

LA FUTURA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS PARA SIMPLIFICAR EL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

ROSA MIQUEL SALA

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Universität Bayreuth*

Recibido: 12.07.2012 / Aceptado: 19.07.2012

Resumen: La futura Orden Europea de Retención de Cuentas nace para hacer frente a los problemas que comportan la diversidad de los derechos procesales civiles de los Estados miembros y el trato de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I a la hora de asegurar la ejecución en el patrimonio del deudor en litigios transfronterizos. Se tratará de una medida con carácter cautelar, con efectos in rem y adoptada sin audiencia previa al deudor. En la Propuesta de Reglamento, que regula el proceso de adopción y ejecución de la Orden, se remite a los respectivos derechos nacionales para cuestiones sobre las que no existe consenso en los distintos ordenamientos procesales. Este instrumento se tiene que poner en relación con la revisión de la regulación de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I, que lo podrían hacer menos interesante en la práctica.

Palabras clave: retención de cuentas, medidas cautelares, revisión del Reglamento Bruselas I.

Abstract: The future European Account Preservation Order has been created in order to deal with the problems arising because of the diversity of the procedural laws of the Member States and the present regulation of provisional measures in the Brussels Regulation, which make the enforcement on the debtor's assets in cross-border disputes difficult. The European Account Preservation Order is a provisional measure with effects in rem which is adopted without a prior hearing of the debtor. In the Regulation's Proposal, which also deals with the procedure for the adoption and the enforcement of the Order, reference is made to the respective national laws for questions in which they strongly differ. This instrument must be considered in relation with the new regulation of provisional measures in the Revision of the Brussels I Regulation, which may render the present project less interesting.

Key words: account preservation, provisional measures, revision of the Brussels I Regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Eficacia de la retención transfronteriza de cuentas bancarias. III. La Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. 1. Ámbito de aplicación del futuro Reglamento. A) Ámbito de aplicación espacial. B) Ámbito de aplicación material. 2. Naturaleza de la medida adoptada. 3. Proceso de obtención y ejecución de la OERC. A) Solicitud antes de la obtención de un título ejecutivo. a) Competencia. b) Requisitos. B) Solicitud después de la obtención de un título ejecutivo. a) Competencia. b) Requisitos. C) Examen de la solicitud. a) Otorgamiento ex parte. b) Práctica de la prueba. D) Decisión sobre la solicitud de OERC. C) Ejecutabilidad E) Ejecución a) Notificación al banco y efecto automático. b) Declaración del banco. c) Notificación al demandado. F) Importe de la OERC. Garantía a prestar por el demandante. G) Límites a la retención. a) Cantidades exentas. b) Retención de cuentas comunes y nominales. c) Prioridad de acreedores concurrentes. d) Derechos de terceros. H) Recursos. a) Recursos del demandante. b) Recursos del demandado. I) Modificación o revocación. J) Vigencia temporal. 4. Coordinación y cooperación de órganos jurisdiccionales y autoridades emisoras. 5. Obtención de información sobre la existencia y el saldo de las cuentas corrientes. 6. Costes, costas y tasas 7. Plazos. IV. Tratamiento de las medidas cautelares en el RBI y en su Propuesta de revisión. V. Relación del futuro Reglamento con otros instrumentos comunitarios. VI. Resumen y conclusiones.

I. Introducción

1. Es un hecho repetidamente constatado que la persecución del patrimonio del deudor en asuntos transfronterizos constituye hoy en día el talón de Aquiles del Derecho procesal civil europeo: aunque las normas unificadas sobre competencia de los tribunales y los nuevos procesos europeos así como el Título Ejecutivo Europeo han conseguido frenar el fenómeno del forum shopping y agilizar la apertura del proceso ejecutivo, el deudor que posee patrimonio en un Estado miembro distinto del del foro cuenta aún con suficiente tiempo desde que se piden medidas cautelares en un proceso pendiente o durante el proceso de reconocimiento y ejecución de la sentencia como para burlar las medidas del acreedor y trasladar su patrimonio, especialmente si se trata de dinero, a otro Estado. En efecto, si por un lado se ha reducido el coste de las transferencias bancarias dentro del Espacio Económico Europeo y en los demás países de la SEPA y su realización se ha facilitado considerablemente, especialmente a través de la banca electrónica, nos encontramos con que tras la obtención del exequátur puede transcurrir aún un plazo de un mes antes que empiece la ejecución (arts. 43.5, 47.3 RBI), y con que la regulación de las medidas cautelares en el art. 31 RBI plantea una serie de cuestiones que aún no se hallan plenamente resueltas¹. Además, con la reducción de los costes y la posibilidad de utilizar Internet, la localización de los fondos del deudor tiene que abarcar forzosamente un mayor ámbito territorial, lo que hace aumentar los costes de persecución de la deuda y puede poner al acreedor ante la necesidad de pedir medidas cautelares en uno o varios Estado que no tengan vínculo alguno con la relación jurídica que le une al deudor.²

2. El propósito del legislador europeo de mejorar la ejecución transfronteriza viene de lejos.³ Con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil de 25 de julio de 2011⁴ se da un primer paso para acabar con dicho problema, que solamente se podría atajar enteramente, claro está, con una por muchas razones irrealizable unificación del Derecho procesal civil que hiciese desaparecer las limitaciones de carácter espacial de este tipo de medidas. La Comisión apunta desde luego a objetivos mucho más sensatos: después de que en el denominado «Estudio de Heidelberg»⁵, aparecido en el año 2004, se propusiese la creación de una Declaración Europea de bienes (European Assets Declaration), de una Declaración de las entidades bancarias (European Garnishee's Declaration), de una Manifestación de bienes del deudor (European Assets Declaration of the debtor), de una Orden de embargo de cuentas bancarias (European Garnishment Order) y de una Orden de embargo preventivo (European Protective Order) se presentaron dos Libros Verdes, el primero sobre el embargo preventivo de cuentas⁶ y el segundo sobre transparencia del patrimonio de los deudores.⁷ El proyecto fue reavivado con la excusa de la crisis⁸, y el Proyecto apareció finalmente en julio de 2011. La base competencial para la adopción de estas medidas se encuentra en el art. 81. 2 TFUE,⁹ que como anteriormente el Art. 65 TCE permite la elaboración de medidas para garantizar la tutela judicial

¹ Cfr. en resumen infra IV.

² Cfr. Commission Staff Working Document. Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts, COM (2006) 618 final, p. 5.

³ Ya en 1998 la Comisión puso de relieve la necesidad de incidir en la mejora de la ejecución y de las medidas cautelares en su Comunicación titulada «Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión europea», COM (1997) 609 final. Esta postura fue recogida en el Programa de Tampere del año 2000.

⁴ COM (2011) 445 final.

⁵ B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004. http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf

⁶ COM (2006) 618 final.

⁷ COM (2008) 128 final.

⁸ B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 70.

⁹ Cfr. al respecto, A. PÉREZ RAGONE/R. MIQUEL SALA, «Ejecución transfronteriza en la Unión Europea: reflexiones desde Budapest», *AEDIPr* 2009, p. 1319-1336; M. ROSSI, «Art. 81 AEUV», en C. CALLIESS/M. RUFFERT, *EUV/AEUV*, Múnich, C.H. Beck, 4ª ed. 2011, Rn. 18 ss.; B. HESS, «Art. 81 AEUV», en E. GRABITZ/M. HILF/M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, Múnich, C.H. Beck, 2011, Rn. 39 ss.

efectiva y el reconocimiento mutuo de resoluciones y para eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procesos civiles, entendiéndose incluido en el presente contexto el buen funcionamiento de la ejecución. El futuro Reglamento no va a ser aplicable en Dinamarca y en principio tampoco en Reino Unido ni en Irlanda, a no ser que estos dos últimos Estados hagan uso del opt in. Ahora mismo, la postura del Reino Unido parece ser contraria a la aplicación del Reglamento.¹⁰

3. La Propuesta de Reglamento pretende crear un proceso europeo para la obtención de una medida cautelar (en adelante, la OERC) que, precisamente por haberse obtenido del mismo modo en todos los Estados miembros, podrá, por regla general, ser ejecutada directamente en los mismos. Se trata aquí solamente de la traba o afección de los fondos de la cuenta o cuentas para garantizar la ejecución posterior. El legislador europeo ha optado pues por no regular todas las medidas cautelares posibles, sino una medida cautelar concreta, pero quizá la de mayor importancia práctica. Curiosamente, esta es la misma estrategia que se ha seguido en derecho de obligaciones, donde por el momento va a existir solamente un instrumento opcional para el contrato de compraventa. La OERC podrá dictarse en distintos estadios procesales: como medida cautelar típica antes¹¹ o durante la pendencia del proceso sobre el fondo, como medida cautelar en el sentido del art. 47.1 RBI cuando una vez obtenida la sentencia u otro título ejecutivo se pida su reconocimiento y ejecución en el Estado en que se encuentre la cuenta, y como medida cautelar en el sentido del art. 47.2 RBI de haberse obtenido ya la ejecutabilidad del título.

4. Las ventajas de una OERC parecen evidentes. Su introducción va a agilizar sin duda la realización de este tipo de medidas en litigios transfronterizos, superando en gran medida, aunque no completamente, los problemas derivados de la pluralidad de ordenamientos procesales¹², de cuyo engarce con el proceso europeo trata la Sección tercera de la Propuesta de Reglamento. Aunque ahora mismo la prioridad es la revisión del Reglamento Bruselas I, por lo que no existe certeza sobre cuándo va a entrar en vigor el Reglamento sobre la OERC¹³, lo cierto es que en lo tocante a cuestiones de competencia y reconocimiento y ejecución, la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I y la Propuesta de Reglamento siguen un mismo modelo, por lo que lo ideal sería que entrasen en vigor conjuntamente.¹⁴

II. Posibilidad de la Retención transfronteriza de Cuentas bancarias

5. Se había discutido ampliamente, sobre todo por parte de la doctrina alemana¹⁵, hasta qué punto era posible de hecho ordenar la retención de cuentas abiertas en sucursales bancarias situadas en el extranjero en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa. A primera vista, podría creerse que este tipo de medidas son incompatibles con el principio de territorialidad, y podría considerárselas como vulneradoras de la soberanía del Estado en el que se sitúa la cuenta bancaria. Como consecuencia, sería necesario determinar con precisión en qué casos se estaría ante una ejecución transfronteriza, por ejemplo determinando el lugar de situación del derecho de crédito, que podría considerarse nacional

¹⁰ B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 75, nota 64.

¹¹ En contra, por considerar que se podrían producir fraudes, U. FRAUENBERGER-PFEILER, en M. KENGYEL/V. HARSAGI (coords.), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Múnich, Sellier, 2011, p. 165.

¹² Cfr. para Alemania, Finlandia, Italia, Estonia, Letonia, Lituania, Austria, Polonia, Eslovenia y Hungría M. KENGYEL/V. HARSAGI (coords.), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Múnich, Sellier, 2011.

¹³ B. SUJECKI, «Die Entwicklung des europäischen Privat- und Zivilprozessrechts im Jahr 2011», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 9 2012, p. 327.

¹⁴ Cfr. infra IV y V.

¹⁵ Cf. referencias en M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 31 s.; H. KOTRSCHAL/N. STALBERG, «Die grenzüberschreitende Vollstreckung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen in Geldforderungen ausländischer Drittschuldner, insbesondere in ausländischen Bankguthaben», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, p. 38 ss; G.-S. HÖK, «Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung», *ZAP* Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 697-701.

si la cuenta estuviese situada en una sucursal extranjera sin personalidad jurídica propia,¹⁶ aunque se ha argumentado que podría ser relevante el lugar pactado para el cumplimiento.¹⁷ Estas afirmaciones son sin embargo equivocadas, tanto por lo que respecta a la decisión de ordenar la medida en cuestión, como por lo que respecta a su posterior notificación en el propio Estado de situación de la cuenta, ya sea directamente por vía postal o a través de las autoridades del Estado de situación de la cuenta. Ello es así porque la retención (traba o constitución de un derecho de prenda a favor del acreedor, dependiendo del derecho aplicable) de un derecho de crédito, que tiene como consecuencia una prohibición de disponer para el deudor bien se puede calificar de «coacción intelectual» (*contrainte intellectuelle*), común a todas las normas jurídicas,¹⁸ y es tan admisible como la creación de normas materiales especiales o la afirmación de la competencia de los propios tribunales para conocer de supuestos con elemento de extranjería. Las mismas reflexiones valen, *mutatis mutandis*, para la retención de cuentas ordenada como medida cautelar.¹⁹ Por lo tanto, no cabe dudar de la jurisdicción de los órganos de cualquier Estado para ordenar, ya sea como medida de ejecución o como medida cautelar, la retención transfronteriza de los fondos de una cuenta bancaria situada en el extranjero,²⁰ siempre que se respeten el principio de vinculación mínima y, en su caso, el principio de inmunidad de jurisdicción.²¹ Así lo entienden algunas sentencias más o menos recientes.²²

6. En realidad, con la mera notificación de la medida al tercero deudor (entidad bancaria) simplemente se informa a éste de que en el Estado del tribunal que dicta la medida se considera que su pago al deudor/demandado/ejecutado no tendrá efecto liberatorio.²³ Se crea así pues una situación jurídica claudicante,²⁴ que puede tener finalmente como consecuencia la obligación del tercero deudor de realizar un doble pago. Precisamente para evitar que el tercero deudor tenga que realizar un doble pago, la jurisprudencia inglesa ha negado en una criticada sentencia la posibilidad de dictar medidas de este tipo a sus propios tribunales.²⁵ Por otro lado, para que el demandante/ejecutante pudiese hacer valer, en su caso, la falta de efecto liberatorio de un pago efectuado por el tercero deudor, no le quedaría otro remedio que pedir el reconocimiento de la medida adoptada ante los tribunales del Estado en el que ésta debería surgir efecto. La cuestión clave es pues no la relativa a admisibilidad de dichas medidas, sino a la efectividad de las mismas.²⁶ Llegados a este punto debe tenerse en cuenta que el hecho de que las

¹⁶ Cfr. citando el art. 2 g) apartado 3º del Reglamento Insolvencia Reglamento Insolvencia B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 801.

¹⁷ D. MÜHLHAUSEN, «Zwangsvollstreckungsmaßnahmen deutscher Gerichte in Bankguthaben von Inländern bei Auslandsfilialen», *Wertpapier-Mitteilungen* 33 1986, p. 960; G.-S. HÖK, «Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung», *ZAP* Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 697; cfr. en general sobre la localización del crédito B. HESS, *Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures*, 2004, p. 77 s.

¹⁸ G. CUNIBERTI, «Le principe de territorialité des voies d'exécution», *Journal du droit international* 2008, p. 974 s.

¹⁹ R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Schmidt (Otto), Colonia, 6ª ed., 2009, p. 196, Rn. 399a, 399b.

²⁰ En contra D. MÜHLHAUSEN, «Zwangsvollstreckungsmaßnahmen deutscher Gerichte in Bankguthaben von Inländern bei Auslandsfilialen», *Wertpapier-Mitteilungen* 33 1986, p. 989.

²¹ M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 36 s.

²² Cfr. Sobre una *saisie-attribution* de los fondos de una cuenta situada en el Principado de Mónaco practicada por un huissier francés (Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 février 2008, 05-16.167, Publié au bulletin); cfr. también por ejemplo la sentencia del OGH austriaco de 18.12.1996 (3Ob98/95), que afirma que la medida adoptada sería una medida normativa y no de ejecución y por tanto estaría no sujeta al principio de territorialidad, y considera que la misma tendría posibilidades de éxito si el Estado del domicilio del deudor no la considerase lesiva de su soberanía y prestase el auxilio necesario para su notificación.

²³ H. KOTRSCHAL/N. STALBERG, «Die grenzüberschreitende Vollstreckung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen in Geldforderungen ausländischer Drittschuldner, insbesondere in ausländischen Bankguthaben», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, p. 41.

²⁴ G. CUNIBERTI, «Le principe de territorialité des voies d'exécution», *Journal du droit international*, 2008, p. 993.

²⁵ *Société Eram Shipping Company Limited and others v. Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited*, [2003] UKHL 30. Cfr. sin embargo Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 30 janvier 2002, 99-21.278, Inédit.

²⁶ W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tübinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 24; M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 36 s.

autoridades del Estado de ejecución presten auxilio para la notificación no prejuzga la posibilidad de un reconocimiento por parte de dicho Estado.

7. Al contrario que las órdenes de embargo decretadas en el marco de la ejecución forzosa, que no se consideran decisiones en el sentido del art. 32 RBI y no van a ser reconocidas en el Estado de ejecución (que además ostenta el monopolio de la ejecución en virtud del art. 22.5 RBI), las medidas cautelares recogidas en el art. 31 RBI se consideran por lo general decisiones en el sentido del art. 32 y son por lo tanto susceptibles de reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro. De hecho, cuando el TJCE ha fijado los requisitos adicionales que debe cumplir una medida cautelar para ser reconocida, ha confirmado también implícitamente que la mera ordenación de la retención de una cuenta no vulnera el principio de territorialidad ni la soberanía del Estado en la que ésta está situada. El Reglamento propuesto, así como la Propuesta de Revisión del RBI van un paso más allá, y establecen el reconocimiento y la ejecución automáticas de las medidas cautelares de carácter transfronterizo, permaneciendo los actos puramente de ejecución bajo la competencia de los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución.

III. La Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil

1. Ámbito de aplicación del futuro Reglamento

A) Ámbito de aplicación espacial

8. Según la Propuesta de Reglamento, la OERC se aplicará solamente en el marco de asuntos con repercusión transfronteriza de acuerdo con la definición de los mismos contenida en el art. 3. Resulta interesante observar que dicha definición no coincide con la contenida, por ejemplo, en el Reglamento del Proceso Monitorio Europeo o en el Reglamento del Proceso Europeo de Escasa Cuantía, en los que el carácter transfronterizo de un asunto se da cuando una de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. En su momento ya se criticó que en el marco de estos Reglamentos solamente se tuviese en cuenta el elemento personal a la hora de determinar el ámbito de aplicación de dichos procesos europeos, que pese a contener normas sobre la ejecución, no contemplan la posible situación de elementos patrimoniales en otro Estado miembro como supuesto adicional de existencia de un asunto transfronterizo.²⁷ Este error no se ha cometido en el art. 3 de la Propuesta de Reglamento y se ha optado por una definición negativa, basada en el art. 1 de la Convención de la Haya sobre acuerdos de elección del foro²⁸, en la que se afirma en todo caso la aplicabilidad del futuro Reglamento salvo que el órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC, todas las cuentas bancarias a retener según la orden y las partes en el litigio se encuentren o estén domiciliadas en el mismo Estado miembro. Como consecuencia, parece que incluso si solamente una de las cuentas a retener estuviese domiciliada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se encuentran las demás cuentas, las partes o el órgano jurisdiccional, también podrá aplicarse el futuro Reglamento.²⁹ En este caso se produciría una concurrencia de la OERC con las medidas cautelares previstas por el derecho nacional. No obstante, llama la atención la sutil diferenciación entre «asunto transfronterizo», que es el término que se venía utilizando en los Reglamentos anteriores, y «materia con repercusión transfronteriza», que como se ha visto puede abarcar supuestos que si bien no llegan a ser meramente internos, pueden presentar vínculos más estrechos con

²⁷ Entre otros S. LEIBLE/R. FREITAG, *Forderungsbeitreibung in der EU*, Múnich, C.H. Beck, 2009, p. 92, Rn. 232; U.-P. GRUBER, «Art. 3 EG-MahnVO», en T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, Bearbeitung 2010, Múnich, Sellier, Rn. 7.

²⁸ Cfr. Exposición de motivos, p. 6.

²⁹ El Max Planck Institut proponía aplicar la OERC solamente a la cuenta o cuentas situadas en el extranjero, cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, «Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts», http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 4.

el Estado de residencia habitual o de domicilio común de las partes. Tampoco se ha determinado en qué momento debe producirse dicha repercusión transfronteriza. Con ello se garantiza el recurso a la Orden incluso en aquellos casos en los que en el momento de incoarse el procedimiento la repercusión transfronteriza del mismo se desconocía, por ignorar el demandante la existencia de cuentas bancarias en el extranjero, o, sobre todo, cuando durante la pendency del proceso se produce el traslado de efectivos a cuentas situadas en el extranjero.

9. Ello enlaza con la ya de sobras conocida discusión sobre si determinados actos del legislador europeo deberían limitarse a supuestos con carácter transfronterizo o deberían abarcar también supuestos de carácter meramente interno, lo que a su vez está en relación con la cuestión de la competencia de los ordenamientos, en este caso procesales, de los Estados miembros. Esta cuestión se planteó ya en el marco de los Reglamentos sobre el Proceso monitorio Europeo³⁰ y el Proceso Europeo de Escasa cuantía, que se han concebido como alternativas a los instrumentos procesales contenidos con anterioridad en los respectivos derechos nacionales y que, al adoptar la forma del Reglamento, se integran en los mismos desde el momento de su entrada en vigor. La aparición de Reglamentos destinados exclusivamente a facilitar la justicia transfronteriza no debe despertar excesivos recelos, siempre que los instrumentos desarrollados sean compatibles con los derechos fundamentales y los principios que rigen los ordenamientos procesales civiles de los Estados miembros, de forma que la aplicación supletoria de las distintas normas procesales sea posible con mínimas adaptaciones atendiendo a la alteración de los intereses en juego que supone el carácter transfronterizo del asunto. La simplificación de los litigios transfronterizos y la mayor celeridad de ella derivada beneficia, en principio, a ambas partes procesales. La aplicación de estos nuevos Reglamentos disminuye los costes de información sobre el derecho, y además elimina, al menos en parte, las dudas del órgano jurisdiccional extranjero encargado de la ejecución sobre el respeto al orden público procesal en el Estado miembro que ha dictado la resolución de que se trate. Es por ello que también se prevé la ejecutabilidad directa de las decisiones resultantes.

10. No resulta extraño, en la práctica, que una misma pretensión se pueda hacer valer por distintos cauces procesales, siendo el ejemplo más claro de ello la posibilidad de recurrir a un monitorio en lugar de incoar un procedimiento declarativo. Ahora bien, la necesidad de eliminar la diferenciación entre supuestos nacionales y transfronterizos es más que discutible, sin olvidar que de llevarse a cabo se atentaría directamente contra los límites de las competencias comunitarias. Cuestión distinta es que los legisladores nacionales puedan recoger las influencias de los actos europeos en sus normas destinadas a supuestos internos, lográndose así una deseable armonización más allá de lo establecido por las distintas Directivas.³¹

B) Ámbito de aplicación material

11. De acuerdo con el art. 2 de la Propuesta, el futuro Reglamento va a compartir, en lo esencial, el ámbito de aplicación con el Reglamento Bruselas I. En este punto debe recordarse que el art. 5.2. de dicho Reglamento ha quedado derogado tras la entrada en vigor, el 18 de junio de 2001, del Reglamento Bruselas III. Debe tenerse en cuenta que originariamente estaba prevista la introducción en el Reglamento Bruselas III de una orden de embargo temporal de cuenta bancaria que posteriormente no se llegó a adoptar por la oposición de numerosos Estados miembros,³² recibiendo las medidas cautelares en los arts. 14 y 36 del Reglamento 4/2009/CE el mismo trato que en los arts. 31 y 47 del Reglamento Bruselas I. Parece sin embargo que una de las razones por las que no se siguió en esta dirección fue precisamente la futura introducción de una Orden de retención de cuentas con carácter general³³, y por ello debería

³⁰ Cfr. Por ejemplo L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso Monitorio Europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 68 s.

³¹ Cfr. al respecto Commission Staff Working Document SEC (2006) 1341, p. 8.

³² Art. 35 de la Propuesta de Reglamento COM (2005) 649 final. Cfr. al respecto M. Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 10 2010, p. 30.

³³ R. WAGNER, «Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts acht Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 627, 629.

partirse de la base de que también en el marco de un litigio en materia de alimentos podría solicitarse una OERC. En materia de regímenes matrimoniales, efectos patrimoniales de las uniones registradas o sucesiones, la delimitación del ámbito material de aplicación se hace por referencia a las normas correspondientes de futuros Reglamentos comunitarios sobre la materia³⁴, y la extensión del ámbito de aplicación a dichas materias se supedita también a la entrada en vigor de dichos Reglamentos.

12. La exclusión del arbitraje se ha producido, según se afirma en la Exposición de Motivos, porque su inclusión plantearía cuestiones complejas que todavía no han sido resueltas por el derecho de la UE, y que no se considera adecuado abordar por primera vez en el marco del futuro Reglamento. Como ejemplo, se cita la cuestión relativa a las circunstancias en las que los laudos arbitrales pueden ser equiparados a las resoluciones judiciales. Pero la posibilidad de considerar la adopción de medidas cautelares con efecto transfronterizo por parte de los árbitros depende también de la existencia de un consenso sobre la posibilidad de éstos de adoptar medidas cautelares de forma autónoma, sin que la ejecución de las mismas se tenga que dejar a los jueces nacionales³⁵.

2. Naturaleza de la medida adoptada

13. Las medidas cautelares dirigidas a inmovilizar los activos del deudor existentes en los distintos ordenamientos procesales pueden clasificarse, según sus efectos, en medidas «in rem» o «in personam». Mientras que con las primeras se protege al acreedor de la adquisición de los bienes embargados y se garantiza su prioridad en el caso de múltiples embargos,³⁶ una medida cautelar «in personam» simplemente establece una prohibición de disponer para el deudor,³⁷ cuya vulneración se traducirá en una sanción impuesta por el tribunal. De acuerdo con el art. 21.6 de la Propuesta, la OERC que se dictará de acuerdo con los dos procedimientos previstos deberá evitar que la cantidad en ella especificada sea transferida, retirada o enajenada por el demandado o sus acreedores. Se echa en falta, por lo tanto, una mayor concreción sobre los efectos de la OERC.³⁸ Sin embargo, tanto en el Commission Staff Working Document como en la Exposición de Motivos se recoge claramente la voluntad de no dejar la cuestión de los efectos de la OERC a los derechos nacionales, sino de crear una Orden con efectos «in rem». De acuerdo con la Comisión, inspirada por el estudio del Prof. Hess, consecuencia de ello sería que cualquier operación realizada se consideraría nula «respecto del acreedor» (against the creditor).³⁹

3. Proceso de obtención y ejecución de la OERC

A) Solicitud antes de la obtención de un título ejecutivo

a) Competencia

14. Si no se ha obtenido aún título ejecutivo (es decir, si no se ha dictado aún una decisión sobre el fondo o ésta no es aún ejecutable en el Estado donde se encuentra la cuenta), de acuerdo con el

³⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM (2011) 126 final; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, COM (2009), 154 final.

³⁵ Cfr. art. 730.3 LEC.

³⁶ Cfr. infra 3. F) c).

³⁷ Cf. por ejemplo A. BURNS, «Provisional Measures in European Civil Procedure Laws – Preservation of Variety or Need of Harmonisation?», en R. STÜRNER/M. KAWANO, *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, Tubinga, Mohr Siebeck 2011, p. 184 ss.; B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures (2004), p. 120 ss.

³⁸ M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 155.

³⁹ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19.

art. 6. 1 de la Propuesta la competencia para dictar la OERC se atribuye exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, excluyéndose la competencia de las autoridades de ejecución (bailiff, Gerichtsvollzieher, huissier de justice, ufficiale giudiziario) existentes en algunos Estados miembros. Dicha decisión está plenamente justificada porque la adopción de la OERC en estos casos viene supeditada al examen del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. La competencia para dictar la OERC va a recaer en el órgano jurisdiccional que conoce o vaya a conocer del fondo o en el órgano jurisdiccional situado en el Estado miembro en el que se encuentra la cuenta bancaria. A diferencia pues de lo que ocurre en el marco del actual art. 31 RBI, no se plantea la cuestión sobre la posibilidad de determinar la competencia de dicho tribunal en base a las normas generales de competencia del Reglamento o en base a competencias exorbitantes contenidas en el derecho autónomo del Estado miembro del propio tribunal.

15. La competencia del órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto se va a determinar de acuerdo con las normas generales, pero en caso de existir más de un tribunal competente de acuerdo con el Reglamento Bruselas I será competente para dictar la OERC aquel tribunal ante el que se haya presentado definitivamente la demanda, y de no haberse incoado aún el procedimiento, el tribunal en el que el demandado pretenda presentar la demanda, sin que el texto del art. 6 de la Propuesta de Reglamento permita al demandante escoger tribunal, como ocurriría en el caso de solicitarse una medida cautelar en base al art. 31 RBI.⁴⁰ De acuerdo con el art. 13, el demandante debe incoar el procedimiento en un plazo de 30 días o en uno más breve fijado por el órgano jurisdiccional que dictó la Orden. Aunque dicho artículo tampoco menciona ante qué tribunal deberá incoarse posteriormente el procedimiento, tendría poco sentido que la demanda se presentase ante un tribunal distinto que el que fijó el plazo para su presentación. De entenderse, en contra de lo que se desprende del art. 6 de la Propuesta de Reglamento, que no necesariamente se tiene que presentar la demanda ante el mismo tribunal que dictó la Orden, sería posible, además, modificar la Propuesta de modo que la vigencia temporal de la OERC se pudiese alargar por la incoación de un proceso monitorio⁴¹ o haciendo constar un acuerdo de las partes de someter su controversia a mediación o arbitraje.⁴²

16. Igual que en la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I, que no permite el reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas por un Tribunal que no sea el del fondo, la Orden dictada por el tribunal del lugar de situación de la cuenta no puede tener efectos más allá del territorio donde se encuentra la cuenta. El procedimiento previsto en este caso, basado en la cooperación de los distintos tribunales tanto a la hora de realizar las notificaciones como a la hora de suministrar información, es ya por sí mismo incompatible con la eficacia extraterritorial de una OERC dictada por un órgano jurisdiccional que no es el que conoce del fondo. Ello queda subrayado por el art. 23 de la Propuesta, que establece que existiendo ya un título ejecutivo solamente serán reconocidas y ejecutadas automáticamente las OERC que hayan sido emitidas por un tribunal que conoció del fondo del asunto.

b) Requisitos

17. Con independencia de si existe o no título ejecutivo, para solicitar una OERC el demandante debe rellenar el formulario del Anexo 1. Allí se habla solamente de «la» deuda, por lo que en principio debe descartarse la posibilidad de pedir simultáneamente la retención de una o varias cuentas bancarias por distintas deudas con un mismo sujeto.

⁴⁰ Cfr. con la misma opinión, M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 153; interpretando que existe la posibilidad de escoger de entre los distintos tribunales competentes B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 416. Cfr. sobre el Reglamento Bruselas I S. LEIBLE/ R. FREITAG, *Forderungsbetreibung in der EU*, Múnich, C.H. Beck 2008, p. 173.

⁴¹ Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

⁴² Cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 41.

18. Cuando el proceso principal aún está pendiente o no se ha incoado, la obtención de la orden se supedita a la acreditación de la fundamentación de la demanda y del riesgo para la ejecución posterior.⁴³ El examen de la fundamentación de la pretensión, con carácter sumario, tiene que ser solamente prima facie, es decir, debe limitarse a apreciar la existencia o no de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. Aún así, los distintos Estados miembros van a aplicar sus propios estándares para determinar cuándo se puede considerar lo suficientemente acreditada la fundamentación de la demanda.⁴⁴ Si se presenta ante el tribunal del Estado miembro en el que se encuentra la cuenta bancaria una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva que no ha sido objeto de reconocimiento en el Estado de ejecución pero que cumple los requisitos para serlo, se entenderá acreditada la fundamentación de la demanda.

19. Una vez recibida la solicitud, redactada de acuerdo con el formulario del Anexo I, el órgano jurisdiccional va a examinar de oficio la aplicabilidad del Reglamento, su competencia, la existencia de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* y si se han aportado todas las informaciones requeridas de acuerdo con el art. 8.2. En caso de haberse presentado la solicitud de forma deficiente, el órgano jurisdiccional ofrecerá la posibilidad de su subsanación, salvo que con las informaciones recibidas ya fuese patente la falta de fundamentación de la solicitud. Debido al carácter voluntario de la medida solicitada, en la Propuesta se prescinde con razón de la fijación de un plazo para la subsanación.

20. Según el art. 8.4, la solicitud se puede presentar por cualquier medio de comunicación, incluido el correo electrónico. De la Propuesta de Reglamento desaparece el requisito, contenido en Reglamentos anteriores⁴⁵, de que el medio de comunicación esté admitido por el derecho del Estado del órgano jurisdiccional de que se trate.⁴⁶

B) Solicitud después de la obtención de un título ejecutivo

a) Competencia

21. En caso de mediar ya un título ejecutivo, la competencia para dictar la OERC ya no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales: En el art. 14 se afirma la competencia del órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial o transacción judicial, pero también pueden dictar una OERC las autoridades competentes del Estado miembro donde el documento público se haya expedido. En este caso, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 23 de la Propuesta de Reglamento, solamente las OERC dictadas por un órgano jurisdiccional son automáticamente ejecutables en todos los Estados miembros.

22. Por ello, resulta imprescindible la posibilidad de solicitar la OERC directamente ante la autoridad del Estado miembro de ejecución designada a tal fin por los Estados miembros (autoridad emisora), que deben informar de ello a la Comisión de acuerdo con el art. 48 de la Propuesta de Reglamento. De la lectura del art. 14.3 se desprende que, en este caso, la autoridad designada como competente por el Estado de ejecución podrá dictar una OERC tanto en base a un documento público con

⁴³ Este segundo requisito no se pide, por ejemplo, en derecho francés, cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 12.

⁴⁴ B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 72; cfr. sobre las distintas concepciones de estos requisitos B. HESS, *Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures*, 2004, p. 129. De acuerdo con el Max Planck Institut tendría que dejarse claro que no basta con alegar riesgo de insolvencia del deudor o la existencia de otros acreedores, cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, *Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts*, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 9.

⁴⁵ Cfr. art. 4 del Reglamento 861/2007.

⁴⁶ Cfr. art. 268 LEC.

fuerza ejecutiva como en base a una resolución o transacción judicial. La intervención de autoridades de ejecución es tradicional en los ordenamientos procesales de muchos Estados miembros y es posible admitirla sin reservas cuando existe título ejecutivo. Serán entonces los respectivos derechos nacionales los que articularán la forma en que dichas autoridades concederán, en su caso, audiencia al demandado en el improbable caso de pedirlo el demandante (art. 14. 4, art. 10).

b) Requisitos

23. En presencia de título ejecutivo, la OERC se puede obtener simplemente con la presentación ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial, ante la autoridad competente del Estado miembro en que el documento público haya sido expedido o ante la autoridad emisora del Estado miembro de ejecución del formulario del Anexo 1 debidamente cumplimentado. El acreedor ha de declarar que el deudor aún no ha cumplido. Si éste ha sido necesario, debe adjuntarse el exequátur. En este caso se ha prescindido de la posibilidad de regular la posible subsanación de un formulario con datos erróneos o insuficientes. El juez examina solamente si existe riesgo para la ejecución posterior, sin entrar a evaluar la fundamentación de la demanda.

C) Examen de la solicitud

a) Otorgamiento ex parte

24. A diferencia de lo mantenido por el TJCE en su cuestionada jurisprudencia sobre las medidas cautelares⁴⁷, en la Propuesta de Reglamento se hace hincapié en que al deudor no se le va a notificar la presentación de la solicitud ni va a ser oído antes de la adopción de la Orden, pero el demandante puede solicitar lo contrario. La razón por la que se puede prescindir del requisito de la audiencia previa es que el proceso introducido garantiza en todo caso la audiencia posterior al deudor. Cabe preguntarse desde luego qué razones podría tener el acreedor, a quien precisamente le interesa evitar que el deudor tenga la oportunidad de reaccionar ante la Orden, para realizar una solicitud de este tipo. Es cierto que el mero anuncio de un hipotético bloqueo de las cuentas bancarias puede ser un incentivo para lograr el cumplimiento o ejecución voluntaria por parte del deudor, pero es de suponer que una vez se realiza efectivamente la solicitud de retención de la cuenta ya se han ejercido extrajudicialmente este tipo de comunicaciones. Por lo tanto, en el art. 10 de la Propuesta se concede una facultad al acreedor de la que raramente va a hacer uso, incluso cuando el efecto sorpresa no se considere necesario, y que por lo tanto puede considerarse innecesaria.

b) Práctica de prueba

25. En el formulario del Anexo 1 se permite la aportación de medios de prueba escritos. Debido al carácter (o a la repercusión) transfronteriza del asunto, y tal como ocurría también en sede de otros Reglamentos⁴⁸ en la Propuesta de Reglamento se pretende el recurso a la oralidad solamente cuando ello sea imprescindible. Como consecuencia, en el art. 11.1 se remite como principal forma de complementación de los medios de prueba presentados en el escrito de solicitud a declaraciones escritas de testigos o peritos. Sin embargo, en realidad en el apartado siguiente se deja el recurso a testimonios orales completamente al arbitrio del juez: «El órgano jurisdiccional (sólo) admitirá testimonios orales cuando lo estime necesario.» Con ello el tratamiento de la admisibilidad de los medios de prueba no presenta diferencias remarcables con el derecho procesal interno, que permite al juez rechazar o admitir los medios de prueba propuestos por razones de economía procesal. Sin embargo, el privilegio del principio de escritura no tiene mucho sentido si, por ejemplo, solamente la cuenta bancaria que se pretende bloquear se encuentra en otro Estado miembro, encontrándose las partes y el

⁴⁷ Cfr. infra IV.

⁴⁸ Cfr. art. 5.1. del Reglamento 861/2007.

órgano jurisdiccional en otro Estado miembro distinto. De todos modos, incluso cuando el demandante, un testigo o un perito tienen el domicilio en el mismo Estado miembro pero no en el mismo «lugar» que el órgano jurisdiccional es posible que éstos realicen sus declaraciones por videoconferencia «u otras tecnologías de comunicación de que se disponga». No queda muy claro cuáles pueden ser estas tecnologías, y si se garantiza suficientemente la fiabilidad probatoria si las declaraciones de los testigos no son realizadas bajo supervisión judicial.⁴⁹

D) Decisión sobre la solicitud de OERC. Ejecutabilidad

26. El plazo para dictar la OERC es muy breve: siete días en caso de no mediar título ejecutivo y tres días en caso contrario.⁵⁰ La mayor duración del plazo en el primer caso se explica por los mayores requisitos exigidos. De acuerdo con el art. 21, apartado 4º, existe la posibilidad de celebrar una audiencia oral si se está ante circunstancias excepcionales. Dicha audiencia, que no se dice si tiene que ser solamente al demandado, al demandante o a ambas partes, se tiene que convocar dentro de los siete días naturales siguientes a la presentación de la solicitud. Aunque la Propuesta no lo especifica, esta posibilidad solamente puede existir en el marco de la adopción de la OERC sin título ejecutivo, ya que de lo contrario se produciría de hecho una prolongación artificial del plazo de tres días para dictar la Orden, y, además se plantearía el problema de la imposibilidad de convocar audiencia por parte de las autoridades emisoras. El apartado 4º del art. 21 debe ponerse pues en relación con el art. 10, aunque allí la posibilidad de dar audiencia al demandado existe solamente por petición del demandante, cuya improbabilidad ya se ha puesto de relieve. Sin embargo, el art. 21 requiere para celebrar una audiencia oral de «circunstancias excepcionales», cuya presencia deberá ser valorada por el órgano jurisdiccional.

27. El órgano jurisdiccional o la autoridad competente puede denegar la solicitud de OERC, pudiendo entonces el demandante presentar recurso de acuerdo con el art. 22⁵¹, o puede dictar la OERC. Con independencia de su sentido, la decisión sobre la solicitud de una OERC adoptada por los jueces españoles adoptará la forma de un Auto (art. 735-736 LEC). Ello se deriva, a falta de una disposición en otro sentido de nuestro legislador, de la remisión general a las normas procesales de los Estados miembros contenida en el art. 45.

28. Al menos hasta una hipotética revisión del tratamiento de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I en el sentido que se espera, la cuestión de la ejecutabilidad de la OERC constituye, al lado de su aplicación sin audiencia previa al deudor, el principal aliciente del Reglamento propuesto. Así por ejemplo, una OERC en la que se pida la retención de dos cuentas, una situada en Italia y la otra situada en Austria, será automáticamente ejecutable en ambos Estados miembros.⁵² Y es que, según se desprende de su art. 23, la OERC dictada por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen va a ser automáticamente ejecutable en el Estado miembro de ejecución. Es cierto que una OERC dictada por un notario es un documento público con fuerza ejecutiva en el sentido del art. 4 del Reglamento 805/2004/CE, pero según este Reglamento se considera que no pueden obtener el carácter de título ejecutivo europeo aquellas decisiones con carácter cautelar que se han emitido sin dar audiencia al deudor.⁵³ Por otro lado, la OERC dictada por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de ejecución va a tener limitada su eficacia a dicho Estado.

⁴⁹ Cfr. en otro contexto F. GASCÓN INCHAUSTI, «Algunas reflexiones sobre la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», *AEDIPr* 2006, p. 304 s.

⁵⁰ Cfr. crítica en B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

⁵¹ Cfr. infra H a).

⁵² Cfr. Punto 5 del Anexo II.

⁵³ S. LEIBL/R. FREITAG, *Forderungsbetreibung in der EU*, München, C.H. Beck, 2009, p. 113, Rn. 14.

E) Ejecución de la OERC

a) Notificación al banco

De acuerdo con el art. 26, el banco está obligado a aplicar la OERC en el momento en que recibe la notificación. Si la notificación se recibiese fuera de horario de oficina, se aplicará la OERC al inicio del siguiente periodo de actividad. Esta solución, que es fruto de una percepción realista de las posibilidades de actuación del personal de las entidades bancarias en la totalidad los Estados miembros, no puede tener en cuenta las actuales posibilidades que la tecnología ofrece a los titulares de cuentas bancarias. Las transferencias ordenadas fuera de horario de oficina no supondrían ningún problema si la retención comportase también la prohibición de pago por operaciones en curso en el momento en que la OERC tuviese efecto, no así los cobros a través de un cajero automático.

29. Se ha criticado que el texto del art. 26 no deja lo suficientemente claro si simplemente se obliga a la entidad bancaria a llevar a cabo la retención en el momento de la recepción de la notificación o inmediatamente después del comienzo del siguiente periodo de actividad o si por el contrario se considera que el efecto previsto en el art. 21.6 tiene lugar automáticamente al dictarse la OERC.⁵⁴ Las consecuencias en un caso o en otro serían distintas, ya que, si la OERC tuviese efecto automático, se pondría al banco en la obligación de responder frente al acreedor de aquellos pagos efectuados mientras aún no tenía conocimiento de la Orden, lo cual parece difícilmente exigible. Por otro lado, de depender los efectos de la OERC de la recepción de la notificación y de su inmediata aplicación por parte del banco sí podría este último garantizar la efectividad de la OERC y en su caso responder ante el demandante (art. 26.5) por el perjuicio que se pudiese ocasionar para el demandante de no cumplir con su obligación legal con la celeridad que se le impone, o (incluso) por la información fraudulenta a su cliente sobre la existencia de la OERC antes de aplicar la misma. La vinculación de los efectos de la OERC a su recepción por parte del tercero deudor no va en detrimento de la seguridad jurídica, ya que la notificación se habrá practicado por un medio que deje constancia del momento en que ésta se habrá producido, y por tanto no representa un problema a la hora de determinar el orden de prioridad de los acreedores en el caso de producirse una pluralidad de embargos.⁵⁵ De hecho, la Comisión se pronunció también a favor de esta solución.⁵⁶ El hecho de que en los apartados tercero y cuarto del art. 26 se tome el día de la aplicación de la OERC como fecha de referencia para la determinación del valor de los instrumentos financieros y de la moneda extranjera depositados en la cuenta es otro argumento en contra de un hipotético efecto automático de la OERC.

30. También debería esclarecerse la cuestión relativa al pago de cantidades por operaciones en curso en el momento de notificarse la OERC. Mientras que determinados Estados miembros permiten, por ejemplo, el pago de cheques librados durante un periodo de tiempo concreto, esta no constituye la regla general.⁵⁷ La Comisión estaba también a favor de incluir en la Propuesta de Reglamento una norma estableciendo que la prohibición de efectuar cualquier pago por parte del tercero deudor afectase también a las operaciones en curso iniciadas después de la notificación,⁵⁸ pero finalmente esta cuestión no ha tenido cabida en la Propuesta de Reglamento y se decidirá por lo tanto de acuerdo con los respectivos derechos nacionales.

31. Aunque en la Propuesta de Reglamento no se trata de esta cuestión, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente deberán procurar, en el caso de existir varias cuentas a nombre del demandado y siendo posible distintas combinaciones para retener la cantidad solicitada, que la retención finalmen-

⁵⁴ M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 155.

⁵⁵ Cfr. infra F) c).

⁵⁶ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19.

⁵⁷ Cfr. B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004, p. 66. http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf

⁵⁸ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 23.

te efectuada sea lo menos lesiva posible de los intereses del deudor. Se había propuesto, incluso, que fuese el deudor quien indicase las cantidades embargables en cada cuenta o que se notificase la orden de retención a la sede central de la entidad o entidades bancarias, que bloquearía todas las cuentas del deudor, y podría pasar, acto seguido, a transferir la cantidad adeudada a otra cuenta, desbloqueando las cuentas embargadas.⁵⁹ En este punto debe dejarse muy clara la diferencia entre titularidad de la cuenta y titularidad del saldo de la misma, cuestión que trata el art. 29.

32. Para garantizar que las notificaciones entre el banco y el órgano jurisdiccional que dictó la OERC sean rápidas, lo cual no solamente es necesario para lograr la finalidad primaria de la retención de cuentas, sino también para proteger adecuadamente al deudor frente a los efectos de una actuación desproporcionada o innecesaria, se ha creído conveniente establecer dos regímenes distintos: así, si órgano jurisdiccional y entidad bancaria se encuentran en el mismo Estado miembro, regirán las normas nacionales. En caso de estar éstos en Estados miembros distintos, se aplicará el Reglamento de Notificaciones, pero con una importante salvedad: la intervención obligatoria de las autoridades competentes designadas por el Estado de ejecución, que serán quienes notifiquen efectivamente a la entidad bancaria. De acuerdo con la Exposición de Motivos, con ello se logran dos finalidades: en primer lugar, la entidad bancaria recibirá la notificación por los cauces que le son familiares; y en segundo lugar, la autoridad competente del Estado en que se debe aplicar la OERC podrá tener en cuenta las cantidades exentas de ejecución si así se lo permite la ley nacional.⁶⁰ Esto se deriva del art. 32.3 PROERC, que establece que ello será posible en la medida en que la cantidad exenta de ejecución de acuerdo con el derecho nacional pueda determinarse sin que el demandado suministre información adicional. Del mismo artículo no se puede deducir cuál sería el trámite en caso contrario, es decir, si fuesen necesarias informaciones del deudor. De ser necesarias dichas informaciones, la intervención del deudor ralentizaría la ejecución de la medida y acabaría además con el «efecto sorpresa» de la misma. Por el contrario, en caso de prescindir de sus informaciones previas, se estaría corriendo con el riesgo de vulnerar sus derechos, sobre todo teniendo en cuenta que la exención de una cantidad tiene como objeto garantizar que el deudor pueda atender a sus necesidades más esenciales. Esta última posibilidad solamente se podría tolerar de tener el deudor la posibilidad de presentar recursos de forma efectiva contra la retención practicada. En la Propuesta de Reglamento se prescinde también por esta razón de la notificación por medios electrónicos.⁶¹

b) Declaración del banco

33. El banco tiene un plazo de tres días hábiles (ocho, según la Exposición de Motivos⁶²) desde la recepción de la OERC para poner en conocimiento de la autoridad competente y del demandante la práctica de la retención, informándoles del resultado de la misma, y dicha declaración será notificada, en su caso, a la persona o autoridad responsable de la notificación en el Estado miembro de origen (art. 24.3 a)). Con la finalidad de proteger en lo posible los datos del demandado, en el art. 27.2 se establece que solamente será revelado el saldo de la cuenta en cuestión en caso de no haber sido suficiente para cubrir la cantidad especificada en la OERC. En el apartado tercero de este mismo artículo se dice, simplemente, que el banco podrá transmitir su declaración por los medios electrónicos de comunicación adecuados. La comunicación por medios electrónicos como única alternativa no es una buena opción, ya que no se tiene en cuenta que los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes pueden no estar dotados de la infraestructura necesaria, lo que dependerá (en parte) también del contenido de los respectivos derechos procesales que se aplican a esta cuestión en virtud de la remisión del art. 45.⁶³

⁵⁹ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 17. Cfr. Con referencia al Libro Verde de 2006 F. MARTÍN DÍZ, «Instrumentos de Derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Núm. 3-4, 2008, p. 229.

⁶⁰ Sin embargo a favor de la notificación por correo B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418; B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 75.

⁶¹ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19 s.

⁶² P. 8.

⁶³ B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418.

34. El art. 27 acaba con lo que parece una norma de conflicto, según la cual la responsabilidad del banco por el incumplimiento de sus obligaciones se rige por el derecho nacional. La necesidad de dicha norma es cuestionable, ya que el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual ya viene determinado a través del Reglamento Roma II, que como se sabe en su art. 4 prevé por regla general la aplicación del derecho del lugar donde se produjo el daño. Sin embargo, también podría interpretarse que que no era la intención de los redactores de la Propuesta de Reglamento introducir una nueva norma de conflicto, sino solamente indicar que por su parte se prescindía de regular esta cuestión. La indemnización que puede corresponderle pagar al banco no está cubierta por la garantía prestada por el acreedor.⁶⁴

c) Notificación al demandado

35. Igualmente importante a efectos de protección del deudor/demandado es la eficacia de las notificaciones a él practicadas, cuestión que se regula en el art. 25 PROERC. Al demandado se le notifica, una vez practicada, la OERC y todos los documentos presentados ante el órgano jurisdiccional o la autoridad competente para obtener la Orden. Se prevé la notificación en base al derecho nacional si el deudor tiene su domicilio en el Estado miembro de origen y la notificación directa, en base el Reglamento de notificaciones, si el mismo se encuentra domiciliado en el Estado miembro de ejecución o en un tercer Estado.

F) Importe de la OERC. Garantía a prestar por el demandante

36. En el art. 18 de la Propuesta de Reglamento se determina la cantidad por la cual se puede pedir la OERC, que forzosamente tendrá que ser distinta dependiendo del estadio en el que ésta se pida: si existe ya un título ejecutivo, la garantía se refiere al importe de la deuda así como a los intereses acumulados sobre la misma, mientras que en caso contrario la garantía abarca la cantidad fijada en la OERC así como los intereses y gastos especificados. Está claro que el título ejecutivo presupone por regla general la atribución de las costas procesales a la parte perdedora y el devengo de intereses procesales que se suman a los intereses de demora, mientras que en ausencia de título ejecutivo la cantidad fijada en la OERC solamente puede abarcar el principal con sus intereses de demora, que es lo que se conoce en ese momento. Se ha decidido, por lo tanto, no adoptar la solución propia de los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros que consiste en calcular la suma de los intereses devengados en un futuro en base a una hipotética duración del proceso, ni tampoco permitir al órgano jurisdiccional realizar una aproximación.⁶⁵

37. A pesar de su texto equívoco («el demandante deberá poder garantizar»), que sólo se encuentra en la versión española de la Propuesta de Reglamento, la posibilidad de pedir al demandante la prestación de una garantía por posibles daños que la retención cause al demandado solamente se prevé de forma expresa en el art. 12, en caso de pedir la OERC antes de la obtención de un título ejecutivo. Si se tiene en cuenta el Considerando 15, queda claro que la necesidad de prestar una garantía se ha querido limitar a estos casos. El carácter opcional de esta medida debe valorarse positivamente, ya que de otro modo se generarían mayores costes.⁶⁶ De acuerdo con el art. 12, las condiciones por las que se regirá la obligación de indemnizar del demandante se regirán por el derecho nacional. Por derecho nacional deberá entenderse aquí el derecho procesal del órgano jurisdiccional que dicta la OERC. Si este

⁶⁴ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 16.

⁶⁵ Cfr. sin embargo a favor MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 22; B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

⁶⁶ A favor de una garantía no obligatoria MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 10 s.; en contra Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341 p. 12 s.; B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 74.

derecho no prevé ninguna garantía, de acuerdo con el Considerando 15 no deberá impedirse el recurso a medidas de efecto equivalente, como la obligación del acreedor de realizar ante el órgano jurisdiccional un compromiso (undertaking) de indemnizar los daños, solución propia de los países del common law.⁶⁷

38. Cuestión distinta a la garantía es la relativa al derecho aplicable a la obligación de indemnizar propiamente dicha. La obligación de indemnizar se podría considerar una cuestión puramente procesal, y entonces se tendría que determinar si le sería aplicable la ley del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución, pero también se podría considerar una cuestión de derecho material y entonces el derecho aplicable a la misma se determinaría de acuerdo con el Reglamento Roma II.⁶⁸

G) Límites a la retención

a) Cantidades exentas

39. La retención practicada debe respetar los límites establecidos por la legislación del Estado de ejecución relativos a determinadas cantidades exentas de ejecución, tal como establece el art. 32. Así pues, el legislador ha decidido prescindir de una armonización de esta cuestión, lo que se planteó en el Libro Verde de 2006.⁶⁹ Asimismo, se ha optado por que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución determine de oficio dichas cantidades, sin que sea necesaria una solicitud del deudor.⁷⁰ Se trata de una solución de compromiso, ya que una armonización difícilmente sería compatible con el principio de proporcionalidad atendido el limitado ámbito de aplicación material de la Propuesta de Reglamento, aunque solucionase los problemas que presenta la diversidad normativa en este punto.⁷¹ Una solución mejor desde el punto de vista de la protección del deudor sería la aplicación de las normas del derecho del Estado de su residencia habitual⁷², lo que estaría sin embargo en contradicción con el principio de aplicación de la *lex fori*.

b) Retención de cuentas comunes y nominales

40. Para la cuestión relativa a la retención de cuentas comunes y nominales, el art. 29 efectúa una simple remisión al derecho nacional aplicable a la cuenta. En realidad, la cuestión sobre la no embargabilidad o la embargabilidad total o parcial de cuentas conjuntas es una pura cuestión de derecho procesal, independiente de la cuestión sobre a quién corresponde el dominio de las cantidades allí depositadas. También es procesal la cuestión relativa a la vía por la que se puede hacer valer el dominio sobre la totalidad o parte del saldo embargado. Por tanto, lo mejor es someter esta cuestión directamente a la *lex fori*. Cuestión distinta es la determinación del derecho aplicable como paso previo para determinar a su vez a quién corresponde la propiedad, así como las repercusiones de las relaciones jurídicas existentes entre los titulares de la cuenta.⁷³

⁶⁷ Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 13.

⁶⁸ MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 10 s.; en contra Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341 p. 46 s.

⁶⁹ COM (2006) 618 final, p. 8.

⁷⁰ A favor de la aplicación del derecho de la residencia del deudor B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 802.

⁷¹ Cf. a favor de la armonización F. MARTÍN DIZ, «Instrumentos de Derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Núm. 3-4, 2008, p. 228.

⁷² MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 28, 30.

⁷³ MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 27. Cfr. G-S. HÖK, «Grenz-überschreitende Zwangsvollstreckung», ZAP Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 607.

41. La posibilidad de retener cuentas comunes se resuelve de forma distinta en los distintos ordenamientos. En el Reino Unido, por ejemplo, no es en principio posible el embargo de una cuenta corriente conjunta en base a una orden de embargo (third party debt order) dirigida solamente a un titular, a no ser que ambos titulares sean deudores.⁷⁴ Por otro lado, en derecho alemán la doctrina se ha inclinado por entender que es posible la traba y el posterior embargo de la totalidad del saldo de una cuenta de titularidad indistinta, aunque no se trata de una cuestión pacífica.⁷⁵ En derecho español no se ha dado una respuesta clara a la cuestión del embargo de una cuenta corriente indistinta por una deuda privativa de uno de los cónyuges. La jurisprudencia ha dejado claro que las cuentas corrientes «expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuran como titulares de las mismas contra el Banco que las retiene y el nuevo hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que median entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos.» La prueba de la situación dominical existente corresponde por lo tanto a los titulares de la cuenta⁷⁶, que tendrán que presentar, en su caso, una tercería de dominio, y no a los acreedores. Sin embargo, algunos autores han considerado esta solución como demasiado onerosa para el titular que ve embargados sus bienes y han propuesto, en la línea del art. 171.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria, que de desconocerse la situación dominical del saldo contenido en la cuenta bancaria se embargue solamente la parte alícuota correspondiente.⁷⁷

42. Otra cuestión a resolver por los respectivos derechos nacionales es la relativa a la retención de cuentas nominales o cuentas de mandatario (Treuhandkonto, compte de mandataire), es decir, aquellas cuentas a nombre de un tercero pero que contienen fondos (dinero o instrumentos financieros) de los que es titular el deudor, o que están a nombre del deudor pero que tener fondos de un tercero. En derecho alemán, se considera que dichas cuentas no puede ser embargadas por los acreedores del deudor, sino solamente por los acreedores de quien consta como titular de la cuenta.⁷⁸ En este caso el titular de los fondos puede reaccionar con una Drittwiderspruchsklage.⁷⁹

c) Prioridad de acreedores concurrentes

43. El art. 33 se refiere a la concurrencia de una OERC con medidas cautelares del mismo tipo del derecho autónomo presentadas por otros acreedores. España forma parte, como es sabido, de los Estados en los que rige la regla prior in tempore⁸⁰, y de acuerdo con los arts. 610 y 611 LEC en caso de tener lugar un reembargo el reembargante obtendrá el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes reembargados, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes a cuya instancia se hayan satisfecho los embargos anteriores, o pedir el embargo de lo que sobrare en la

⁷⁴ Practice Direction 72 – Third Party Debt Orders, Interim orders relating to bank or building society accounts – rule 72.6(1)–(3) 3.1, 3.2. Cf. propuesta de reforma de 2011 consistente en presumir la titularidad a partes iguales: http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/Enf_IA_third_party_debt_orders_-_final_version_as_signed_off_by_ministers.pdf

⁷⁵ S. SMID, «§ 829 ZPO», en T. RAUSCHER/P. WAX/J. WENZEL (coords.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2, Múnich, C.H. Beck, 2007, Rn. 11; P. KÖRNER, «(Original-)Assessorexamensklausur – Zivilrecht: Zwangsvollstreckung in ein Oderkonto», *Juristische Schulung* 2008, p. 67; W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 20.

⁷⁶ SSTS 7 febrero 2003 (RJ 2003\859), FJ 3º; 5 julio 1999 (RJ 1999\5966), FJ 3º; 29 septiembre 1997 (RJ 1997\6825), FJ 2º; 7 junio 1996 (RJ 1996\4826), FJ 4º; 19 diciembre 1995 (RJ 1995\9425), FJ 3º; 15 julio 1993 (RJ 1993\5805), FJ 3º; 8 febrero de 1991 (RJ 1991\1156), FJ 3º; 19 octubre 1988 (RJ 1988\7589) FJ 2º y 24 marzo 1971 (RJ 1971\1447); AAP de Madrid (Sección 11ª) nº76/2010 de 29 de marzo (JUR 2010/219853), FJ 4º; SSAP Ciudad Real (Sección 1ª) nº 234/1997 de 1 de septiembre (AC 1997/1957), FJ 2º; Lleida de 1 de junio de 1994 (AC 1994/1835), FJ 1º.

⁷⁷ Citados en A. VAQUER ALOY, «Relaciones económicas entre los cónyuges» en F. LLEDÓ YAGÜE/ M. P. FERRER VANRELL (coords.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 379 s. Cfr. en el mismo sentido SAP Asturias de 18 de mayo de 1993 (AC 1993/1981), FJ 2º; AAP Madrid (Sección 11ª) nº76/2010 de 29 de marzo (JUR 2010/219853), FJ 4º; no trata de un embargo la STS 31 de octubre 1996 (RJ 1996\7438), FJ 3º.

⁷⁸ W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 19.

⁷⁹ E. RIEDEL, «§ 829», en V. VORWERK/C. WOLF (coords.), ZPO, Múnich, C.H. Beck, 2012, Rn. 137 s.

⁸⁰ Como Francia (Art. L221-2 del Code de procédures civiles d'exécution).

realización forzosa celebrada en otra ejecución ya despachada. Ello contrasta con la solución adoptada en otros Estados miembros, que distribuyen el producto obtenido entre los distintos embargantes sin consideración del elemento temporal.⁸¹

d) Derechos de terceros

44. De acuerdo con el art. 39 de la Propuesta, los terceros que vean vulnerados sus derechos por la OERC pueden presentar objeciones ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución. Desde el punto de vista del derecho procesal español, los cauces principales para presentar dichas objeciones son, por un lado, las tercerías de dominio, si parte del dinero contenido en la cuenta corriente embargada es propiedad de un tercero, y por el otro, a las tercerías de mejor derecho, si existe otro acreedor en otro proceso que demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero. De hecho, la tercería de mejor derecho solamente la permite la LEC en su art. 729 para las medidas cautelares cuando se haga valer en un proceso en el que se pida el pago de una cantidad de dinero. Con ello se persigue evitar, en la medida de lo posible, pactos fraudulentos entre el deudor y el segundo acreedor, que se podría comprometer a no hacer valer su propio crédito posteriormente.⁸²

H) Recursos

45. Debido a las peculiaridades del proceso para conceder la OERC —celeridad en el contexto de una medida cautelar con carácter transfronterizo, falta de audiencia previa al deudor— era necesario un sistema de recursos lo suficientemente perfilado como para garantizar los derechos de ambas partes sin entorpecer excesivamente la eficacia de la medida solicitada. No obstante, la regulación contenida en la Propuesta de Reglamento solamente responde en parte a tres cuestiones básicas: tribunal competente, motivos por los que procede el recurso y forma que debe adoptar el mismo. A la hora de completar las lagunas resultantes en el Proyecto, debe tenerse en cuenta, por un lado, que el art. 48 solamente cifra entre las informaciones a prestar por los Estados miembros la relativa al órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso presentado por el demandante en base al art. 22, y, por el otro, que en el art. 45 se realiza una remisión general a la respectiva *lex fori* para dar respuesta a las cuestiones no reguladas por la Propuesta de Reglamento.

a) Recurso del demandante

46. En el art. 22 se trata del recurso del acreedor frente la decisión del órgano jurisdiccional o de la autoridad emisora de denegar la OERC. Se requiere aquí del recurso a la *lex fori* para determinar la forma que debe adoptar dicho recurso. En España, el recurso de apelación es el vehículo previsto en los arts. 552 LEC y 736 de la LEC para reaccionar, respectivamente, frente a un auto denegatorio del despacho de la ejecución o frente a un auto denegatorio de medidas cautelares. Aunque el tipo concreto de recurso no está entre las informaciones que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión «a más tardar» en el plazo de un año tras la entrada en vigor del Reglamento, sí se debe informar, de acuerdo con el art. 48 d) de la Propuesta, de cuál va a ser el órgano jurisdiccional competente para conocer de dicho recurso. Teniendo en cuenta que pese a su tramitación preferente (art. 736 LEC) o a su sustanciación solamente frente al acreedor (art. 552 LEC) el recurso de apelación puede retardar excesivamente la definitiva adopción de la OERC y teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 48 d) de la Propuesta el recurso bien podría ser resuelto por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la OERC, sería tal vez más adecuado prever que, en este caso concreto, la reacción del acreedor tuviese lugar por la vía del recurso de reposición, evitando la aplicación subsidiaria de las normas generales contenidas en la LEC.

⁸¹ Cfr. B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004, p. 72 s.

⁸² G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «Art. 729», en F. CORDÓN MORENO/T. ARMENTA DEU/J. J. MUERZA ESPARZA/ I. TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen II, Cizur Menor, 2001, p. 704.

Ello requiere, desde luego, una reacción rápida de nuestro legislador, cuya reclamación no está de más teniendo en cuenta el retraso con el que se adaptó la LEC a los procesos monitorio europeo y de escasa cuantía⁸³. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debería procurar pedir a la parte demandante la subsanación de los defectos de su solicitud siempre que ésta fuese mínimamente posible, evitando así en la mayoría de los casos una posterior decisión denegatoria de la misma.

b) Recurso del demandado

47. En el marco de anteriores Reglamentos se planteó la cuestión relativa a la convivencia de los recursos allí previstos frente a la ejecución con los recursos previstos por el derecho nacional, en especial con las excepciones de carácter material planteadas por el deudor.⁸⁴ En el contexto de la OERC la cuestión sería levemente distinta, ya que se podría plantear la posibilidad de la interposición de los recursos que de acuerdo con el derecho nacional proceden contra una medida cautelar. En cualquier caso, en paralelo con lo que ocurre en el marco del Reglamento Bruselas I, no debería permitirse la alegación de motivos relativos al fondo del asunto que se hubiesen posido hacer valer en el transcurso del proceso declarativo.⁸⁵ Se trataría aquí de la aplicabilidad de los arts. 739 y 740 LEC, en caso de dictarse la Orden sin audiencia previa al demandado, y del art. 734.2.2 LEC en caso contrario. Debe resaltarse que a diferencia de los arts. 34 y 35 PROERC, el art. 740 LEC no contiene una lista de motivos tasados en los que se puede basar el recurso frente a la adopción de una medida cautelar, por lo que la cuestión de su aplicabilidad podría resultar determinante. Sin embargo, debe considerarse que esta cuestión ya está regulada de forma exhaustiva en la Propuesta de Reglamento, por lo que no puede operar la remisión del art. 45 aunque la *lex fori* sea más favorable a los intereses del deudor.

48. Son competentes para conocer de recursos presentados por el demandado los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen (art. 34), del Estado miembro de ejecución (art. 35), y, si éste es un consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado, los órganos jurisdiccionales del Estado de su domicilio (art. 36). El demandado tiene también derecho a aportar una garantía alternativa, especificada ya en la propia Orden ante la autoridad competente del Estado miembro de ejecución para conseguir que ésta ponga fin a la ejecución de la misma (art. 38).

49. Si no existe aún título ejecutivo, el recurso se puede presentar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución. Si existe ya título ejecutivo, el recurso solamente podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución. El recurso frente a los órganos jurisdiccionales del domicilio de la parte débil procede con independencia de la existencia o no de título ejecutivo y del motivo que se alegue. De acuerdo con el art. 48.1 i), los Estados miembros deberán informar del órgano jurisdiccional competente para la presentación del recurso de acuerdo con los arts. 34.3 y 36. Nos hallamos aquí ante un pequeño error, ya que en el art. 34.3 ya se deja claro que, de presentarse el recurso en el Estado miembro de origen, el órgano jurisdiccional competente es aquel que dictó la Orden. El deber de informar de los Estados miembros se recoge en realidad en el art. 35. Una solución congruente con la contenida en el art. 34 sería establecer la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que dictó la Orden, en caso de haberse solicitado ésta allí directamente existiendo ya título ejecutivo. De no existir aún título ejecutivo, tendría

⁸³ Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

⁸⁴ Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 8; B. GSELL, «Die Geltendmachung nachträglicher materieller Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage bei Titeln aus dem Europäischen Mahn- oder Bagatellverfahren», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 22 2011, p. 87-91; C. MELLER-HANNICH, «Materiellrechtliche Einwendungen bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung und die Konsequenzen von „Prism Investment«», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2 2012, pp. 90-94 y 3 2012, pp. 153-159; con parecidas reflexiones B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418.

⁸⁵ MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 44.

sentido también ligar la competencia para conocer del recurso con la competencia para ejecutar la Orden solicitada en el Estado miembro de origen. Así, podría considerarse competente para conocer de los recursos presentados el tribunal del lugar donde las medidas cautelares deban producir efectos, lo que estaría en concordancia con la norma de competencia del art. 724.2 LEC. Se trataría pues del tribunal de la sucursal bancaria, o en su defecto, de la sede del banco.

50. En los arts. 34 y 35 se reiteran una serie de normas generales que, sin embargo, faltan en el escueto art. 36. Con el fin de eliminar estas reiteraciones y dejar claro si se pretende su aplicabilidad general, sería mejor agruparlas en un único artículo. La presentación del recurso ante el juez del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución tiene que tener lugar con prontitud o a más tardar, en 45 días desde que conoce la OERC y puede reaccionar frente a ella⁸⁶, excepto si se basa en la no presentación de la demanda de acuerdo con el plazo del art. 13. Se entiende que el recurso en este caso tiene que presentarse a partir del momento en que transcurre dicho plazo, ya que se presupone que el demandado tiene ya conocimiento del contenido de la orden y puede reaccionar frente a ella. El recurso, que adoptará en todo caso la forma prevista en el Anexo IV, puede presentarse en papel o en cualquier otro formato, incluido el electrónico, y para su notificación al demandante se remite a la normativa aplicable a las notificaciones transfronterizas o nacionales. Si el recurso prospera, tendrá como consecuencia una decisión por la que se modificará o dejará sin efecto la OERC, que deberá surgir efecto, a más tardar, en los treinta días naturales siguientes a la notificación del recurso al demandante. No obstante, si de acuerdo con el art. 37 de la Propuesta en el Estado miembro correspondiente se ha decidido abrir la vía del recurso de apelación frente a las decisiones sobre recursos del deudor, el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso puede decidir suspender los efectos de su decisión hasta que ésta sea definitiva. La decisión sobre el recurso será inmediatamente ejecutoria, a no ser que se haya presentado apelación y se haya decidido suspender los efectos de la misma. En la Propuesta de Reglamento no se trata de los efectos transfronterizos de la decisión dictada en el Estado miembro del domicilio del demandado, y para no perjudicar a los recurrentes debería establecerse expresamente también en este caso la aplicabilidad de esta norma al recurso presentado de acuerdo con el art. 36. La única norma de este tipo que aparece en el art. 34 y no en el art. 35 es la referente a la necesidad de notificar inmediatamente la decisión al banco o bancos de que se trate, que deberán desbloquear total o parcialmente la cuenta o cuentas de forma inmediata.

51. En el caso en que el acreedor no presentase demanda en el plazo fijado en el art. 13, se expone a un recurso del deudor de acuerdo con los arts. 34.1 b) o 35.2. Probablemente hubiese sido mejor ordenar la revocación automática de la OERC, ya que, una vez presentado el recurso, el órgano jurisdiccional tiene un plazo de 30 días para decidir sobre el mismo, lo que sumado al tiempo necesario para que surta efecto la notificación al banco deja al deudor en una situación de indefensión.⁸⁷ También se ha considerado la necesidad de prever la revocación de oficio en caso de terminación del proceso en el Estado miembro de origen con sentencia desestimatoria de la pretensión del deudor.⁸⁸ Una revocación con efecto transfronterizo no representaría ningún problema para el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.

52. Llama la atención que los motivos en los que se pueden basar los recursos varían dependiendo de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca de los mismos. Como se verá, ello trae causa de las distintas funciones de cada órgano jurisdiccional en los distintos estadios del proceso de obtención de la OERC, más limitadas para el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.⁸⁹ Así, la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional de origen solamente es posible por los motivos tasados del

⁸⁶ Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 419, que considera que el momento de inicio del plazo es poco concreto y que se tendría que estar al momento de la notificación.

⁸⁷ En este sentido, hay quien opina que la introducción de una OERC podría comportar importantes problemas de liquidez en los intervinientes del tráfico jurídico, cfr. C. SCHWÖRER, «Europäische Kontopfändung: Bitte nicht grenzenlos», *AnwaltsBlatt* 10 2011, p. VI.

⁸⁸ B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 419.

⁸⁹ Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 25.

art. 34.1: infracción del ámbito de aplicación del Reglamento, incompetencia del órgano jurisdiccional, ausencia de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* o falta de presentación de la demanda en el plazo fijado de acuerdo con el art. 13. Por su parte, en el art. 35 se distingue entre motivos que proceden con independencia de la existencia o no de título ejecutivo (art. 35.1), exclusivamente en ausencia de título ejecutivo (art. 35.2) y exclusivamente en presencia de título ejecutivo (art. 35.3).

53. El recurso interpuesto frente al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución procede, en primer lugar, por la existencia de cantidades exentas de ejecución de acuerdo con la legislación del Estado miembro en el que se encuentre la cuenta. Esto tiene sentido si se considera que la fijación de esta cantidad se realiza de acuerdo con la legislación del Estado miembro de ejecución. En segundo lugar, procede el recurso por haberse dictado una resolución judicial en el Estado miembro de ejecución que desestime la deuda cuya ejecución el demandante pretenda asegurarse por medio de la orden. Del art. 35 no se desprende que deba tratarse de una sentencia anterior a la obtención de la sentencia resultante del proceso declarativo en el Estado miembro de origen. Queda por lo tanto vetada, en el marco de este artículo, la alegación de sentencias de otro Estado miembro distinto del Estado miembro de ejecución, que es simplemente aquel donde se encuentra la cuenta y cuyos tribunales, para empezar, no necesariamente habrían sido competentes para conocer del fondo del asunto. Sin embargo, sería posible alegar la existencia de sentencias procedentes de otros Estados en base al art. 40, aunque con limitaciones,⁹⁰ e incluso en base al art. 34, si se interpretase de forma amplia, entendiéndose que afecta también a la existencia de *fumus boni iuris* la existencia de una sentencia desestimatoria de otro Estado.

54. El reconocimiento de una sentencia favorable al demandado, con independencia de su origen, debería ser suficiente para provocar, tanto la finalización de la medida cautelar como, en su caso, la finalización del proceso declarativo. Pero incluso la finalización del proceso declarativo en el Estado miembro de origen con sentencia desestimatoria tras haberse producido el reconocimiento de una sentencia extranjera anterior tuviese como efecto la revocación de oficio la OERC puede resultar interesante para el demandado dirigirse directamente al juez del Estado miembro de ejecución, especialmente si en el Estado de origen los órganos jurisdiccionales trabajan de forma lenta. Le correspondería entonces al demandante hacerse cargo de los daños causados por una medida cautelar innecesaria por la existencia de una resolución extranjera anterior sobre el mismo litigio. No obstante, si el proceso en el Estado miembro de origen termina con una sentencia favorable al demandante por no haberse alegado en su transcurso la existencia de una sentencia extranjera, el demandado podrá de todos modos alegar en base al art. 35 la incompatibilidad de dicha sentencia con la sentencia dictada previamente en el Estado miembro de ejecución, lo que podría parecer redundante ya que el demandado había tenido la posibilidad de hacer valer la sentencia a su favor en el proceso en el Estado miembro de origen. Sin embargo, parece que si se puede solicitar la denegación del reconocimiento de una sentencia procedente del Estado miembro de origen por la existencia de una sentencia contradictoria anterior, la no alegación de dicha sentencia en el marco del proceso declarativo no debería ser obstáculo para pedir la revocación de la OERC en base a dicha sentencia.

55. En tercer lugar, puede recurrirse la OERC alegando que la cuenta bancaria está exenta de ejecución con arreglo a la normativa sobre exenciones de ejecución.⁹¹ Este supuesto debe diferenciarse de la existencia de cantidades exentas de acuerdo con el art. 32.

56. De no existir aún título ejecutivo, se puede hacer valer también frente al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución la no presentación de la demanda en el plazo establecido de acuerdo con el art. 13. Esta decisión es razonable ya que no priva al deudor de la posibilidad de hacer valer la falta de

⁹⁰ Cfr. infra I.

⁹¹ Por ejemplo el denominado Pfändungsschutzkonto («P-Konto»), regulado en el § 850k de la ZPO alemana, cfr. por ejemplo S. SCHUMACHER, «Ein großer Tag für Verbraucher und Selbständige: Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 9. Juli 2009», *Zeitschrift für Verbraucher- und Privatinsolvenzrecht* 8 2009, p. 31315 s.; F. SCHWÖRER, «Der neue Kontopfändungsschutz – Reform ohne Gerichtsvollzieher?», *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 2009, p. 122 s; B. HESS, «Rechtspolitische Perspektiven der Zwangsvollstreckung», *Juristenzeitung* 2009, p. 664.

competencia, la vulneración del ámbito de aplicación del Reglamento o la inexistencia de *fumus boni iuris* o de *periculum in mora* ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen o en el del domicilio del consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado. Así se respeta (sólo en parte) el monopolio de decisión sobre las expectativas de éxito de la pretensión sobre la cual va a decidir posteriormente, y se evita también el riesgo de interpretaciones divergentes de los arts. 2 y 6 del Reglamento.

57. Por último, el art. 36 permite a los consumidores, trabajadores por cuenta ajena y asegurados presentar recurso en el Estado miembro de su domicilio. Así se añade, de acuerdo con la Exposición de Motivos⁹², un nivel de protección al contenido en el Reglamento Bruselas I. Se observa en este artículo una incongruencia entre el término utilizado en el epígrafe (residencia) y el que figura en el texto de la norma (domicilio). Esta incongruencia figura sin embargo solamente en la versión española del Proyecto, mientras que las versiones alemana, inglesa y francesa se refieren unánimemente al domicilio del deudor, y no merece por lo tanto mayor atención. La necesidad de conceder esta posibilidad adicional para las partes débiles identificadas es cuestionable, ya que, por un lado, normalmente el tribunal de su domicilio ya será competente para conocer sobre el fondo del asunto en base a los arts. 12, 16.2, y 19 RBI. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en los arts. 34 y 35 el tribunal del Estado miembro de origen y el tribunal del Estado miembro de ejecución han obtenido la competencia para resolver sobre determinados tipos de recurso en virtud de las funciones que les han sido atribuidas en el proceso de adopción y ejecución de la OERC y que de presentarse el recurso ante los tribunales del Estado miembro de domicilio del consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado, este tribunal debería controlar la aplicación del futuro Reglamento por parte de un tribunal extranjero, o incluso aplicar e interpretar derecho procesal civil extranjero, en caso de aplicarse éste debido a una remisión expresa realizada en el Reglamento o en virtud de su art. 45.⁹³ Una vez obtenida una decisión por parte de este tribunal, se plantearía además la cuestión sobre su ejecutabilidad en el Estado cuyo derecho procesal se habría interpretado. Debería considerarse, en caso de incluir finalmente esta norma, la posibilidad de ampliar los casos en los que se considera que el demandado merece especial protección. En especial, debería concederse la posibilidad del recurso en el Estado miembro del domicilio del tomador y del beneficiario del seguro, como ocurre en el art. 9 RBI.

58. La Propuesta de Reglamento no concreta tampoco en este caso cuál va a ser el iter procesal del recurso, por lo que cabría partir de la base de la aplicación de la LEC a esta cuestión, de acuerdo con el art. 45. De acuerdo con el art. 735 in fine de nuestra ley rituarial, de presentarse recurso contra el Auto acordando medidas cautelares, éste debe adoptar la forma de recurso de apelación, sin efectos suspensivos. Es evidente que esta solución no es compatible con lo previsto en la Propuesta, que establece claramente qué órganos jurisdiccionales van a ser competentes para conocer del recurso del demandado, y que además prevé el recurso de apelación como modo de reacción frente a las decisiones de los mismos. En este punto sería por lo tanto de nuevo necesaria una ágil actuación del legislador.

I) Modificación o revocación

59. Una última posibilidad de reacción frente a la OERC es la petición de su modificación o revocación, que de acuerdo con el art. 40 solamente será posible por haber cambiado las circunstancias desde que se dictó la Orden. En general, estaremos ante la desaparición de uno de los dos presupuestos de la medida cautelar, lo que también podría darse, por ejemplo, de aparecer hechos nuevos en el transcurso del proceso declarativo que pudiesen hacer variar el pronóstico de una decisión favorable al demandante. Solamente a título de ejemplo, se citan en el art. 40 una resolución judicial dictada en cuanto al fondo que desestime la deuda o la satisfacción de la misma por parte del deudor. Como se ha indicado, esta norma debe ponerse en relación con el art. 35.1 b) i), que permite el recurso contra la OERC por la existencia de una resolución desestimatoria del Estado miembro de ejecución. En el art. 40 no se dis-

⁹² p. 9.

⁹³ En el mismo sentido B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 74.

tingue en absoluto según el origen de la resolución, y como resultado podría interpretarse que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen podrá controlar la existencia de resoluciones desestimatorias de cualquier Estado, además de otras cuestiones que afecten a la existencia de los presupuestos de la ejecución. Ahora bien, el artículo especifica que debe alegarse un cambio en las circunstancias, es decir, en este caso, una sentencia dictada después de haberse dictado la OERC. De la combinación entre el art. 34 y el art. 40 se podría deducir la posibilidad del órgano jurisdiccional de origen de revocar la OERC a instancia de parte debido a la existencia de una sentencia contradictoria de un Estado diferente al Estado miembro de ejecución. Sin embargo, a falta de mayor concreción del legislador comunitario, también podría partirse de la base de que, como la única referencia a sentencias contradictorias se hace en el art. 35, las sentencias de otros Estados no se podrían hacer valer en base a los arts. 34 y 40.

60. No obstante, ello dejaría al demandante sin la posibilidad de hacer valer estas cuestiones, ya que no puede recurrir al art. 34. Es cierto que será el deudor el primer interesado en pedir la revocación o la modificación de la OERC, pero no siempre puede contarse con una rápida reacción por su parte, y el acreedor puede estar interesado en ahorrarse costas procesales y en recuperar la caución prestada lo más pronto posible.

J) Vigencia temporal

61. Una vez se ha obtenido el título ejecutivo en el Estado miembro de origen y se está pendiente del inicio de la fase de ejecución forzosa en el Estado miembro de ejecución, se plantea la cuestión de la vigencia temporal de la OERC. En nuestro derecho, el art. 731 LEC establece que las medidas cautelares adoptadas se mantienen hasta que transcurre el plazo de espera de 20 días del art. 548 LEC. Tomando en consideración el elemento transfronterizo propio de la OERC, en el art. 21.7 b) de la Propuesta se ha adoptado una regla más flexible, que alarga la vigencia de la OERC hasta que ésta sea sustituida por una medida de ejecución de efecto equivalente de Derecho nacional y por tanto tiene en cuenta el considerable retraso que puede reportar la obtención del exequátur, pero al mismo tiempo requiere del acreedor una actitud diligente, ya que éste debe haber incoado el procedimiento de ejecución dentro de los 30 días siguientes a la notificación o al reconocimiento de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial, el documento público o la transacción judicial, tomándose la fecha que sea posterior.

62. La sustitución de OERC por una medida de ejecución forzosa de derecho nacional puede suponer un cambio en el tribunal competente. En España debe tenerse en cuenta el art. 545.3 LEC. Por otro lado, sería deseable que con la conversión el acreedor no perdiese su rango de existir una pluralidad de embargos.⁹⁴ Al haberse producido ya la traba de los activos bancarios, lo ideal sería que los derechos nacionales permitiesen pasar directamente a la fase de apremio.⁹⁵

4. Coordinación y cooperación de órganos jurisdiccionales y autoridades emisoras

63. Entre las informaciones que se deben incluir en el formulario del Anexo 1 está una declaración sobre si el demandante ha presentado ante otros órganos jurisdiccionales una solicitud de OERC o de una medida cautelar de efecto equivalente prevista en el derecho nacional. En el art. 19 se encuentra expresamente recogido este deber de información, así como la facultad del órgano jurisdiccional o autoridad emisora de abstenerse de dictar una OERC —que no tiene por que ser adicional, sino que puede muy bien ser la primera que se pide—, si a la vista de las medidas ya concedidas, ya sean otras OERC, ya sean medidas cautelares previstas por los respectivos derechos nacionales y dictadas en base al RBI, considera que ya están suficientemente protegidos los intereses del demandante.

⁹⁴ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 27 s.

⁹⁵ Cfr. a favor de dejar esta cuestión a los derechos nacionales MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf, p. 50.

64. Desde luego existe la posibilidad de que el demandante no lleve a cabo dicha información y realice una utilización abusiva de las posibilidades ofrecidas por el futuro Reglamento consistente en obtener la retención de una suma de dinero superior a la debida, sobre todo teniendo en cuenta los escasos costes que supone la solicitud de la Orden. El art. 28, cuyo ámbito de aplicación se limita sin embargo a la retención de varias cuentas, establece la obligación del demandante de reaccionar a posteriori, cuando el resultado de una o varias OERCs o medidas cautelares de derecho nacional es una retención por una suma superior, liberando las cantidades especificadas que excedan de la cantidad fijada en la OERC. Esta liberación parece que tendría que realizarse a través de la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución, y el plazo para llevarla a cabo es breve: tan sólo 48 horas después de la recepción de la primera declaración de uno de los bancos de la que se derive por primera vez la existencia de un exceso. No queda claro a qué consecuencias se enfrenta el acreedor que no lleva a cabo la información requerida. Con independencia de los posibles recursos a disposición del demandado, está claro que el demandante tendría que responder del perjuicio causado en caso de incumplimiento de dicha obligación.

65. Parece que una forma de control más eficiente sería, al menos en los casos en los que existiese un título ejecutivo de origen judicial, que toda autoridad de emisión extranjera informase de la solicitud del demandante al órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial o adoptó la transacción judicial. Esta información abarcaría también las vicisitudes (modificación, revocación) de la Orden por éste dictada. Éste estaría así informado de todas las OERC adoptadas en base al título ejecutivo y podría informar de forma fiable a las autoridades emisoras de los Estados donde se presentase una solicitud de OERC. Esta solución también podría ser útil cuando además de la OERC se hubiesen solicitado medidas cautelares según los respectivos derechos nacionales de acuerdo con el art. 31 o 47 RBI. Este control centralizado de la ejecución transfronteriza, que presenta un claro paralelismo con el sistema previsto en el Reglamento de insolvencia, podría presentar sin embargo dificultades para su aplicación en aquellos Estados miembros en los que la administración de justicia está más colapsada. Otra solución sería la creación de una base de datos de sentencias judiciales firmes en materia civil y mercantil a la que todos los órganos jurisdiccionales con competencia para la ejecución pudiesen acceder, registrando por su cuenta las medidas cautelares y de ejecución provisional posteriores a la obtención del título ejecutivo en el Estado de origen.⁹⁶

66. En esta línea, en el art. 20 se prevé la cooperación opcional de los órganos jurisdiccionales que reciban una solicitud de OERC con el órgano jurisdiccional que conozca del fondo —aunque en la Propuesta se utilice el plural en principio solamente habrá uno, a no ser que exista litispendencia— con el fin de lograr una coordinación adecuada entre los procedimientos (el procedimiento) relativos al fondo del asunto y los procedimientos relativos a la OERC. Esta cooperación opcional se concreta en la petición de información al órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto sobre cualquier circunstancia pertinente del caso. De ahí se deriva que esta opción ha sido especialmente —aunque no necesariamente de forma exclusiva— concebida para los casos en los que no existe aún título ejecutivo, y en los que al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se sitúa la cuenta o cuentas le puede interesar determinar con exactitud la existencia de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En el art. 31 de la Propuesta de Revisión del Reglamento Bruselas I, cuya regulación de las medidas cautelares está, como se verá, en consonancia con el contenido de la Propuesta de Reglamento objeto de estudio, se concreta que dicha petición de información podría referirse, por ejemplo, a la urgencia de la adopción de la medida cautelar en cuestión o a anteriores denegaciones de este tipo de medidas. En efecto, aunque posteriormente se conceda a dicho órgano jurisdiccional la posibilidad de dirigirse al demandante para pedirle información sobre el riesgo de que el demandado haga desaparecer los activos o sobre la denegación de una medida similar por parte del órgano que conoce del fondo del asunto, debe interpretarse que la expresión «cualquier circunstancia pertinente del caso» es lo suficientemente amplia como para

⁹⁶ Cf. a favor de la introducción de un Registro Central de OERCs, dependiente del Banco Central Europeo, F. MARTÍN DÍZ, *Justicia* 2008, N°3-4, p. 229.

incluir, en concreto, información sobre las medidas de similar naturaleza adoptadas o denegadas por el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto, lo que tendría especial relevancia con vistas a evitar una retención excesiva. Está claro, sin embargo, que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto solamente puede informar de sus decisiones, sin tener acceso necesariamente a informaciones de otros órganos jurisdiccionales.

67. No se ha regulado imperativamente la vía por la cual debe solicitarse esta información, estableciéndose que puede pedirse directamente o a través de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea. Esta decisión debe ser objeto de una valoración positiva, ya que puede contribuir a agilizar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales. No obstante, debería tratarse de un medio que dejase constancia de las informaciones recibidas, de modo que pudiesen incorporarse a la hora de motivar la no adopción de la OERC.

68. El deudor, por su parte, difícilmente podrá reaccionar ante la solicitud de una OERC por una cantidad superior a la debida: De acuerdo con el art. 34 de la Propuesta, relativo a los recursos a presentar en el Estado miembro de origen, el recurso del demandado solamente puede basarse en la no presentación en plazo de la demanda o en el incumplimiento de los requisitos de expedición de la Orden contenidos en los artículos 2, 6 y 7, sin estar incluida una vulneración del deber del art. 19 por parte del acreedor. También llama la atención que en el art. 35, relativo a los recursos que se pueden presentar en el Estado de ejecución, el demandado pueda hacer constar la existencia de cantidades mínimas legalmente excluidas de la ejecución, pero tampoco esté prevista expresamente como causa de recurso el embargo cautelar excesivo o la existencia de medidas de similar naturaleza. Una solución sería entender que en este caso es posible acudir a los recursos previstos por el derecho nacional,⁹⁷ aunque con ello fracasaría el propósito de crear un sistema autónomo de recursos en el proceso de la OERC. Al menos, parece que el deudor puede hacer constar por la vía del art. 34 la existencia de una OERC anterior dictada contra él, cosa que supondrá la ausencia de *periculum in mora* y por tanto la imposibilidad de que prospere una OERC posterior, al menos por una cantidad superior a la ya retenida.

5. Obtención de información sobre la existencia y el saldo de las cuentas corrientes

69. Las cuestiones relacionadas con la protección de datos han sido objeto de especial atención, lo que se pone de relieve en el dictamen emitido por Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), que por lo general confirma la conformidad de la Propuesta con la Directiva 95/46/CE.⁹⁸ En especial la Comisión ha tenido en cuenta la necesidad de justificar toda norma que pudiese interpretarse como una vulneración del derecho a la intimidad.⁹⁹ En el marco de la OERC la información requerida se va a referir solamente a la existencia de cuentas bancarias a nombre del deudor en un Estado miembro determinado y a las cantidades que allí están depositadas. El art. 16 de la Propuesta apuesta por que sea el deudor quien indague por su cuenta y proporcione a la autoridad competente del Estado de ejecución las informaciones necesarias. Con ello se hace referencia, en cualquier caso, al nombre y apellidos completos del demandado (a) y al nombre del banco en que el demandado posee una o varias cuentas a retener así como a la dirección de la sede central del mismo en el Estado en el que se encuentra la cuenta (b). Alternativamente, se pueden aportar el número o números de cuenta, la dirección completa del demandado, fecha de nacimiento y número de documento de identidad o pasaporte del deudor persona física o número de registro en el registro mercantil del deudor persona jurídica. Estas últimas informaciones, recogidas en la letra c), parece que no se tienen que aportar necesariamente, sino sólo para complementar las informaciones recogidas en las letras a) y b), por ejemplo, cuando existen varios clientes con el mismo nombre.

⁹⁷ Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 416, nota 23.

⁹⁸ DOUE n° C-373 de 21 de diciembre de 2011, p. 4-7.

⁹⁹ Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 22.

70. Solamente en caso de no poderse aportar las informaciones previstas en el art. 16 prevé el art. 17 la intervención de la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución. En este punto es interesante observar cómo se ha tenido en cuenta la Directiva 95/46/CE, estableciéndose en el apartado 4 de dicho artículo que la autoridad competente utilizará «todos los medios adecuados y razonables de que disponga en el Estado miembro de ejecución», debiendo ser la información obtenida «adecuada a efectos de la identificación de la cuenta o cuentas del demandado, pertinente y no excesiva» (apartado 6). Ello contrasta con el deber del demandante de incluir en su solicitud toda la información de que disponga sobre el demandado y las cuentas de éste, que el SEPD considera demasiado impreciso, y que podría conducir a la transferencia de todo tipo de información.¹⁰⁰

71. En el art. 17. 5 se establece el deber de los Estados miembros de informar a la Comisión sobre si su ordenamiento prevé la posibilidad dictar una orden de divulgación para obligar a todos los bancos de su territorio a revelar si el demandado posee cuenta en ellos y sobre cómo tiene lugar el acceso por la autoridad competente a las informaciones del art. 16 cuando las autoridades o administraciones públicas mantengan dicha información en los registros o de otra manera. Esta misma solución se ha adoptado en el art. 61 del Reglamento 4/2009/CE. En la Exposición de Motivos se dice que el Reglamento deja a los Estados miembros la elección entre estos dos mecanismos, lo cual se debe interpretar en el sentido de que solamente es posible contemplar uno de ellos. La necesidad de informar a la Comisión sobre el contenido del propio ordenamiento procesal, de acuerdo con el art. 48, vendría pues acompañada de la necesidad de crear normas especiales o de limitar parcialmente el ámbito de aplicación de las existentes. Parece sin embargo que hubiese sido mejor posibilitar la coexistencia de ambas posibilidades para obtener información sobre los activos del deudor, como ocurre en derecho español en virtud del arts. 738.2 y 590 LEC. En cualquier caso, se echa en falta la fijación de un plazo máximo para la obtención de dichas informaciones,¹⁰¹ que no debería ser determinado unilateralmente por los Estados miembros.

72. Cuestión distinta es la del acceso de los propios acreedores a dichas informaciones de bancos y autoridades o administraciones públicas. En España se ha considerado que no supone vulneración del secreto bancario y del derecho fundamental a la intimidad la facilitación de determinados datos en el marco de informes comerciales, por ejemplo relativos a la solvencia de un determinado cliente, su conducta comercial y su seriedad negocial, pero sí la facilitación de datos como el saldo existente en las cuentas.¹⁰² A sensu contrario, ello comportaría la imposibilidad absoluta de facilitar el saldo de una cuenta corriente a un tercero acreedor. El acceso por particulares a las bases de datos de autoridades y administraciones presenta una problemática adicional a la del respeto al derecho a la intimidad: dichos registros y bases de datos no tienen como función principal procurar datos a particulares, sino cumplir con su función en el ámbito de que se trate. Por lo tanto, resultaría comprensible que una adicional apertura a este tipo de actividades pueda condicionarse al no entorpecimiento de las funciones principales de la institución correspondiente.¹⁰³

6. Costes, costas y tasas

73. En la Propuesta de Reglamento se distingue entre los costes cuya restitución puede pedir la entidad bancaria en forma de una tasa única, según lo que decida cada Estado miembro (art. 30.1), y los costes cuya restitución en forma de tasa fijada por cada Estado miembro puede pedir la autoridad competente por la ejecución o por la tramitación de peticiones de información sobre la cuenta (art. 31). Las entidades bancarias solamente tendrán derecho al reembolso de los costes ocasionados por la OERC

¹⁰⁰ Dictamen SEPD, loc. cit., n°20.

¹⁰¹ B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 73.

¹⁰² M. L. FERRANDO VILLALBA, La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

¹⁰³ Cfr. sobre un tema parecido G. SPINDLER, «Informationsfreiheit und zivil- und gesellschaftsrechtliche Auskunftsansprüche», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 5 2011, p. 690-731.

o por la petición de información cuando así esté previsto en los respectivos derechos nacionales para medidas del mismo tipo.

74. En lugar de dejar esta cuestión a los derechos nacionales, en la Propuesta de Reglamento se incluye en el art. 42 una regulación de las costas procesales con el mismo contenido que la recogida en el art. 16 del Reglamento 861/2007: La parte perdedora va a cargar con las costas del proceso, pero el órgano jurisdiccional no eximirá a la parte ganadora de las costas que se hayan generado de forma innecesaria o sean desproporcionadas con respecto al valor de la deuda. Del mismo modo que en un proceso declarativo el órgano jurisdiccional decide sobre la procedencia de los distintos medios de prueba, también aquí el órgano jurisdiccional o la autoridad competente se han pronunciado previamente sobre la idoneidad de la medida adoptada, por lo que no se tendría que considerar ésta innecesaria o desproporcionada a efectos de costas, aunque a posteriori se haya visto que ello era así.¹⁰⁴ Al igual que ocurría en el marco del Proceso Europeo de Escasa Cuantía, dado que según el art. 41 la asistencia letrada no es obligatoria en el proceso de adopción de la OERC (pero sí a la hora de presentar recurso, si así lo deciden los Estados miembros)¹⁰⁵, se plantea si también deben suplirse los honorarios del abogado contratado por la parte ganadora. En la Propuesta del Reglamento 861/2007 se establecía que si la parte vencida era persona física y no estaba a su vez representada por abogado, no estaría obligada a suplir los honorarios de los abogados u otros profesionales del derecho contratados por la parte ganadora. Al igual que entonces, debe entenderse en el marco de la OERC que los honorarios abogados u otros profesionales del derecho contratados por la parte ganadora solamente se restituirán si son proporcionadas al valor de la deuda. Nada obsta, sin embargo, a una restitución parcial de dichos honorarios. Será competente para tomar una decisión sobre las costas el órgano jurisdiccional o la autoridad competente, respectivamente, para dictar la Orden, o en su caso, para conocer del recurso presentado frente a ésta.

75. Sobre las tasas, la Propuesta de Reglamento dice escuetamente en su art. 43 que no serán superiores a las requeridas para la obtención de una medida equivalente en el derecho nacional, no serán desproporcionadas en relación con la cuantía de la deuda y no tendrán un efecto disuasorio para el demandante. Este punto es particularmente importante ya que si el demandante desistiese de la presentación de la OERC muy probablemente tampoco acudiría a la medida equivalente en el Estado miembro de ejecución por los mayores costes que le representaría la aplicación de un derecho extranjero, traducidos seguramente, en particular, en la contratación de los servicios de un abogado en este Estado. Con ello no se consigue, sin embargo, diluir las diferencias en las tasas de la administración de justicia en los distintos Estados miembros.

7. Plazos

76. A la vista de las dificultades adicionales que presenta todo proceso con repercusión transfronteriza, en el art. 44 se han relajado las consecuencias de la falta de respeto del plazo fijado para dictar la Orden de acuerdo con el art. 21.3, para convocar una audiencia oral de acuerdo con el art. 21.4, para notificar a los bancos de acuerdo con el art. 24.3c), para la transmisión de la declaración del banco a la autoridad competente de acuerdo con el art. 27.1 y en el marco de los recursos previstos en los arts. 34 y 35. En dicho caso la decisión o medida de que se trate deberán dictarse o adoptarse «a la mayor brevedad». Teniendo en cuenta que las consecuencias de la falta de respeto de los plazos fijados para las actuaciones judiciales se rigen por la respectiva *lex fori*,¹⁰⁶ pero siendo consciente de la necesidad de fijar plazos cortos, parece que el legislador ha decidido confiar en la responsabilidad de órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, contemplando sin embargo la posibilidad de un control por parte de las mismas partes, que pueden pedir una justificación de las dilaciones acontecidas.

¹⁰⁴ Cf. sobre el Reglamento 861/2007 I. VARGA, «Art. 16 EG-BagatelIVO», en T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, Bearbeitung 2010, Múnich, Sellier, Rn. 4.

¹⁰⁵ Recogido esto en la Exposición de Motivos, p. 9, pero no en el art. 48.

¹⁰⁶ Sobre el proceso monitorio europeo, D. EINHAUS, «Erste Erfahrungen mit dem europäischen Zahlungsbefehl», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 22 2011, p. 867.

IV. Tratamiento de las medidas cautelares en el RBI y en su Propuesta de revisión

77. La regulación insuficiente de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I ha provocado que el TJCE se viese obligado reiteradamente a corregir determinadas prácticas de los Estados miembros.¹⁰⁷ De acuerdo con el art. 31 se pueden pedir medidas cautelares ante el juez que está conociendo del asunto y ante el juez de otro Estado miembro. No existe consenso sobre si el art. 31 establece la competencia a favor de cualquier otro juez o si se trata de una norma de remisión¹⁰⁸. En todo caso, de acuerdo con la Sentencia *van Uden* el tribunal que dicta medidas cautelares en base a una competencia exorbitante debe hacer constar que existe vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial del Estado miembro¹⁰⁹. Tampoco está claro qué tipo de medidas cautelares se entienden comprendidas en todo caso en el art. 31. Está claro que puede tratarse tanto de medidas puramente asegurativas como de medidas que persiguen una liberación provisional del deudor, siempre que tengan carácter reversible, aunque no está muy claro qué ocurre con medidas de otra clase, por ejemplo las destinadas a asegurar la práctica de la prueba.

78. El demandante puede optar entre pedir el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar dictada por el Tribunal competente para conocer del fondo o directamente acudir a un Estado miembro competente en base al art. 31 para que se dicte una medida que va a ejecutarse en dicho territorio. El reconocimiento y ejecución —en principio posible solamente cuando se haya dado audiencia al deudor, aunque hay quien considera superada esta jurisprudencia del TJCE¹¹⁰— de decisiones sobre medidas cautelares dictadas por un Tribunal en base a sus normas de nacionales de competencia normalmente no podrá llevarse a cabo por faltar el vínculo de conexión real a que se refería la sentencia *van Uden*.¹¹¹ Sin embargo, no parece que esto se aplique al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por otro tribunal competente para conocer del fondo del asunto de acuerdo con el Reglamento Bruselas I, ya que de otro modo se dejaría desprotegida a la parte que ha solicitado la medida.¹¹²

79. A estas conocidas cuestiones que plantea el actual régimen se intenta dar respuesta en la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I. Allí se define de forma parcial la noción de medidas cautelares (Considerando 22, art. 2 b)), y se reafirma la libre circulación de decisiones sobre medidas cautelares emanadas por el Tribunal competente en cuanto al fondo del asunto (art. 35 de la Propuesta), negando al mismo tiempo expresamente la eficacia extraterritorial de medidas cautelares ordenadas por un Tribunal distinto al Tribunal competente para conocer del fondo (Considerando 25, art. 2, art. 42.2 de la Propuesta). La Comisión se separa ahora por fin de la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia *Denilauler*, que impedía el necesario «efecto sorpresa» de las medidas cautelares, y aboga porque el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del Tribunal que conoce del fondo sea posible aún si previamente no se ha dado audiencia al deudor, siempre que éste tenga la posibilidad de impugnar la medida a posteriori en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen (art. 2 de la Propuesta, Considerando 25). La cuestión sobre si el art. 31 RBI actual era o no una norma de remisión quedaría

¹⁰⁷ B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 795.

¹⁰⁸ En contra por ejemplo M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 341 s.; a favor S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier, Rn. 21; M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I», *Diario La Ley N°7601, Sección Tribuna*, 31 Mar. 2011, Ref. D-142, p. 3; C. HEINZE, «Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation», *Rebels Zeitung* 75 2011, p. 602.

¹⁰⁹ STJCE 17 Noviembre 1998, *Van Uden/Deco-Line*, 391/1995, *Rec.* 1998, p. I-07091, n° 38 s.

¹¹⁰ STJCE 21 Mayo 1980, *Denilauler/Couchet Frères*, 125/1979, *Rec.* 1980, p. 1553, n. 16, cfr. sobre la vigencia de dicha jurisprudencia S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier Rn. 36 s.

¹¹¹ B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010, p. 369.

¹¹² S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier, Rn. 17.

ahora también zanjada al optarse por atribuir al Reglamento carácter universal.¹¹³ Sin embargo, no está claro si aún debe considerarse necesaria la prueba de un vínculo de conexión real entre la medida solicitada y el territorio en el que ésta debe surtir efecto. Parece no obstante que el recurso a dicha condición ya no será necesario al establecerse la imposibilidad de que las medidas cautelares dictadas por un tribunal distinto al que conoce sobre el fondo tengan efectos transfronterizos.¹¹⁴

80. En el caso de dictarse medidas cautelares mientras el litigio está pendiente en otro Estado miembro, está prevista la cooperación de ambos tribunales (art. 31 de la Propuesta). Esta cooperación consiste en que el tribunal que va a dictar la medida en base al art. 36 de la Propuesta pida simplemente información sobre las circunstancias del caso, la urgencia de la medida y sobre posibles denegaciones anteriores de medidas similares al Tribunal que conoce del fondo del asunto. Así pues, el tribunal de conoce del fondo del asunto no podrá llegar a revisar una medida cautelar emitida por otro Tribunal, cosa que comportaría problemas de ley aplicable, por ejemplo con respecto a las costas.¹¹⁵ Teniendo en cuenta que el art. 36 se refiere expresamente a la posibilidad de que un tribunal arbitral esté conociendo del fondo, parece que tendría que contemplarse aquí también la posibilidad de que el tribunal ante el que se hayan solicitado medidas cautelares coopere con el tribunal arbitral.

81. La regulación de la adopción de medidas cautelares y provisionales también se ve influenciada por la futura supresión generalizada del exequátur (Considerando 25). En efecto, de acuerdo con el art. 40 de la Propuesta de revisión cualquier resolución ejecutiva implicará por ministerio de la ley la autorización para poner en marcha las medidas cautelares previstas en el Estado miembro de ejecución. Ya no es necesaria pues la diferenciación efectuada en el art. 47 aps. 1º y 2º RBI. Y de acuerdo con el art. 43 de la Propuesta, para la ejecución en otro Estado miembro de una resolución ordenando una medida cautelar o provisional habrá suficiente con adjuntar una copia de dicha resolución y un formulario en el que se afirme que la resolución fue dictada por un juez competente y que, en caso de haber sido dictada la medida ex parte, el deudor tenga derecho a impugnar la medida de acuerdo con la ley del Estado de origen. Para las resoluciones que aún requieren a título transitorio el otorgamiento de la ejecución, el art. 60 de la Propuesta de revisión aún reproduce casi exactamente el art. 47 RBI.

V. Relación del futuro Reglamento con otros instrumentos comunitarios

82. No sólo la cuestión del engarce del futuro Reglamento con los respectivos derechos nacionales merece una reflexión. En el art. 46 de la Propuesta se trata de la relación con otros instrumentos y entre otras cosas afirma que el Reglamento se entenderá sin perjuicio del Reglamento Bruselas I. Pero, como se ha ido viendo, con el futuro Reglamento no solamente se pretende introducir una medida cautelar y el procedimiento para dictarla, sino que también se han dictado normas sobre la competencia y la eficacia transfronteriza de dicha medida, que en parte se sobreponen a las existentes en el Reglamento Bruselas I y en el Reglamento Bruselas III en materia de alimentos. Bastará aquí con realizar una breve recopilación de las soluciones de la Propuesta a que ya se ha hecho referencia en su momento y que no se corresponden con las recogidas en el RBI, empezando por las normas de competencia y siguiendo con las relativas a la ejecutabilidad.

83. En primer lugar, las normas de competencia recogidas en los arts. 6 y 14 dejan claro que a diferencia de lo que establece el actual art. 31 RBI no se permite un posible recurso a foros exorbitantes y

¹¹³ R. ARENAS GARCÍA, «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *Diario La Ley N°7601, Sección Tribuna*, 31 Mar. 2011, Ref. D-144, p. 3.

¹¹⁴ Cfr. sin olvidar que esto puede animar al deudor a trasladar su patrimonio fuera del Estado miembro que adopte la medida, C. HEINZE, «Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation», *Rabels Zeitung* 75 2011, p. 611 ss.

¹¹⁵ Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140 (INI)) (2011/C 308 E/06), DOUE C 308 E de 20.10.2011, p. 36-43, n°31.

que tampoco se permite al demandante solicitar la OERC en cualquiera de los distintos tribunales de los Estados miembros que serían competentes para conocer de la demanda. La competencia del órgano jurisdiccional que no conoce o va a conocer del fondo del asunto se determina exclusivamente en función del lugar de situación de la cuenta bancaria. En segundo lugar, y sin que pueda hablarse propiamente de superposición o de contradicción de las normas del RBI, de los arts. 34, 35 y 40 se desprende claramente que la intención del legislador comunitario era atribuir competencia para examinar los presupuestos para la adopción de la medida cautelar en exclusiva al órgano jurisdiccional que las dictó, sin que pueda pronunciarse sobre estas cuestiones el órgano jurisdiccional o autoridad encargados exclusivamente de la ejecución de la OERC.¹¹⁶ Solamente el art. 36 rompe este esquema y puede poner al tribunal del Estado miembro del domicilio de la parte débil en la necesidad de tener que aplicar derecho procesal extranjero. Este esquema de reparto de la competencia para conocer de los recursos contra una medida cautelar según el motivo alegado bien podría en un futuro adoptarse en el régimen general de las medidas cautelares, sobre todo si, como está previsto, desapareciese el requisito del exequátur para que medidas cautelares dictadas por el órgano jurisdiccional de origen fuesen aplicadas en otro Estado miembro.

84. Por lo que respecta a la ejecutabilidad, en la Propuesta de Reglamento se apuesta, como ya se ha reiterado, por la supresión del exequátur, tanto por lo que respecta a la decisión de dictar la OERC como a las decisiones resolviendo los recursos planteados¹¹⁷. Esto supone sin duda un avance con respecto al régimen general, pero un avance que como se ha visto se corresponde con lo previsto en la Propuesta de revisión del RBI. Como se ha visto, la limitación espacial de los efectos de una OERC dictada por el órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado de ejecución encuentra también su paralelo en la Propuesta de revisión del RBI. Este hecho no es trascendente en el marco de la OERC, ya que al dictarse ésta sin audiencia previa al demandado no existe la posibilidad de se trasladen los fondos a otro Estado miembro, y la posibilidad de dictar una OERC con efectos en varios Estados miembros continúa siendo posible ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.

85. El art. 46 cita también expresamente la Directiva de Protección de Datos y el Reglamento de Notificaciones. La referencia a la Directiva de Protección de Datos no significa otra cosa que los Estados miembros aplicarán sus respectivas normas de transposición de la Directiva a las cuestiones no reguladas por la Propuesta de Reglamento, que como ha dictaminado el SEPD en general está conforme con la misma. La referencia al Reglamento de Notificaciones tiene que ser con reservas, ya que, como se ha dicho, las posibilidades de notificación allí previstas se han reducido con el fin de lograr una mayor celeridad en el proceso y permitir el control de las normas nacionales, por ejemplo las relativas a las cantidades exentas de ejecución.

VI. Resumen y conclusiones

86. Con la Propuesta de Reglamento para la obtención de una Orden Europea de Retención de Cuentas se pretende mejorar notablemente la eficiencia de la ejecución en la Unión Europea introduciendo por primera vez una medida cautelar específica para supuestos de carácter transfronterizo y el proceso para su obtención y ejecución. Teniendo en cuenta la diversidad de los derechos procesales civiles de los Estados miembros y el condicionante que supone la vinculación de este tipo de medidas al ejercicio de la soberanía, ello ha requerido lograr un delicado equilibrio entre el necesario recurso a las normas procesales nacionales y la creación de soluciones unitarias, como por ejemplo el sistema de recursos.

87. Se trata de una medida cautelar que opera in rem y no in personam y cuya adopción tiene como consecuencia la retención de la cuenta o cuentas correspondientes a partir de la notificación al

¹¹⁶ Cfr. «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 71.

¹¹⁷ Cfr. sin embargo art. 36 de la Propuesta.

tercero deudor, encargado de practicarla. Puede adoptarse antes de presentarse la demanda, durante o después de la pendencia del proceso declarativo en el Estado miembro de origen o de existir ya un título ejecutivo en el Estado miembro de ejecución. El proceso para su obtención es distinto dependiendo de si existe o no título ejecutivo. En el segundo caso, el órgano jurisdiccional competente del Estado de origen o del Estado de ejecución tendrá que realizar un examen sumario de la existencia de los presupuestos de la medida cautelar. De existir distintos tribunales competentes para conocer del fondo del asunto, la solicitud se tiene que presentar ante aquél de entre ellos en el que se tiene la intención de presentar la demanda. La OERC dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen será reconocida y ejecutoria en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución y sin posibilidad de oponerse a su reconocimiento. La OERC dictada por el Estado miembro de ejecución no podrá tener efectos transfronterizos.

88. El demandante y el demandado pueden reaccionar frente a la OERC presentando un recurso. Con el fin de evitar la cuestión sobre la convivencia con los recursos previstos por los respectivos derechos nacionales, el sistema de recursos concebido en la Propuesta de Reglamento tiene carácter exhaustivo. Se ha tratado de repartir la competencia entre los tribunales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de destino dependiendo del papel que han tenido en la adopción de la Orden. Este sistema se rompe con la criticable introducción de la posibilidad, para determinados demandados que pueden considerarse «parte débil», de presentar recurso en el tribunal del Estado miembro de su domicilio, con independencia del motivo que se haga valer. Además es posible pedir la modificación o revocación de la Orden, por ejemplo por no presentar la demanda en plazo. La no presentación de la demanda en el plazo pactado tendría que tener como consecuencia la revocación de oficio de la Orden.

89. Las remisiones a los derechos nacionales se realizan en la presente propuesta de Reglamento normalmente de forma explícita, aunque debería pulirse la redacción de las mismas para que quede claro que se trata en todo caso de remisiones a la *lex fori* entendida como ley procesal y que no existe el propósito de crear nuevas normas de conflicto, referidas, por ejemplo, a la *lex rei sitae*. Asimismo, es necesario que las adaptaciones necesarias de las normas nacionales se realicen con prontitud. La publicación de las informaciones pertinentes en la Red Judicial Europea, cuyo contenido hoy en día deja bastante que desear, tendría que constituir una prioridad de los Estados miembros y de la Comisión, sobre todo teniendo en cuenta que una información de calidad sobre las cuestiones citadas (órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, cantidades exentas de ejecución, solución adoptada respecto de las cuentas comunes y nominales, prioridad de acreedores concurrentes, derechos de terceros, indemnización de los daños causados por la aplicación de medidas cautelares, etc.) no solamente resulta útil en el marco de la aplicación del futuro Reglamento, sino en general para la adopción de cualquier medida cautelar de este tipo con carácter transfronterizo y para la posterior ejecución.

90. La revisión del Reglamento Bruselas I, que al parecer se encuentra ya bastante avanzada, puede repercutir de forma considerable sobre la cuestión relativa a la necesidad objetiva de una medida cautelar de carácter comunitario. En primer lugar, la prevista regulación de los efectos transfronterizos de las medidas cautelares nacionales puede tener como consecuencia que los demandantes acentúen aún más su tendencia a no moverse del entorno jurídico que les es más conocido o que les resulta de más confianza y acudan a las medidas de su *lex fori* en lugar de al futuro Reglamento. A favor de la OERC hablaría sin embargo el esfuerzo que se ha hecho para facilitar su aplicación, introduciendo formularios que el demandante se puede descargar en su idioma y que, en principio, hacen innecesaria la intervención de un abogado. También hablan a favor de la OERC la simplificación de las notificaciones, que potencia la celeridad de la adopción de la medida, y su regulación compacta y minuciosa, en contraste con lo que puede ser el caso de algunos ordenamientos nacionales. En segundo lugar, la supresión general del *exequatur* tendrá como consecuencia una relativa pérdida de importancia de la petición de medidas cautelares —sean o no las de derecho nacional— en ese estadio, ya que el lapso de tiempo desde la obtención de un título en el Estado de origen hasta su ejecución en el Estado de destino va a verse reducido.

91. Por último, la concurrencia del futuro Reglamento con el revisado Reglamento Bruselas I inspira la cuestión sobre la coherencia del Derecho procesal civil europeo actual y pone de relieve que ha llegado el momento de reflexionar, a la vista de los instrumentos comunitarios existentes, sobre la necesidad de una consolidación de las normas existentes, a realizar en base a una previa identificación de los principios propios del mismo. No hay suficiente con una interpretación armónica de los instrumentos vigentes, sino que debería empezarse a pensar en el aspecto que tendría una Parte General o incluso una codificación del Derecho procesal civil europeo. Esta idea no es demasiado visionaria teniendo en cuenta que ya se ha propuesto la creación de una Parte General incluyendo también las normas sobre derecho aplicable.¹¹⁸

¹¹⁸ Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140 (INI)) (2011/C 308 E/06), DOUE C 308 E de 20.10.2011, p. 36-43, n°1; H. HEISS, «Qualifikation», en S. LEIBL/H. UNBERATH (coords.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013.