecha [Documento de trabajo sobre las repercusiones de la orden de detención europea en los derechos fundamentales; primeras orientaciones con vistas a una recomendación al Consejo, Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - COM(2005)0063 y SEC(2005)0267) página 66].

Este *reconocimiento automático* implica el más alto grado de eficacia de una resolución judicial en un país extranjero puesto que la sentencia extranjera recibe prácticamente el mismo tratamiento jurídico que una sentencia nacional. El juez extranjero merece la misma confianza que el juez nacional y, en consecuencia, la resolución dictada no precisa de ningún control interno para que despliegue todos sus efectos.

Los textos legislativos comunitarios recogen expresamente este mecanismo del reconocimiento automático de las decisiones judiciales tanto en el ámbito civil como en el ámbito penal. De este modo, la normativa comunitaria impone la confianza recíproca a todos los jueces de la Unión Europea¹².

Desde una primera aproximación a este fenómeno, podríamos felicitar a la Unión Europea por haber logrado en un tiempo récord, y tan sólo con la entrada en vigor de ciertos textos comunitarios, que los jueces de los diversos Estados Miembros abandonen la mutua desconfianza y el recelo que se dispensaban y pasen a ofrecerse una recíproca confianza absoluta.

Y si nos quedáramos solamente con las declaraciones de algunos políticos o con las Exposiciones de Motivos de los textos legales, podríamos pensar que el espacio judicial europeo es hoy una *realidad consolidada* en la que, por ejemplo, un juez español solicita a un juez alemán la entrega de un delincuente y este lo envía de forma automática; o en la que un juez francés declara la insolvencia de una empresa e inmediatamente y de forma automática los demás Estados Miembros reconocen la eficacia de esta declaración y además permiten al Síndico del proceso que actúe en todo el territorio de la Unión Europea.

¹² Desde la trascendencia de este instrumento comunitario “no puede por menos de lamentarse que, siendo la orden de detención europea un instrumento perteneciente al tercer pilar basado en los artículos 31 y 24 del Tratado de la Unión Europea, se hayan limitado la función del Parlamento Europeo en su adopción y el control por parte del Tribunal de Justicia” [*Documento de trabajo sobre las repercusiones de la orden de detención europea en los derechos fundamentales; primeras orientaciones con vistas a una recomendación al Consejo*, Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - COM(2005)0063 y SEC(2005)0267) página 66].

Nuestros textos legales es lo que establecen; sin embargo, este panorama descrito parece más de *ciencia ficción* que de realidad jurídica.

Es verdad que estamos ante un fenómeno nuevo puesto que la normativa comunitaria data de los últimos cinco años; sin embargo los primeros problemas ya han comenzado a surgir y evidencian que, a pesar de la buena intención del legislador, *aún estamos lejos de conseguir esta pretendida eficacia automática.*

Desde esta perspectiva crítica hacia el pretendido *reconocimiento automático* de la decisiones judiciales, nos centraremos a continuación en dos cuestiones; en la primera, pondremos de manifiesto las dificultades que han surgido entre los Estados Miembros en torno a la orden europea de detención y entrega; en la segunda, examinaremos la regulación contenida en el Reglamento Europeo de Insolvencia transfronteriza que ha apostado por un reconocimiento automático de las resoluciones.

1. La globalización procesal penal en Europa a través de la Euroorden

Comenzaremos con la *orden europea de detención y entrega* o, como se conoce de forma más coloquial, “euroorden”. Resulta de particular interés el estudio de esta normativa ya que se ha presentado como el primer intento de aplicación del principio de reconocimiento automático de las decisiones judiciales entre Estados Miembros de la Unión Europea¹³.

Para ser coherentes con nuestras anteriores afirmaciones expondremos, en primer lugar, las palabras que pronunció el entonces *Ministro de Justicia español* a la entrada en vigor de la ley 3/2003¹⁴; “la extradición se concibió para cuando los países se llamaban entre sí potencias, desconfiaban mutuamente y buscaban en quien huía de otro país un colaborador para fines propios de ese país contra la potencia de la que desconfiaban. No tiene sentido que sigamos hoy con la extradición cuando hoy nos llamamos socios, cuando hoy somos miembros de la misma Unión Europea. (Con la euroorden) España

¹³ V. COBO DEL ROSAL, M. op.cit.

¹⁴ Ley española 3/2003, de 14 de marzo, de orden europea de detención y entrega, BOE núm. 65, de 17 de marzo [RCL 2003, 731].

da un paso importante junto con los demás países de la Unión Europea en la libre circulación del Estado de Derecho, en la libre circulación de las decisiones judiciales. A partir de ahora se instala no el principio de la mutua desconfianza y el recelo, sino que éste es sustituido por el principio lógico de la *mutua confianza* de los ordenamientos judiciales en los ordenamientos judiciales”¹⁵.

La orden europea de detención y procedimientos de entrega es un instrumento práctico que vincula a los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra el terrorismo y otros delitos graves con respecto a los cuales ya no se controla la existencia de doble incriminación¹⁶ (como son la trata de seres humanos, explotación sexual de niños, racismo y xenofobia, y una larga lista de hasta 32 delitos graves; artículo 9). La protección de los derechos fundamentales se garantiza en todo el territorio de la Unión Europea puesto que todos los Estados Miembros protegen de forma similar estos derechos expresamente reconocidos en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁷.

La Euroorden se caracteriza principalmente por la *simplicidad* del procedimiento y por su carácter *jurisdiccional* ya que sólo los jueces tienen competencia para conocer de estas materias y no los Ejecutivos de los respectivos Estados Miembros, como sucede en los procesos de extradición. También destaca la *agilidad* del procedimiento ya que si hay consentimiento a la entrega, la decisión ha de adoptarse en los 10 días siguientes a la prestación del consentimiento. En caso de que la persona reclamada no consienta en la entrega, la decisión se adoptará en los 60 días siguientes a la detención.

¹⁵ MICHAVILA NUÑEZ, DS Senado, Pleno, núm. 124, de 26/02/2003, p.7678.

¹⁶ “Desaparecen la exigible doble incriminación, así como el relativo a la no entrega de nacionales o los calificados como delitos políticos, ya que en el espacio en el que opera el principio de reconocimiento mutuo que es un espacio de confianza recíproco, proceder a una verificación de la situación política del Estado emisor de la Orden europea no parece que tenga ya sentido” (COBO DEL ROSAL, M. op. y loc.cit.).

¹⁷ Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18.12.2000, C 364/01. El artículo 19 de este texto dispone que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes”.

En este sentido, el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas¹⁸, de 23 de febrero de 2005 afirma que “de hecho, gracias a la entrada en vigor de la Decisión Marco, la duración media de ejecución de una solicitud pasó de más de nueve meses a cuarenta y tres días, según una estimación provisional. Y ello sin contar los casos frecuentes en los que la persona está de acuerdo con su entrega, supuesto en el que la duración media asciende a trece días”.

La aplicación del principio de *reconocimiento mutuo* supone que cada autoridad judicial nacional reconoce *ipso facto* la solicitud de orden europea de detención y entrega de una persona, cursada por la autoridad judicial de otro Estado miembro¹⁹, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden realice un nuevo examen de la solicitud para comprobar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno.

Quien se aproxime de forma incipiente, por ejemplo, a la legislación española sobre la orden europea de detención y entrega –y, en particular a su Exposición de Motivos– puede concluir que se encuentra ante una institución por la que se consigue una aplicación *cuasiautomática e inmediata* de las resoluciones judiciales de detención y entrega de sospechosos o condenados, en el seno de la Unión Europea²⁰, con la misma eficacia que si se tratara de la aplicación de resoluciones entre jueces del mismo Estado miembro²¹.

¹⁸ Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden europea de detención y entrega, y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Bruselas, 23.02.2005, COM (2005), 63 final.

¹⁹ Exposición de Motivos de la citada Decisión Marco del Consejo, (2).

²⁰ “Una vez recibida la Orden por la autoridad judicial, ésta la admitirá de manera prácticamente automática, robotizada, diría yo, y sin necesidad de que el Estado requerido realice una nueva valoración, puesto que la mínima lista de motivos que permiten su denegación conceden un escaso margen de maniobra a la autoridad judicial receptora de la orden para el cumplimiento de la misma” (COBO DEL ROSAL, M. op. y loc.cit.)

²¹ V. DELGADO MARTIN, J. *El principio de reconocimiento mutuo: un paso más en la cooperación judicial internacional*, <http://www.abogarte.com.ar/reconocimientomutuo.htm>, p.2.

Sin embargo, la realidad jurídica no es así y para demostrarlo basta poner de manifiesto las dificultades que han surgido en la práctica y que han cuestionado el referido *reconocimiento automático*²²:

A) los principales problemas han surgido en relación a los *derechos fundamentales* puesto que algunos Estados miembros protegen a sus ciudadanos a través del derecho constitucional a la no *entrega del nacional*²³; de hecho algunos Estados Miembros han tenido que modificar su Constitución²⁴.

a) Al respecto, el Tribunal Constitucional **Alemán**, en sentencia de 18 de julio de 2005²⁵, declaró inconstitucional la ley nacional alemana de euroorden por considerar que no protege suficientemente los derechos fundamentales de los presuntos criminales alemanes y, en particular, el artículo 16 de la Constitución por el que no se puede extraditar a nacionales alemanes, salvo en casos muy excepcionales y únicamente a países miembros de la Unión Europea y a Tribunales Internacionales²⁶.

²² Incluso hay autores que hablan del “fracaso” de la Euroorden; al respecto, afirma COBO DEL ROSAL que “la Comunidad Europea no es un Estado ni tampoco una Nación, ahora que está de moda éste termino. Es un conjunto de Estados por vigencia de Tratados entre ellos, pero conservando, en cierta medida sus propios distintivos soberanos. Algunas veces los políticos se olvidan de esto. Creen que “todo el monte es orégano”. No es así, y buena prueba de ello es lo que está sucediendo con la Orden Europea de Detención y entrega Judicial. Que desde su nacimiento he criticado por escrito y de palabra, y ahora me siento adulado, verdadera y gratamente con que, sobre todo Francia y antes Alemania, hayan resuelto de conformidad con los postulados que he expuesto. España les va a la zaga, pues después de serias “meteduras de pata”, sobre todo por su complacencia con la República de Francia, parece que ahora, por la influencia sin duda, del pensamiento Jurídico –penal alemán, se está imponiendo la tesis contraria y muy crítica a la orden comunitaria” (COBO DEL ROSAL, M. *Todo lo que hay que saber sobre la orden europea de detención y entrega*, www.noticias.juridicas.mht, 14 octubre 2007).

²³ Estas dificultades se han recogido expresamente en el Documento de Trabajo sobre las repercusiones de la orden de detención europea en los derechos fundamentales; primeras orientaciones con vistas a una recomendación al Consejo [Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros - COM(2005)0063 y SEC(2005)0267), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior], afirmando que “tal como pone de manifiesto la situación alemana, la aplicación integral y coherente de la orden de detención entre Estados miembros va a requerir aún numerosos esfuerzos”.

²⁴ Es el caso de Portugal, Francia, Eslovenia, Polonia y Chipre (EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007).

²⁵ Sentencia del Bundesverfassungsgericht de 18 de julio de 2005, BvefG 18.07.2005 (2BvR 2236/04).

²⁶ V. Comunidad Europea en la prensa (18 julio 2005), <http://www.ucm.es/cgi-bin>

De este modo, aunque los Diputados del Bundestag aceptaron la trasposición de la Decisión Marco al sistema legislativo germano, sin embargo el Tribunal Constitucional decidió *dejar en suspenso su aplicación* al entender que los ciudadanos alemanes quedaban desamparados.

Bajo esta decisión, Alemania rechazó la euroorden presentada por la Audiencia Nacional de España solicitando la entrega de un ciudadano sirio-alemán acusado de dirigir asuntos administrativos y logísticos de Al Qaeda en Europa y, por otro, estuvo tramitando como extradiciones todas las restantes euroórdenes emitidas por España.

Ante esta decisión, España acordó que mientras Alemania no tramitase las euroórdenes remitidas, aplicaría el principio de reciprocidad y, por tanto, tramitaría como *extradiciones* las reclamaciones procedentes de este país, con el consiguiente retraso temporal y la decisión final gubernativa²⁷.

b) Por otro lado, en **Polonia**, el Tribunal ha declarado, en sentencia de 27 de abril de 2005, que la entrega de los nacionales no puede llevarse a cabo sin una revisión de la Constitución.

Esta revisión se ha llevado a cabo en noviembre de 2006, y desde esa fecha Polonia entrega a sus nacionales a condición de que la infracción para la cual se solicita la entrega se haya cometido fuera del territorio polaco y constituya una infracción al Derecho polaco, lo que, sin embargo, está en contradicción con la Decisión Marco que apuesta por eliminar el principio de la doble incriminación, como ya hemos señalado con anterioridad²⁸.

²⁷ Esta situación alemana cedió a la entrada en vigor de la nueva Ley de 20 de julio de 2006, el 2 de agosto de 2006 (V. EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007).

²⁸ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

c) También en **Bélgica** han surgido serios problemas y el Tribunal de Arbitraje belga (Tribunal Constitucional belga) está examinando en la actualidad un recurso de anulación de la legislación belga relativa a la orden de detención.

d) En **Finlandia** podría plantearse la posibilidad de revisar la Constitución.

e) Por otro lado, se ha presentado un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional **checo** contra la ley de transposición, pero ha sido desestimado²⁹.

f) Por último, el Tribunal Supremo de **Chipre**, en una Decisión de 7 de noviembre de 2005, también declaró que la Ley que transponía la orden de detención europea era contraria a la Constitución chipriota; una revisión de la misma entró en vigor el 28 de julio de 2006; no obstante, el nuevo artículo 11 modificado introduce un límite temporal a la posibilidad de entrega de los nacionales, ya que sólo es posible para actos cometidos tras la fecha de adhesión de Chipre a la Unión, es decir, el 1 de mayo de 2004.

B) Otro tipo de problemas han surgido porque algunos Estados se muestran todavía reticentes a la entrega de sus nacionales, y han reintroducido la condición de *la doble incriminación o tipificación*, haciendo que dichas entregas sean mucho más complicadas. De este modo, algunos Estados miembros han limitado la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Por otra parte, otros Estados han puesto freno a la entrega de sus nacionales exigiendo garantías suplementarias no previstas por la Decisión Marco³⁰.

C) El Tribunal Constitucional español³¹ también ha planteado cierta problemática al anular cuatro resoluciones de la Audiencia Nacional³² que decidieron la entrega a la

²⁹ V. RUIZ JARABO, Comunicado de prensa N° 71/06, 12 de septiembre de 2006, Conclusiones del Abogado General en el asunto C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad*. El informe completo puede verse en <http://curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=ES&Submit=rechercher&numaff=C-303/05>

³⁰ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

³¹ STC 292/2005, de 10 de noviembre.

³² Autos de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2004 y de 28 de enero de 2005; y Autos de la Audiencia Nacional de 13 de octubre de 2004 y de 28 de enero de 2005.

República de Francia de un español objeto de una orden de arresto internacional expedida por el Tribunal de Gran Instancia de Pontoise (Francia) por hechos de transporte y posesión no autorizado de estupefacientes.

La sentencia del Tribunal Constitucional 292/2005, de 10 de noviembre ha anulado dos de estas resoluciones al entender que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) y el derecho a un proceso con todas las garantías (art.24.2 CE); y la STC 328/2005, de 12 de diciembre, ha anulado otros dos autos de la Audiencia Nacional por incurrir en las mismas infracciones de garantías constitucionales.

D) Además, se han producido numerosos problemas para designar a las autoridades judiciales y centrales con arreglo a los artículos 6 y 7 de la Decisión Marco. Pese a que la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea establece que la autoridad *judicial emisora* es la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para expedir una orden de detención europea en virtud del Derecho nacional, y que la autoridad *judicial de ejecución* es la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución que sea competente, algunos Estados miembros han nombrado de manera efectiva, directa o indirectamente, al *Ministerio de Justicia*. Otros países miembros han designado al Ministerio de Justicia para ejercer la autoridad central, asignándole tales competencias que viene a asemejarse a una autoridad judicial. Ello infringe las disposiciones de la Decisión Marco³³.

E) Algunos Estados miembros han añadido motivos de denegación no previstos por la Decisión Marco, en total contradicción con las disposiciones de ésta³⁴.

Por ejemplo, Gran Bretaña ha introducido en su Ley de transposición una causa de denegación basada en «*passage of time*» y otra basada en «*extraneous considerations*», que son contrarias a la Decisión Marco³⁵.

Otro ejemplo: Italia prohíbe la entrega en su Ley de transposición si la infracción en la que se basa la orden de detención europea es una infracción política. Prohíbe también la

³³ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

³⁴ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

³⁵ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

ejecución de un mandato si la víctima dio su consentimiento al acto constitutivo de la infracción; si la persona buscada es un ciudadano italiano que ignoraba que el comportamiento tipificado estaba prohibido; si la persona buscada es una mujer embarazada o con hijos menores de tres años que vivan con ella, excepto en caso de excepcional gravedad; si la infracción se cometió por fuerza mayor o fortuitamente; si las pruebas o los motivos en los que se basa la orden son insuficientes; y, por último, si el Derecho del Estado emisor no fija límites a la detención provisional, como ocurre en Bélgica y Luxemburgo, por ejemplo³⁶.

2. Globalización procesal en Europa a través del Reglamento Comunitario de Insolvencia

La actual internacionalización de las operaciones jurídicas en el tráfico mercantil y civil nos sitúan ante procedimientos de insolvencia con elementos extranjeros en un número creciente de casos y esta realidad es la que ha llevado a distintos organismos a elaborar normativas y principios relativos a concursos transfronterizos; es el caso de la Organización de las Naciones Unidas que ha dictado una “Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional”³⁷, acompañada de una “Guía para su incorporación del Derecho Interno”³⁸, cuya recepción en los derechos es recomendada por la Resolución 52/158, de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1997; es también el caso de “los Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y derechos de los acreedores” elaboradas por el Banco Mundial, de abril de 2001, que se proponen como los principios que rijan las reformas de los sistemas concursales en los países en desarrollo³⁹.

En el seno de la Unión Europea han sido varios los intentos de establecer una normativa comunitaria que vinculara a todos los Estados miembros y que hiciera posible el

³⁶ EUROPA - Rapid - Press Releases.mht, Bruselas, 11 de julio de 2007.

³⁷ V. www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html

³⁸ V. ESPLUGUES MOTA, C. *La ley modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza, del 30 de mayo de 1997: ¿de la hambruna al exceso?*, “Cuadernos de Derecho y Comercio”, nº 27, 1998, pp. 45-80); FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *La ley modelo UNCITRAL: Una guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia*, en “Comentarios a la Ley Concursal”, Madrid, 2004, pp.815 y ss.).

³⁹ V. http://www.worldbank.org/ifa/ipg_esp.pdf

tratamiento universal de las situaciones de insolvencia en las que se vieran involucrados varios países comunitarios⁴⁰.

Sin embargo, el excesivo celo nacionalista de algunos países a la hora de proteger el crédito nacional impidió, sucesivamente, que dichos intentos llegaran a convertirse en textos normativos vinculantes ya que el instrumento que se propuso era el de la firma de convenios multilaterales y dichos países se negaron a firmarlos⁴¹.

Finalmente, el Reglamento Comunitario 1346/2000, de 29 de mayo del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia⁴², de aplicación directa en todos los países miembros de la Unión Europea⁴³, excepto en Dinamarca⁴⁴, hizo posible este largo deseo de política legislativa a partir del 31 de mayo de 2002, fecha de su entrada en vigor⁴⁵.

⁴⁰ Al respecto, Proyecto de Convenio en materia de quiebras de 1970; Proyecto de Convenio sobre quiebras, convenios y procedimientos análogos de 1980; Proyecto Europeo relativo a determinados aspectos internacionales de los aspectos de insolvencia, elaborado en el seno del Consejo de Europa y hecho en Estambul el 5 de junio de 1990 y Convenio de Bruselas relativo a los procedimientos de insolvencia de 23 de noviembre de 1995.

⁴¹ “El proyecto sobre quiebras, concordatos y procedimientos análogos de 1982, no entró en vigor por la reticencia de países como la República Federal Alemana, así que se abandonó las negociaciones en 1985. El Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas el 23 de noviembre de 1995, base del Reglamento 1346/00, no fue ratificado por el Reino Unido, quien de por sí es reacio a ceder su soberanía. El Convenio de Estambul de 5 de junio de 1990, que entró en vigor pero sólo para cinco Estados, cuando en principio hacían parte de las negociaciones otros países que no lo ratificaron como Italia y Chipre” [V. CUBILLOS, C.E. *El procedimiento de insolvencia. Una visión comunitaria*, *Revista e-Mercatoria*, Volumen 3, número 2, (2004), p.4, nota4, <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/pdf02/procedimiento.pdf>]. “Reino Unido no firmó el Convenio de 1995; sin embargo este Convenio sirvió de modelo a una *Iniciativa sobre la adopción de un Reglamento del Consejo sobre procedimientos de insolvencia* (DOCE núm. C 221, de 3 de agosto de 1999) que previos los preceptivos informes del Parlamento Europeo y del Comité Económico y Social dio lugar al Reglamento Comunitario vigente en la actualidad” (V. CORDÓN MORENO, F. *El proceso concursal*, Navarra, 2003, p.235, nota 1).

⁴² DOCE de 30 de junio de 2000.

⁴³ Artículo 47 del Reglamento y considerando 8 en el que se afirma que “es necesario y oportuno que las disposiciones... se recojan en un instrumento legal comunitario vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros”.

⁴⁴ Considerando 33 del Reglamento.

⁴⁵ Artículo 47 del Reglamento.

No obstante, el sistema diseñado no apuesta por una aplicación rígida de la universalidad de los procedimientos de insolvencia⁴⁶, sino que, consciente de las dificultades reales de la aplicación absoluta de este principio ha optado por el reconocimiento de procesos concursales secundarios en diversos territorios junto a un procedimiento principal⁴⁷.

Con claridad lo expone el considerando 11 al afirmar que “deberían autorizarse, junto a un procedimiento principal de insolvencia con validez universal, procedimientos nacionales que abarquen exclusivamente los bienes situados en el país en el que se incoa el procedimiento”.

De este modo, el Reglamento renuncia a la unificación procedimental en torno a un único procedimiento concursal, pero también renuncia a la unificación internacional de las legislaciones materiales del derecho aplicable a los procedimientos de insolvencia en los Estados miembros, ante las dificultades actuales de la misma⁴⁸.

En realidad, a pesar de la denominación que recibe el Reglamento el mismo no regula los aspectos materiales y procesales de los procedimientos de insolvencia en el ámbito comunitario⁴⁹ sino que su contenido se limita a tres cuestiones⁵⁰:

1) fijar la competencia internacional conforme a la que se designe al Estado miembro contratante cuyos tribunales pueden abrir un procedimiento de insolvencia así como la legislación aplicable;

⁴⁶ Con anterioridad, ya a partir del Convenio europeo de Estambul de 1990 se había abandonado la idea de una aplicación estricta del principio de universalidad del concurso por la imposibilidad práctica de llevarlo a cabo.

⁴⁷ V. CORDÓN MORENO, F. *La unificación del Derecho concursal en el ámbito de la Unión Europea: El Reglamento comunitario 1346/2000, de procedimiento de insolvencia*, “Unión Europea Aranzadi”, vol. 30, nº 3, 2003, pp. 5-14.

⁴⁸ Considerando 11: “El presente Reglamento acepta el hecho de que, para una amplia serie muy diferenciada de casos de Derecho material, no resulta práctico un procedimiento único de insolvencia con validez universal para toda la Comunidad. La aplicación sin excepciones del Derecho del Estado en que se incoa el procedimiento llevaría con frecuencia, dada esta circunstancia, a situaciones difíciles...”.

⁴⁹ Considerando 6 sobre el contenido limitado del Reglamento en aplicación del principio de proporcionalidad.

⁵⁰ En contra, SABATER MARTÍN, A. *Título IX, de las normas de Derecho Internacional Privado*, en “Derecho Concursal Práctico. Comentarios a la nueva Ley Concursal”, (coordinador FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A.), Madrid, 2004, p.887.

- 2) establecer las disposiciones que regulan el reconocimiento del procedimiento de insolvencia y, en particular, la atribución a los órganos concursales de las facultades necesarias para actuar sobre los bienes situados en otros Estados y,
- 3) establecer las normas que articulan la relación jurídico-procesal entre el procedimiento principal y el procedimiento secundario o los procedimientos secundarios, en su caso.

Estas tres cuestiones no se refieren, como es lógico, a cualquier procedimiento con independencia del Estado donde tenga su domicilio el deudor o los acreedores, sino que el Reglamento se aplica sólo a los procedimientos de insolvencia que se abran en un Estado miembro y sobre deudores comunitarios⁵¹; por lo tanto, para los procedimientos abiertos a deudores no comunitarios o en un Estado no miembro, se aplicarán las normas de Derecho Internacional del país en el que se abra dicho procedimiento, pero no el presente Reglamento.

Por otro lado, los *objetivos* que persigue el Reglamento aparecen expresamente señalados en los considerandos que preceden a su texto normativo⁵² y se sintetizan en las siguientes palabras: “las actividades empresariales tienen cada vez más repercusiones transfronterizas, por lo que cada vez con mayor frecuencia están siendo reguladas por la legislación comunitaria. Como quiera que la insolvencia de dichas empresas afecta al buen funcionamiento del mercado interior, es necesario un acto comunitario que exija la coordinación de las medidas que deberán adoptarse respecto del activo del deudor insolvente” (considerando 3)... y (con el acto comunitario se busca también) que “evite que las partes encuentren incentivos para transferir bienes o litigios de un Estado miembro a otro, en busca de una posición jurídica más favorable (*forum shopping*)” (considerando 4).

⁵¹ Sobre la “teoría de la conexión comunitaria”, V. CALVO CARAVACA, A. L. *El Derecho Internacional Privado de la Comunidad Europea*, “Anales de Derecho”, Universidad de Murcia, Número 21, 2003, pp.60 y ss.

⁵² Estos considerandos tienen valor de interpretación auténtica de la norma (V. PULGAR EZQUERRA, J. *La quiebra transfronteriza y el nuevo Reglamento europeo*, “Revista doctrina societaria de Errepar”, Tomo XII, n° 158, enero/01, sin numerar, http://www.legalmania.com.ar/derecho/la_quiebra.htm).

Ciertamente, la insolvencia de un deudor afecta a un elevado número de intereses de diversa naturaleza y es de particular trascendencia para la economía y el crédito nacional: por un lado, están los derechos de los acreedores al cobro puntual e íntegro de sus créditos, que el deudor no puede cumplir, entre los que se encuentran los créditos de la Seguridad Social y de la Hacienda Pública, de marcado carácter público; por otro lado, está el status jurídico del propio deudor que se verá limitado entre tanto dure el procedimiento concursal; además están los trabajadores –en ocasiones, de número elevado- con su justificable interés en el mantenimiento del puesto de trabajo; también concurre el interés del Estado en la persecución de las conductas delictivas lo que aconsejará un examen de la conducta del deudor para descartar posibles insolvencias punibles; y además nos encontramos con los intereses de abogados, y de cuantos intervengan en el proceso, a cobrar sus honorarios.

Si todos estos intereses deben ser correctamente atendidos en un ordenamiento nacional, lo mismo sucede a nivel internacional, donde las posibilidades del deudor de distraer los bienes al procedimiento concursal y de burlar las fronteras de la propia jurisdicción son abundantes con el consiguiente daño a todos los intereses afectados.

El Reglamento regula la competencia internacional en su artículo 3 donde establece los criterios seleccionados en virtud de los cuales los tribunales de uno u otro de los Estados afectados pueden proceder a la apertura de los procedimientos de insolvencia; no obstante, el Reglamento sólo fija las reglas de competencia internacional de modo que la competencia territorial interna dentro de ese Estado será determinada por el derecho nacional (considerando 15).

Distingue el Reglamento entre la competencia para la apertura de un procedimiento principal y de un procedimiento territorial:

- A) En cuanto al primero, *procedimiento principal*, establece el artículo 3.1 del Reglamento que “tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor”; en el caso de sociedades y personas jurídicas, se presume, salvo prueba en contrario, que este centro de los intereses principales del deudor es el lugar del domicilio social.

La definición de qué se entienda por centro de los intereses principales del deudor se encuentra en el considerando 13 donde se afirma que es el “lugar donde el deudor lleva a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros”.

Interesa destacar que el Reglamento se aplicará solamente “a los procedimientos en que el centro de intereses principal del deudor esté situado en la Comunidad” (considerando 14); si este centro está fuera de la Comunidad, no podrá abrirse el procedimiento principal ni tampoco los territoriales (art.3.2).

B) En cuanto al segundo, *procedimiento territorial*, la competencia se atribuye a los órganos de cualquiera de los Estados en los que el deudor posea un establecimiento (art.3.2). Por “establecimiento” se entiende “todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes” (art.2, h). Tal y como establece el artículo 3.2 la apertura de un procedimiento territorial exige que el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en el territorio de un Estado miembro.

No obstante, frente a lo que pudiera parecer a simple vista, la apertura del procedimiento territorial no está condicionada a la previa incoación de un procedimiento principal.

En el caso en que este procedimiento principal estuviera ya abierto, los procedimientos territoriales iniciados con posterioridad tendrán la consideración de *secundarios* y deberán ser necesariamente de liquidación⁵³ (art. 3.3) y en ellos no será necesario examinar la insolvencia del deudor si estuviese abierto frente a él un procedimiento principal en otro Estado y la resolución de apertura hubiese sido reconocida (art.27).

En otro caso, si el procedimiento principal no está incoado esto no será obstáculo para que pueda procederse a la apertura del procedimiento territorial –que en este caso no será secundario, sino *independiente*- pero esto sólo se admite en los casos establecidos

⁵³ “Ello parece deberse al carácter universal del procedimiento principal, que se extiende a todos los bienes del deudor, por lo que, una vez declarado, impediría la posible finalidad conservativa de un procedimiento secundario abierto con posterioridad” (PULGAR EZQUERRA, J. *La quiebra transfronteriza*, op.cit., sin numerar).

por el Reglamento en el artículo 3.4 con el fin de reducir a lo estrictamente necesario la incoación de procedimientos territoriales previos a la apertura de un procedimiento principal; los supuestos admitidos por el Reglamento se limitan a la petición de los acreedores locales y a los acreedores del establecimiento local, o a los casos en que el procedimiento principal no pueda incoarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que el deudor tenga su centro de intereses principales (considerando 17).

Los procedimientos territoriales independientes se regirán por la ley del Estado en que se solicite su apertura (*lex concursus*).

El Reglamento también establece que los efectos de los procedimientos territoriales se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio del Estado competente, es decir, del Estado donde está situado el establecimiento (art.3.2).

La cuestión relativa al reconocimiento en el resto de los Estado miembros de las resoluciones dictadas por el tribunal competente para abrir el proceso de insolvencia comunitario es de trascendental importancia pues de su correcta ordenación depende la eficacia del Reglamento que estamos estudiando.

En efecto, el Reglamento comunitario sobre procedimientos de insolvencia constituye una manifestación, en el ámbito concursal, del fenómeno más amplio consistente en la creación de un “espacio judicial europeo” en el que se aspira a la libre circulación de las decisiones judiciales y para que este “espacio judicial europeo” se pueda constituir son decisivos los mecanismos que se implanten sobre el reconocimiento y ejecución por todos los Estados miembros afectados de las sentencias dictadas en el seno de la Unión Europea.

Estos mecanismos pueden ser, como hemos señalado con anterioridad, desde los tradicionales, en el ámbito civil, del procedimiento de *exequatur* en el que se produce un control de ciertos aspectos de la resolución judicial con carácter previo a otorgarle el reconocimiento y la ejecución, hasta los más modernos de *reconocimiento automático* a través de los cuales se pretende la desaparición de toda tramitación nacional con carácter previo a dicho reconocimiento y ejecución puesto que el reconocimiento de la resolución judicial es automático, es decir, surte plenos efectos en el ámbito de la Unión

Europea como si se tratara del propio ámbito nacional del tribunal que dicto la resolución.

En palabras del considerando 22, “el reconocimiento automático debería tener por consecuencia que los efectos que el Derecho del Estado de apertura produce en el procedimiento se extendieran a todos los demás Estados”.

Ciertamente, el *reconocimiento automático* exige un elevado grado de confianza entre las Administraciones judiciales de todos los países de los Estados miembros ya que supone que la apertura de un procedimiento de insolvencia adoptada por un juez alemán tiene la misma fuerza en España que la adoptada por un juez de Cádiz, por poner un ejemplo, es decir, tiene efectos plenos en el ámbito comunitario como los tendría en el ámbito nacional.

Y este *reconocimiento automático* es precisamente el que ha diseñado la normativa comunitaria para otorgar efectos a las resoluciones adoptadas en el marco del Derecho Concursal comunitario, como expondremos a continuación.

Y también el Reglamento hacer referencia expresa al *principio de la confianza mutua*, como podemos comprobar en el considerando 22, en el que se contempla el supuesto en el que los tribunales de dos Estados diferentes se consideren competentes para incoar un procedimiento principal de insolvencia y se establece que la cuestión deberá resolverse por aplicación del *principio de confianza mutua*, en virtud del cual “la decisión del tribunal que lo incoe en primer lugar debería ser reconocida en los demás Estados miembros, que no estarán autorizados a someter a control la decisión de dicho tribunal”. El Reglamento distingue, por un lado, el reconocimiento de la resolución de apertura y, estrechamente vinculado a ella, del nombramiento del síndico y de sus poderes, y por otro, el de las demás resoluciones relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento. Para que las resoluciones de apertura de un procedimiento de insolvencia desplieguen su eficacia bastará con que sean reconocidas y este reconocimiento es automático desde el momento en que la resolución produzca efectos en el Estado de apertura, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (art.17).

No obstante, los Estados miembros no están obligados a reconocer ni a ejecutar resoluciones que tengan por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal (art. 25.3).

La única causa por la que se puede denegar el reconocimiento o ejecución de una resolución dictada en el marco de un procedimiento abierto en otro Estado miembro es cuando dicho reconocimiento o ejecución pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución (art. 26).

El hecho de que los demás Estados miembros, diferentes al Estado de apertura del procedimiento principal, deban examinar si la resolución atenta o no contra el orden público nacional –por ejemplo, en materia de citación y notificaciones procesales- pone en entredicho, a nuestro juicio, la pretendida *automaticidad* del reconocimiento y la ejecución de las resoluciones puesto que este control requerirá al menos un mínimo de actuaciones procesales.

La regla del *reconocimiento automático* se predica también de otras resoluciones:

- a) de las relativas al desarrollo y conclusión del procedimiento dictadas por el tribunal, cuya resolución de apertura deba reconocerse conforme a lo expuesto con anterioridad;
- b) del convenio aprobado;
- c) de las resoluciones, incluso dictadas por otro órgano jurisdiccional, que se deriven directamente del procedimiento de insolvencia y que guarden inmediata relación con éste; y
- d) de las resoluciones relativas a las medidas cautelares adoptadas después de la solicitud de apertura (art.25.1.3°).

El reconocimiento, también automático, del nombramiento de síndicos y de sus poderes es una consecuencia necesaria de la resolución de apertura, sin embargo no queremos dejar de hacer expresa referencia a la importancia de la misma para lograr los objetivos del Reglamento puesto que en muchos casos los bienes del deudor estarán situados en distintos Estados miembros lo que exigirá que el síndico deba actuar en diferentes jurisdicciones y, por otro lado, al permitirse la coexistencia de un procedimiento principal con procedimientos secundarios será preciso establecer la coordinación entre

los poderes de los síndicos de ambos procedimientos. Sobre ambas cuestiones el Reglamento adopta una posición adecuada, a nuestro juicio. En particular nos parece especialmente adecuadas las normas imperativas de coordinación entre ambos procedimientos que permiten se pueda cumplir con la universalidad del proceso principal dentro de la Comunidad y la territorialidad de los procesos secundarios dentro de los Estados miembros (considerando 12).

El nombramiento de síndico se acreditará “mediante la presentación de una copia certificada conforme al original de la decisión por la que se le nombre o por cualquier otro certificado expedido por el tribunal competente”... salvo la traducción a una lengua oficial del territorio en cuyo Estado pretenda actuar, “no podrá exigirse ninguna otra legalización o formalidad análoga” (art.19).

La amplitud de poderes que se le reconozca al síndico es diferente según nos encontremos ante un procedimiento principal o territorial.

En el primer caso, *procedimiento principal*, los poderes vendrán determinados por la ley del concurso [art.4.2 c)] y los mismos podrán ser ejercidos en el territorio de otro Estado miembro, en la medida en que no haya sido abierto ningún otro procedimiento de insolvencia o adoptado ninguna medida cautelar contraria como consecuencia de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en dicho Estado (art.18.1), porque en tal caso será aplicable la norma del artículo 31, que impone la obligación de información y cooperación recíproca entre los síndicos de ambos procedimientos. En especial, continua el precepto, “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” en los que se protege a los titulares de derechos reales sobre tales bienes y a los acreedores con reserva de dominio.

En el caso de los *procedimientos territoriales*, la amplitud de los poderes del síndico también viene determinada por la ley del concurso, pero limitados a los bienes del deudor situados en el Estado en que se tramitan (art.3.2).

Estos poderes no se extienden a los demás Estados miembros, salvo en dos excepciones: la posibilidad de hacer valer por vía judicial o extrajudicial que un bien mueble ha sido

trasladado del territorio del Estado de apertura al de otro Estado miembro y la de ejercitar cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores (art.18.2).

En todo caso, el síndico deberá respetar, en el ejercicio de sus poderes, la ley del Estado miembro en cuyo territorio quiera actuar, en particular en lo que respecta a la realización de los bienes, y tales poderes nunca incluirán el uso de medios de apremio ni la facultad de pronunciarse sobre litigios o controversias (art.18.3).

Las resoluciones distintas a las indicadas hasta el momento no gozarán de reconocimiento automático sino que se reconocerán conforme al Reglamento 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art.25.2).