

# LA ORDEN DE EMBARGO PREVENTIVO EXTRATERRITORIAL EN DERECHO INGLÉS

## WORLDWIDE FREEZING ORDERS UNDER ENGLISH LAW

JAIME ZARZALEJOS HERRERO

*Abogado y Consultor Senior en Vices*

*Profesor Colaborador Visitante en la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)*

Recibido: 26.11.2018 / Aceptado: 11.12.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4634>

**Resumen:** La orden de embargo preventivo extraterritorial proyecta sus efectos fuera de la jurisdicción del Estado cuya autoridad las dicta estableciendo una prohibición de disposición de activos a nivel mundial. Como puede advertirse, son medidas que pueden resultar de gran utilidad en el aseguramiento cautelar en procedimientos transfronterizos. Este tipo de medidas propias de los sistemas common law, por general desconocidas en los ordenamientos continentales, pueden plantear ciertos problemas a la hora de su ejecución en terceros Estados. El estudio tiene por objeto analizar este tipo de protección cautelar bajo Derecho inglés. En concreto aborda su origen y la evolución, los principios generales para su adopción, el procedimiento, la posible extraterritorialidad de sus efectos y las implicaciones que la orden puede tener sobre derechos de terceros. Finalmente, se expondrán una serie de conclusiones sobre la eficacia de este tipo de medidas.

**Palabras clave:** embargo preventivo, extraterritorialidad, distracción de activos, ejecución.

**Abstract:** The effects of a worldwide freezing order go beyond the territorial jurisdiction of the court that grants it by restraining a party from disposing of or dealing with assets on a worldwide basis. These measures can prove very useful in an international litigation or arbitration proceeding. This type of relief is often granted in certain “common law” jurisdictions yet is unknown to most continental legal systems and its enforcement by local courts can pose certain challenges. The paper analyses this protective measure under English law. In particular, it examines the origin and development of this injunction, the applicable principles, its extra-territorial effects and third party’s rights. Finally, the paper draws some conclusions as to the effectiveness of such relief.

**Keywords:** freezing order, extra-territorial scope, asset dissipation, enforcement.

**Sumario:** I. Introducción. II. Origen y evolución. III. Principios generales para la adopción de una orden de embargo preventivo. 1. Aportación de hechos (full and frank disclosure). 2. Caso fundado (good and arguable case). 3. Existencia de activos (test for the existence of assets). 4. Riesgo de distracción de activos (risk of asset dissipation). 5. Presentación de caución (undertaking in damages). IV. Procedimiento. V. Extraterritorialidad. 1. La extraterritorialidad de las freezing injunctions. 2. Ejecución en terceros Estados. 3. Las freezing injunctions con alcance extraterritorial en apoyo de procedimientos extranjeros. VI. Afectación de terceros. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

## I. Introducción

1. Una de las cuestiones que más incidencia práctica pueden tener en un procedimiento judicial o arbitral es el aseguramiento de la eventual tutela solicitada.<sup>1</sup> Por ello, una de las primeras cuestiones que deben abordarse a la hora de establecer una determinada estrategia procesal es la conveniencia de solicitar medidas cautelares. Entre el elenco de medidas de protección cautelar, el embargo preventivo ocupa un puesto preeminente. El presente estudio tiene por objeto el análisis de este instrumento en una de las jurisdicciones más relevantes en el tráfico jurídico internacional como es la inglesa.<sup>2</sup>

2. Las órdenes de embargo preventivo son un tipo de *injunction*, es decir, un tipo de orden dictada por un tribunal por el que se prohíbe o se conmina a una parte a hacer o no hacer algo.<sup>3</sup> En concreto, el tipo de orden objeto de estudio recibe el nombre de *freezing*<sup>4</sup> o *Mareva injunction* y tienen por objeto establecer una prohibición de disposición temporal de los activos sobre los que se traba un embargo preventivo. Aquellas órdenes de embargo preventivo que pretenden alcanzar activos situados fuera de la jurisdicción del Estado en que se dictan, esto es, las órdenes de embargo preventivo con efectos extraterritoriales, reciben el nombre de *worldwide freezing orders* ('WFO').

3. Debido a los efectos que despliega esta medida en la esfera de la parte contra quien se adopta, han sido acertadamente descritas como una de las dos 'armas nucleares' dentro del arsenal procesal.<sup>5</sup> La orden presupone un incumplimiento contractual de la compañía, que existe el riesgo de que vaya a distraer activos y establece una prohibición de disposición de sus activos a nivel mundial lo cual puede paralizar operaciones en curso, tener un impacto significativo en su relación con otros clientes, proveedores, financiadores, accionistas, afectar a su cotización, etc.<sup>6</sup> Sus efectos incluso pueden trascender el ámbito estrictamente empresarial en tanto que la inobservancia de sus términos puede acarrear consecuencias penales. Además, esta medida tiene una gran trascendencia no sólo para la parte contra quien se dirige, sino también para los terceros cuyo objeto social consiste en la gestión de activos en tanto que, en determinadas circunstancias y como se expondrá más adelante, también puede verse afectados. Por ello, no es de extrañar la creciente popularidad que ha experimentado este instrumento desde su creación jurisprudencial hasta su positivización.

4. Sin entrar por el momento en otro tipo de consideraciones jurídicas, las órdenes de embargo preventivo con alcance extraterritorial son un instrumento que responde a las exigencias actuales del tráfico jurídico internacional. Todo negocio tiene como elemento esencial un mínimo grado de confianza en la otra parte lo cual en gran medida viene determinado por la información disponible. En la actualidad, las relaciones comerciales transnacionales se caracterizan por su gran complejidad debido a la infinidad de variables que intervienen y, en un contexto internacional, hay mayores posibilidades de que exista información asimétrica con respecto con muchos factores que son relevantes a la hora de entablar una relación comercial. Por ejemplo, qué protección me ofrece la jurisdicción en donde opera mi contraparte en caso de que esta incumpla sus obligaciones contractuales, cuál es el histórico de litigios que ha tenido

---

<sup>1</sup> Este tipo de orden (incluido las órdenes con efectos extraterritoriales) también pueden dictarse como medida de apoyo judicial en el marco de un procedimiento arbitral.

<sup>2</sup> En el Reino Unido conviven tres ordenamientos distintos: el inglés y galés, escocés y norirlandés. Este artículo se circunscribe al Derecho inglés (y galés).

<sup>3</sup> Glosario del Civil Procedure Rules: Injunction: 'A court order prohibiting a person from doing something or requiring a person to do something.'

<sup>4</sup> En este estudio se usarán de forma indistinta los términos 'orden de embargo preventivo', '*freezing injunction*' y '*mareva injunction*'.

<sup>5</sup> Juez DONALDSON en *Bank Mellat v Nikipour* [1985] FSR 87. La otra medida es la Anton Piller Orden u orden de registro. Es una orden *in personam* contra el demandado para que permita la entrada y registro de sus dependencias por parte del demandante.

<sup>6</sup> *Al-Rawas v Pegasus Energy Ltd.* [2008] EWHC 617 (QB) párr. 35: '(...) there is an interference with the party's ability to use its money as it wishes. It goes to the heart of the party's ability to use the banking system, which is at the heart of trade. To be on the wrong end of a freezing order is undoubtedly a stigma – see the Booker McConnell case referred to above: it suggests that the defendant has failed to pay its debts and has been found likely to try to dissipate its assets.'

con otros clientes, qué activos posee, dónde se encuentran situados o si podré dirigirme satisfactoriamente contra dichos activos en caso de que la relación comercial no llegue a buen término.

5. A esta asimetría debemos añadir que en la actualidad es relativamente sencillo movilizar activos de una jurisdicción a otra, crear sociedades interpuestas, ventas fraudulentas a terceros, etc. La parte renuente puede -antes, durante o después del proceso- movilizar sus activos para frustrar la satisfacción crediticia de una eventual resolución. Por lo general, la finalidad última del proceso es la satisfacción de la futura sentencia o laudo, pero una resolución que establece una obligación de crédito será fútil si en última instancia no se produce la satisfacción de la parte que ha obtenido la tutela judicial o arbitral. Es por ello que este tipo de órdenes pueden marcar la diferencia entre la consecución o no de la tutela solicitada.

6. Sin embargo, en la práctica las órdenes de embargo preventivo con alcance extraterritorial dan lugar a numerosos problemas puesto que tienen implicaciones sobre cuestiones tan relevantes como la soberanía de terceros Estados, la afectación los derechos patrimoniales de terceras partes, países que no contemplan la ejecución de medidas desconocidas en sus ordenamientos o que simplemente no permiten la ejecución de medidas cautelares, cuestiones de derecho internacional privado como la ley aplicable según qué activos pretendan ser trabados y un largo etcétera.

7. La Unión Europea también ha dado pasos para adaptarse a esta nueva realidad.<sup>7</sup> Fruto de esta necesidad se promulgó el Reglamento 655/2014<sup>8</sup> (aplicable desde enero de 2017) por el que se estableció la orden europea de retención de cuentas (OERC)<sup>9</sup> como posible alternativa a las medidas cautelares nacionales en cada Estado miembro. Si bien es un mecanismo entre Estados miembros y no una orden con efectos extraterritoriales en sentido estricto, la *ratio* teleológica en ambos casos es esencialmente la misma.<sup>10</sup> Cabe destacar que Reino Unido decidió no participar en la adopción del Reglamento y por tanto no queda vinculado por el mismo.<sup>11</sup>

## II. Origen y Evolución

8. En las principales jurisdicciones continentales, las medidas de embargo preventivo han sido -y siguen siendo- práctica común; sin embargo, en Inglaterra son un instrumento de creación relativamente reciente.<sup>12</sup> Lord DENNING, el artífice de este tipo de medidas en Derecho inglés, afirmó que estas constituían la mayor reforma legal de su tiempo:<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Considerando (4) del Reglamento (UE) N° 655/2014: '(...) el Consejo Europeo pidió a la Comisión que evaluara la necesidad y la viabilidad de establecer algunas medidas provisionales, incluso cautelares, a escala de la Unión, para prevenir, por ejemplo, la desaparición de activos antes de la ejecución de un crédito, y que presentara las propuestas adecuadas para mejorar la eficiencia con respecto a la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión en relación con las cuentas bancarias y los activos de deudores. [Énfasis añadido]

<sup>8</sup> Reglamento (UE) N° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

<sup>9</sup> Para un análisis más en detalle ver I. ANTÓN, 'La orden europea de retención de cuentas: ¿Adiós a la dificultad que plantea el cobro de la deuda transfronteriza en la UE?', *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, N.º 1, pp. 5-48. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3612>

<sup>10</sup> El Reglamento dota al acreedor de un mecanismo para 'obtener una orden para evitar que la transferencia o retirada de fondos, hasta la cuantía especificada en la orden, que el deudor u otra persona por cuenta de este posean en una cuenta bancaria mantenida en un Estado miembro, ponga en peligro la ulterior ejecución de su crédito' (Artículo 1.1 del Reglamento (UE) N° 655/2014)

<sup>11</sup> Considerando (50) del Reglamento 655/2014.

<sup>12</sup> Como se expondrá a lo largo del estudio, el origen de esta medida se sitúa en la sentencia *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* de 1975.

<sup>13</sup> A. DENNING, 'The Due Process of Law', Editorial Butterworths (1980), Part four p. 134: 'On 22 May 1975 a case came before us which started off the greatest piece of judicial law reform in my time'.

In most countries of the world a creditor can impound the property of his debtor -at the outset- long before he has got the judgment against the debtor: and then have the property -or its equivalent- retained as security for payment of the debt in case afterwards gets judgment. This process is called in the French language *saisie conservatoire*. I suppose it means literally a ‘conservative seizure’ or ‘a seizure of assets so as to conserve them for the creditor in case he should afterwards get judgment’. But whatever it means, there is no doubt that for the last 150 years English law has known no such thing. Scottish law had something of the kind. But English law had nothing. In England a creditor could seize nothing until he got judgment against the debtor. [Énfasis añadido]

9. El origen de esta medida en Derecho inglés suele situarse en el caso *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis*.<sup>14</sup> La compañía nipona (demandante) fletó un barco a los demandados a quienes reclamaban una suma de dinero. No era posible localizar a los demandados si bien el demandante descubrió que tenían fondos en un banco londinense y solicitó una orden de embargo para que no pudiese disponer de dichos activos con el fin de evitar que los distrajesen fuera de la jurisdicción del tribunal. Aun cuando *prima facie* habían probado que efectivamente los demandados adeudaban la cantidad reclamada, la resolución de instancia denegó la solicitud debido a la ausencia de jurisprudencia al respecto y porque este tipo de medidas eran desconocidas bajo Derecho inglés. El demandante apeló y la sustanciación correspondió al ya citado Lord DENNING quien afirmó que el hecho de que este tipo de medidas fuesen desconocidas en Derecho inglés no era óbice para no poder dictarlas. En concreto, el magistrado sostuvo que:

We are told that an injunction of this kind has never been granted before. It has never been the practice of the English courts to seize the assets of a defendant in advance of judgment, or to restrain the disposal of them ... It seems to me that the time has come when we should revise our practice.

10. Con base en la Sección 45(1) de la *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925*, que en términos muy generales otorgaba el poder de dictar *injunctions* en aquellos casos en los que fuese ‘justo y conveniente’,<sup>15</sup> Lord DENNING -junto con los otros magistrados-<sup>16</sup> finalmente concedió la orden:

There is no reason why the High Court of this court should not make an order such as is asked for here (...) There is a strong *prima facie* case that the hire is owing and unpaid. If an injunction is not granted, these monies may be removed out of the jurisdiction and the shipowners will have the greatest difficulty in recovering anything.

11. Cuatro semanas después tuvo lugar el caso que da nombre a este tipo de órdenes en *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*.<sup>17</sup> Las partes habían suscrito un contrato de fletamento para un viaje a la India. Los armadores recibieron los dos primeros pagos, pero no el tercero y último. Ante la imposibilidad de hacer frente al pago por parte del demandado y tras haber anunciado que iban a cesar su actividad, los armadores -animados por el resultado del caso anterior- decidieron solicitar la orden *ex parte*. De nuevo le correspondió sustanciar la apelación a Lord DENNING quien no cambió de criterio con respecto al caso anterior.<sup>18</sup> Sin embargo, tal y como afirmó el propio juez, estos casos por sí solos no podían sentar jurisprudencia en tanto que ambos habían sido procedimientos *ex*

<sup>14</sup> *Nippon Yusen Kaisha v Karageorgis* [1975] 1 WLR 1093. Para un resumen más en detalle se remite al lector a B. BLOCK et J. HOSTETTLER, ‘Famous Cases: Nine Trials that Changed the Law’, Editorial Waterside Press (2002), Capítulo 8, pg. 91 *et seq.*

<sup>15</sup> Section 45(1) of the Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act 1925: ‘The High Court may grant mandamus or an injunction or appoint a receiver, by an interlocutory order in all cases which it appears to the court to be just and convenient so to do.’

<sup>16</sup> En términos similares, el juez LANE afirmó que ‘[I]n the circumstances which exist in this case there is no reason why the court should not assist a litigant who is in danger of losing money to which he is admittedly entitled.’

<sup>17</sup> *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*. [1980] 1 All ER.

<sup>18</sup> LORD DENNING en *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA*: ‘If it appears that the debt is due and owing -and there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgment- the court has jurisdiction in a proper case to grant an interlocutory judgment so as to prevent him disposing of those assets’.

*parte* en donde no había llegado a intervenir ninguno de los demandados.<sup>19</sup> Esta oportunidad se presentó en *Rasu Maritima SA v Perusahaan*<sup>20</sup> (también conocido como el caso *Pertamina*).

12. Otro importante caso posterior que contribuyó al debate jurisprudencial sobre el alcance y los límites de este nuevo tipo de medidas fue el caso *Siskina*.<sup>21</sup> Trataba sobre la reclamación de los daños producidos a un armador saudí por la retención y posterior hundimiento en aguas griegas de un carguero por parte del fletador panameño. El único activo del contratista era el dinero derivado de un contrato de seguro con una aseguradora inglesa. El caso llegó en apelación a la Cámara de los Lores y el que a la sazón era el más alto tribunal inglés, determinó que la localización del activo no era causa suficiente para la asunción de competencia para dictar dicha orden por considerar que no había conexión suficiente entre el tribunal inglés y la reclamación principal. Según el propio Lord DENNING, esta revocación fue la más decepcionante de cuantas ha sufrido.<sup>22</sup>

13. A pesar de este caso, la orden terminaría consolidándose en *Third Chandris Shipping*.<sup>23</sup> Como afirma HOYLE, la importancia del caso radicaba en que pocos asuntos llegaban a apelación y por tanto no había jurisprudencia mayor que ofreciese unos criterios claros.<sup>24</sup> En *Third Chandris Shipping* se establecieron unos principios generales (en concreto cinco) para la concesión de este tipo de órdenes, cuestión que será abordada en más detalle en el título siguiente.

### III. Principios generales para la adopción de una *freezing injunction*

14. En primer lugar, la causa de pedir con respecto al procedimiento principal debe ser susceptible de tutela ante los tribunales ingleses (*a cause of action justiciable in England and Wales*). Los principios para la obtención de una orden son de construcción jurisprudencial y por ello, pueden encontrarse distintas clasificaciones. No obstante, el presente análisis se basará en las cinco directrices expuestas por Lord DENNING, creador de este tipo de medidas, en el caso *Third Chandris Shipping Corp. v Unimarine S.A.*

15. En particular, los requisitos que debe cumplir la solicitud de una orden de embargo preventivo son los siguientes: (i) el solicitante debe aportar una relación completa y veraz de los hechos de los que tenga conocimiento y que sean relevantes para la toma de la decisión por parte del tribunal (*full and frank disclosure*), (ii) los hechos deben constituir un caso fundado (*'a good arguable case'*) incluyendo la cantidad reclamada,<sup>25</sup> (iii) el solicitante debe demostrar que existen motivos para creer que la parte contra quien se dirige la orden tiene activos susceptibles de ser trabados (*test for the existence of assets*), (iv) debe existir y acreditarse un riesgo real de distracción de activos (*risk of asset dissipation*) y (v) debe ofrecerse una caución por parte del solicitante (*undertaking in damages*). Como se puede observar los requisitos que acabamos de enunciar son muy similares a las de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno como, por ejemplo, el sistema cautelar español basado, en esencia, en la acreditación del *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y en el ofrecimiento de una caución.

<sup>19</sup> A.DENNING, *Op. cit.*, p. 136.

<sup>20</sup> *Rasu Maritima Sa v Perusahaan Pertamina* [1978] 1 QB 644

<sup>21</sup> *Siskina v. Distos Compania Naviera S.A.* [1979] 2 A.C. 210

<sup>22</sup> A.DENNING., *Op. cit.*, p. 141.

<sup>23</sup> *Third Chandris Shipping Corp. v Unimarine S.A.* [1979] CA

<sup>24</sup> M.HOYLE, 'Freezing and Search Orders', *Lloyd's Commercial Law Library*, 4th Edition (2017), párr. 1.12

<sup>25</sup> Si bien el tenor literal de la sentencia dice '[T]he plaintiff should give particulars of his claim against the defendant, stating the ground of his claim and the amount, and fairly stating the points made against it by the defendant.', tras el caso *Ninemia Maritime Corp v Trave GmbH* se empezó a denominar como el *good and arguable test*.

## 1. Aportación de hechos (*Full and frank disclosure*)

16. La parte que solicita la medida debe presentar todos aquellos elementos fácticos y jurídicos relevantes sobre los que se funda la tutela judicial que se solicitará en el consiguiente proceso principal para que el tribunal pueda valorar si existen argumentos suficientes para conceder la orden de embargo preventivo.<sup>26</sup> Esto se erige como una garantía lógica dado el alcance que la medida puede llegar a tener sobre el demandado y en especial cuando se solicitan *ex parte*.<sup>27</sup> Lord DENNING definió este deber en el caso *Bank Mellat v. Nikpour* de la siguiente manera:<sup>28</sup>

I would like to repeat what has been said on many occasions. When an *ex parte* application is made for a Mareva injunction, it is of the first important that the plaintiff should make full and frank disclosure of all material facts. He ought to state the nature of the case and his cause of action. Equally, in fairness to the defendant, the plaintiff ought to disclose, so far as he is able, any defence which the defendant has indicated in correspondence or elsewhere. It is only if such information is put fairly before the court that a Mareva injunction can properly be granted. [Énfasis añadido]

17. El juez GIBSON,<sup>29</sup> con base en la jurisprudencia anterior, resumió los principios aplicables al deber de *full and frank disclosure* en los siguientes: (i) el deber del solicitante consiste en revelar de manera veraz y completa todos los hechos relevantes (*a full and fair disclosure of all the material facts*), (ii) se consideran hechos relevantes aquellos que por su importancia debe tener en cuenta el juez para valorar la solicitud y el juicio sobre su relevancia corresponde al juez y no a la parte -o a su representación letrada-, (iii) la parte solicitante debe realizar las averiguaciones necesarias con respecto al caso antes de presentar la solicitud y, por tanto, su deber de *full and frank disclosure* alcanza no sólo a los hechos que conozca sino a aquellos que razonablemente pueda llegar a conocer fruto de esas averiguaciones, (iv) el nivel de detalle de los hechos dependerá de las circunstancias concretas del caso,<sup>30</sup> (v) si el tribunal considera que el solicitante no ha cumplido suficientemente con el deber de aportar los hechos en una solicitud *ex parte*, deberá impedir que se beneficie del incumplimiento del deber, (vi) la denegación o alzamiento de la orden con base en la no aportación de hechos dependerá de la trascendencia de estos (*materiality*) correspondiendo al tribunal este juicio y, por último, (vii) la omisión de algún hecho no implica automáticamente la denegación o el alzamiento de la orden en tanto que el tribunal tiene la potestad discrecional para mantener la orden o modificar sus términos.

18. Con respecto a este último extremo y como afirmaba Lord DENNING (recogido más tarde por el propio juez GIBSON), no cualquier omisión en la aportación de hechos debe conducir automáticamente a la denegación de la solicitud o en su caso la remoción de sus efectos.<sup>31</sup> Dependerá de qué extremos se han omitido y si estos son o no materiales (*material facts and non-material facts*). Puesto que no existen

<sup>26</sup> Practice Direction 25A (3.3): ‘The evidence must set out the facts on which the applicant relies for the claim being made against the respondent, including all material facts of which the court should be made aware.’

<sup>27</sup> *Fourie v. Le Roux & Ors Rev 1* [2007] UKHL 1, para 33: ‘This is a draconian remedy and the strict rules relating to full disclosure by the claimant are a recognition of the nature of the remedy and its potential for causing injustice to the defendant’. [Énfasis añadido].

<sup>28</sup> LORD DENNING en *Bank Mellat v. Nikpour* [1985] F.S.R. Otra definición puede encontrarse en una sentencia más antigua (*R. v. Kensington Income Tax Commissioners, Ex parte Princess Edmond de Polignac* [1917] 1 K.B.) en donde se afirmaba que: ‘It is perfectly well settled that a person who makes an *ex parte* application to the court - that is to say, in the absence of the person who will be affected by that which the court is asked to do - is under an obligation to make the fullest possible disclosure of all material facts within his knowledge, and if he does not make that fullest possible disclosure, then he cannot obtain any advantage from the proceedings, and he will be deprived of any advantage he may have already obtained by means of the order which has thus wrongly been obtained by him. That is perfectly plain and requires no authority to justify it.’ Pasaje citado por el juez DONALDSON en *Bank Mellat v. Nikpour* [1985] F.S.R.

<sup>29</sup> *Brink's Mat Ltd v Elcombe* [1988] 1 WLR.

<sup>30</sup> El detalle de dichas averiguaciones dependerá del caso en concreto y en particular de: (a) la naturaleza del caso en el momento de presentar la solicitud, (b) el efecto que la orden pueda tener sobre el demandado y (c) la urgencia y tiempo disponible para llevar a cabo las averiguaciones.

<sup>31</sup> LORD DENNING en el caso *Bank Mellat v Nikpour* [1985] FSR 87: ‘is not for every omission that the injunction will be automatically discharged.’

critérios previos sobre qué hechos son materiales y cuáles no, dependerá de cada caso concreto y queda a la discreción del tribunal (*discretion to forgive a non-disclosure*). Por parte del demandado que se opone, resulta relevante la advertencia del juez SLADE en *Brink's Mat v Elcombe*<sup>32</sup> con respecto a aquellos demandados que, sin tener argumentos sustantivos suficientes, alegan la falta de revelación de hechos para intentar oponerse a la orden:

Particularly, in heavy commercial cases, the borderline between material facts and non-material facts may be a somewhat uncertain one. While in no way discounting the heavy duty of candour and care which falls on persons making ex parte applications, I do not think the application of the principle should be carried to extreme lengths. In one or two other recent cases coming before this court, I have suspected the signs of a growing tendency on the part of some litigants against whom ex parte injunctions have been granted, or of their legal advisers, to rush to the *Rex v. Kensington Income Tax Commissioners* [1917] 1 K.B. 486 principle as a tabula in naufragio, alleging material non-disclosure on sometimes rather slender grounds, as representing substantially the only hope of obtaining the discharge of injunctions in cases where there is little hope of doing so on the substantial merits of the case or on the balance of convenience.

Though in the present case I agree that there was some material, albeit innocent, non-disclosure on the application to Roch J., I am quite satisfied that the punishment would be out of all proportion to the offence, and indeed would cause a serious potential injustice if this court were, on account of such non-disclosure, to refuse to continue the injunction granted by Roch J. on 9 December 1986. [Énfasis añadido]

**19.** Es decir, el deber de revelación no exige probar de forma fehaciente extremos que serán objeto de debate en el juicio posterior porque de lo contrario, se corre el riesgo de que se constituya un proceso preliminar sobre cuestiones que en realidad corresponde tratar en el proceso principal.<sup>33</sup> Asimismo, afirmaba que el juicio sobre los hechos probados -o indiciariamente probados- debe ser proporcional a la importancia y relevancia de los mismos y se debe tener presente que, cuanto más complejo es el caso, la parte contra quien se dirige la orden tendrá más posibilidades de invocar el argumento de que no se ha cumplido el requisito de la revelación ‘veraz y completa’ de los hechos.

**20.** Sin embargo, esta interpretación no rebaja la importancia de atender esta obligación de manera estricta y completa, en especial con respecto a las solicitudes *ex parte*. Como recordaba la *High Court* en una reciente sentencia,<sup>34</sup> el principio de justicia exige oír a las dos partes. Por tanto, en casos excepcionales y justificados en que una de las partes no tenga la oportunidad de presentar su caso, el solicitante no puede presentar sólo los hechos y documentos que le sean favorables. Para que se entienda cumplido el deber de *full and frank disclosure* no basta con que la parte presente una serie de hechos a través de la mera aportación documental, sino que debe exponerlos de manera honesta incluyendo aquellos argumentos y pruebas que la parte contraria previsiblemente alegaría.

<sup>32</sup> *Ibid.* pg. 376.

<sup>33</sup> Cabe citar lo expuesto por el juez TOULSON en el caso *Crown Resources AG v Vinogradsky* (unreported 15 June 2001) (visto en *Dar Al Arkan Real Estate Development Company v Al Refai and others* [2012] EWHC 3539 (Comm)): ‘... issues of non-disclosure or abuse of process in relation to the operation of a freezing order ought to be capable of being dealt with quite concisely. Speaking in general terms, it is inappropriate to seek to set aside a freezing order for non-disclosure where proof of non-disclosure depends on proof of facts which are themselves in issue in the action, unless the facts are truly so plain that they can be readily and summarily established, otherwise the application to set aside the freezing order is liable to become a form of preliminary trial in which the judge is asked to make findings (albeit provisionally) on issues which should be more properly reserved for the trial itself (pages 4-5 of the transcript). (...) I would add that the more complex the case, the more fertile is the ground for raising arguments about non-disclosure and the more important it is, in my view, that the judge should not lose sight of the wood for the trees (page 7). (...) In applying the broad test of materiality, sensible limits have to be drawn. Otherwise there would be no limit to the points of prejudice which could be advanced under the guise of discretion (page 22).’ [Énfasis añadido]

<sup>34</sup> *Fundo Soberano de Angola & ors v. Jose Filomeno dos Santos & ors* [2018] EWHC 2199 (Comm)

## 2. Caso Fundado (*Good arguable case*)

21. Al igual que el concepto de *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, se exige que los hechos y documentos aportados presenten indicios de verosimilitud de las pretensiones de la parte que la solicita. Para determinar el estándar de qué constituye un caso bien fundado, normalmente se hace referencia al test del caso *Ninemia*<sup>35</sup> en donde se estableció que es aquel que ‘*is more than barely capable of serious argument, and yet not necessarily one which the judge considers would have a better than 50 per cent chance of success.*’ Es decir, no es un umbral excesivamente elevado.<sup>36</sup>

## 3. Existencia de activos (*test for the existence of assets*)

22. Para que las órdenes sean efectivas, es necesario que el demandado tenga activos susceptibles de ser trabados. Por ello una cuestión relevante -y cuya interpretación ha ido evolucionando-, es la carga de la prueba sobre la existencia (y localización) de los activos. Satisfacer este requisito es importante porque es probable que el tribunal no esté dispuesto a dictar una orden de embargo preventivo que no resulte en el trabado efectivo de activos.

23. En un primer momento, la jurisprudencia exigía como condición previa que el solicitante indicase la existencia de activos concretos contra los que se podía dirigir la orden. Sin embargo, en una reciente sentencia<sup>37</sup> el juez LONGMORE de la Corte de Apelación repasó la jurisprudencia existente y enunció nuevamente el umbral probatorio. El magistrado indicó que esta exigencia no puede entenderse en vigor (*‘I do not accept that this is the law’*).<sup>38</sup> Sostuvo que este requisito era lógico en un primer momento tras la reciente creación de esta figura en tanto que la orden sólo se podía hacer efectiva frente a activos situados en Inglaterra y Gales (es decir, sin alcance extraterritorial). En la actualidad esta interpretación no era válida porque si bien no bastaba con afirmar que la parte contra la que se dirige la orden aparentemente tiene activos, tampoco se podía exigir al solicitante que probase que fuese probable que tuviese activos (*‘the likelihood test’*). En su opinión, el solicitante debía proporcionar al tribunal motivos para creer en la existencia de activos (*‘grounds for belief’*) y finalmente sostuvo que:

Since a claimant cannot invariably be expected to know of the existence of assets of a defendant, it should be sufficient that he can satisfy a court that there are grounds for so believing. That is not an excessive burden but if an order is sought against numerous companies or LLPs and those companies and LLPs can show that there is no money in their accounts and the claimant cannot show that the account has been recently active, it may well be right to refuse relief. [Énfasis añadido].

24. En caso de no tener un conocimiento efectivo de qué activos tiene la parte demandada, se puede solicitar una orden por la que se conmine al demandado a presentar una relación de sus activos con base en la sección 25.1(1)(g) del CPR. Una vez obtenida la información, podrá valorar si desea o no seguir adelante con la solicitud de la orden de embargo preventivo. No obstante, lo anterior supone renunciar al elemento sorpresivo en caso de que se pretenda solicitar con anterioridad al inicio del proceso principal.

## 4. Riesgo de distracción de activos (*risk of asset dissipation*)

25. La *ratio* teleológica de la orden es impedir que la parte contra la que se dirige la orden distraiga activos. Por ello, es lógico que una de las condiciones previas y necesarias es que exista tal riesgo (*periculum in mora*). En esta valoración son muchas las circunstancias que se pueden -y deben- analizar. Desde donde está domiciliada la compañía, el tipo de actividad que desarrolla, el tiempo que lleva desarrollándola, el tamaño de la empresa, su valoración crediticia, tasa de litigiosidad con otros

<sup>35</sup> *Ninemia Maritime Corp v Trave GmbH* (The Niedersachsen) [1983] 1 WLR

<sup>36</sup> M.HOYLE, *Op. Cit.*, párr. 4.20. ANDREWS, N., ‘The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute in England.’, Mohr Siebeck (2008), párr. 4.11, p. 58.

<sup>37</sup> *Ras Al Khaimah Investment Authority & Ors v Bestfort Development LLP & Ors* [2017] EWCA Civ 1014.

<sup>38</sup> *Ibid.* para 29.



clientes, posicionamiento o predisposición de colaboración en las conversaciones previas a la solicitud de la orden o hasta el propio equipo directivo.

26. Para determinar si existe o no riesgo de distracción, el juez MALES estableció siete criterios de valoración en el caso *National Bank Trust v Yurov and others*:<sup>39</sup> (i) el solicitante debe demostrar que hay un riesgo real de que la sentencia no sea cumplida como consecuencia de una disposición injustificada de los activos de la parte contra quien se dirige la orden, (ii) dicho riesgo debe ser probado de forma fundada sin que basten afirmaciones generales o meras inferencias, (iii) no bastan meras alegaciones generales de fraude o deshonestidad, sino que hay que analizar si la conducta tiene la entidad suficiente como para concluir que existe el riesgo, (iv) la conducta previa de la parte contra quien se dirige la orden puede ser relevante sólo si sirve para demostrar el riesgo *actual* de sus activos *actuales*,<sup>40</sup> (v) la naturaleza, localización y liquidez de los activos son cuestiones especialmente relevantes, (vi) también es relevante el hecho de que los activos estén garantizados o sobre los que la parte no tenga poder de disposición y por último, (vii) la conducta tras la reclamación del crédito de la disputa subyacente.<sup>41</sup>

27. Una de las cuestiones que la parte solicitante debe tener en cuenta, y que el tribunal podrá valorar, es la presteza o demora en la solicitud de la orden. Si la parte solicitante deja transcurrir un plazo considerable desde que tiene conocimiento del hecho que da lugar a solicitud de la tutela judicial y la solicitud de la orden, el tribunal puede inferir que -salvo justificación convincente-<sup>42</sup> no hay riesgo de distracción de activos.<sup>43</sup> Sin embargo, no hay una relación axiomática entre la presentación tardía y la falta de riesgo. Parte de la jurisprudencia -sin negar que es un elemento que deberá ser valorado-, parece primar el resto de circunstancias a la hora de valorar el riesgo de distracción más que el momento temporal de la presentación de la solicitud.<sup>44</sup> Lo anterior no impide que la parte contra quien se dirija la orden pueda, con base en una presentación tardía, defender que no existe riesgo de distracción.

## 5. Presentación de Caución (*undertaking in damages*)

28. Por lo general, la concesión de una medida de embargo cautelar exige la prestación de caución (*undertaking in damages* o *cross-undertaking*).<sup>45</sup> La caución, al igual que en la mayoría de medidas de carácter cautelar, tiene por objeto el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que el embargo preventivo puedan causar al demandado en caso de que las pretensiones del demandante sean desestima-

<sup>39</sup> *National Bank Trust v Yurov and others* [2016] EWHC 1913 (Comm). El juez se partió de sentencias anteriores. Ver *Thane Investments Ltd v Tomlinson* [2003] EWCA Civ 1272; *TTMI Ltd v ASM Shipping Ltd* [2005] EWHC 2666 (Comm), [2006] 1 Lloyd's Rep 401; y *Congentra AG v Sixteen Thirteen Marine SA* [2008] EWHC 1615 (Comm).

<sup>40</sup> En la reciente sentencia dictada por la *High Court of Justice* en el caso *Gulf Air v One Inflight & Others* [2018] EWHC 1019 (Comm), el juez PICKEN, siguiendo la línea jurisprudencial del juez MALES afirmó que: 'He added that nor is there even any suggestion that past events demonstrate any current risk of dissipation. Again, however, I cannot agree with Mr Pearson about this since it seems to me that it is artificial to view the matter in the way suggested. (...) In such circumstances, bearing in mind (again) the nature of the allegations which have been levelled against the Defendants (including Mr Hirani), past events are obviously highly relevant in assessing whether there is a sufficient risk of dissipation or not.' [Énfasis añadido].

<sup>41</sup> *National Bank Trust v Yurov and others* [2016] EWHC 1913 (Comm) párr. 70.

<sup>42</sup> *Enercon GmbH v Enercon (India) Ltd* [2012] EWHC 689 (Comm) para 78: 'Delay in bringing the application is at least one factor to be weighed in the balance in considering whether or not to continue the freezing injunction. ... it is not simply the fact of delay that is so important but what it tells the court about the risk of dissipation. Absent some proper explanation, the fact that the claimants here waited for almost 2 and a half years before seeking a freezing injunction raises, at the very least, a large question mark as to whether there is indeed a real risk of dissipation particularly against the background of the many and varied Indian proceedings in which the parties have been engaged since 2007' [Énfasis añadido].

<sup>43</sup> Por ejemplo, ver *Anglo-Financial SA v Goldberg* [2014] EWHC 3192 (Ch).

<sup>44</sup> Por ejemplo en las sentencias *Antonio Gramsci Shipping Corporation v Recoletos Limited* [2011] EWHC 2242 y *Madoff Securities v Raven* [2011] EWHC 3102 (Comm): 'The mere fact of delay in bringing an application for a freezing injunction or that it has first been heard *inter partes*, does not, without more, mean there is no risk of dissipation. If the court is satisfied on other evidence that there is a risk of dissipation, the court should grant the order, despite the delay, even if only limited assets are ultimately frozen by it;' [Énfasis añadido].

<sup>45</sup> La propia orden establece: 'If the court later finds that this order has caused loss to the Respondent and decides that the Respondent should be compensated for that loss, the Applicant will comply with any order the court may make.'

das en el procedimiento principal.<sup>46</sup> La *ratio* de la caución es por tanto doble. Por un lado, y como se ha apuntado anteriormente, cubrir eventuales daños y por otro, desincentivar que la parte demandante use este tipo de órdenes de manera opresiva o para obtener información sobre los activos del demandado. Las consecuencias de un uso deshonesto o simplemente solicitar su uso sin que la pretensión principal esté bien fundada, pueden tener importantes consecuencias para el solicitante.

**29.** Un ejemplo de lo anterior es la reciente sentencia en el caso SCF Tankers Limited<sup>47</sup> (antes conocido como el caso Fiona Trust). En este caso, la Corte de Apelación otorgó un resarcimiento en daños por valor de US\$70 millones. El demandante (SCF Tankers) era un holding ruso que incluía numerosas empresas navieras y el demandado era una persona física que controlaba siete compañías también dedicadas a la actividad marítima (Standard Maritime). En 2005, SCF Tankers obtuvo una medida de embargo preventivo mundial (acompañado del correspondiente ofrecimiento de caución) frente a Standard Maritime por valor US\$225 millones. La prohibición de disposición de activos no incluía las transacciones dentro del curso ordinario de sus negocios (con la importante excepción de que, a los efectos de la orden, la compraventa de buques, la compraventa de acciones en cualquier compañía y la constitución de garantías sobre buques o acciones no era considerada como transacciones dentro del curso ordinario).<sup>48</sup> La propia orden de embargo establecía que se podrían levantar los efectos si la demandada hacía un depósito de fondos. Posteriormente, y a pesar de la oposición de SCF Tankers, la parte demandada levantó la orden de embargo preventivo prestando una caución por valor de US\$208.5 millones si bien podía usar los fondos depositados dentro del curso ordinario de sus negocios, pero manteniéndose la prohibición de la compraventa de buques salvo autorización expresa del tribunal. El procedimiento principal concluyó y las pretensiones de la demandante fueron desestimadas. Es importante destacar que en la orden de embargo se había establecido que:

If the court finds later that this order, the orders made 31 August 2005, 7 September 2005 or the provisions of undertakings as set out in this order or as may be provided in connection with the provision of security in accordance with this order, have caused loss to any respondent, and decides that any respondent should be compensated for that loss, the applicants will comply with any order the court may make.

**30.** Concluido el procedimiento principal en 2010, la parte demandada reclamó los daños y perjuicios causados por la orden de embargo. En estos casos, la dificultad estriba en el establecimiento del nexo causal entre la orden y los daños reales y efectivos. En su defensa SCF Tankers alegó que no había ninguna evidencia que indicase la intención de Standard Maritime de invertir en la construcción de nuevos buques y que de hecho, si realmente hubiesen deseado realizar alguna transacción de compraventa de buques podrían haber solicitado el permiso del tribunal lo cual evidenciaba que o bien los daños no habían sido como consecuencia de la orden de embargo, que Standard Maritime no había atendido su deber de mitigar los posibles daños o que simplemente éstos eran demasiado remotos. Sin embargo, el juez sostuvo que si el demandado ha establecido *prima facie* los daños, el tribunal puede inferir -a falta de otras circunstancias relevantes- que el daño ha sido causado por la orden y que, en todo caso, corresponde a la parte que solicitó la medida demostrar que el demandado no cumplió con su deber razonable de mitigar. Con respecto al *onus probandi* del nexo causal, hizo referencia a la sentencia *Financiera Avenida v Shibliq Transcript* en donde se afirmaba que:

"This approach does not mean that a party seeking to enforce an undertaking must deal with every conceivable or theoretical cause of the damage claimed, however unlikely this may be. Once a party has

<sup>46</sup> Como enunció LORD JUSTICE BEATSON, en la sentencia *SCF Tankers Ltd* (antes Fiona Trust & Holding Corp) v *Privalov* [2017] EWCA Civ 1877, la caución está '*designed to mitigate the risk of leaving a person restrained by an injunction unprotected in respect of loss caused by it when the underlying claim subsequently fails.*'

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Visto en *Ibid.*: '*This order does not prohibit Standard Maritime or any of its subsidiaries, from dealing with or disposing of any of its assets in the ordinary and proper course of business. For the avoidance of doubt, for the purpose of this Order, the sale and purchase of vessels (including vessels under construction), the sale and purchase of shares in any company or corporation and the grant of security over any vessels or shares are not in the ordinary and proper course of business.*'

established a prima facie case that the damage was exclusively caused by the relevant order, then in the absence of other material to displace that prima facie case, the court can, and generally would, draw the inference that the damage would not have been sustained but for the order. In other words, the court seeks to approach and deal with this question of causation in a common-sense way." [Énfasis añadido]

(...)

That is not what the Fiona Trust parties have sought to do. In this court, they argued that the burden lay on the Standard Maritime parties to show not only a *prima facie* case, but that an application would fail. In my judgment, that submission is not consistent with the authorities to which I have referred.

**31.** Además, confirmó el razonamiento de instancia que afirmaba que la orden no tiene que ser la única causa de los daños, sino que tiene que tener la capacidad efectiva para causarlos<sup>49</sup> (*'an effective cause'*). También sostuvo que la orden de embargo había dañado la relación con el banco de Standard Maritime y que, por tanto, tampoco había una posibilidad real de haber realizado estas transacciones con cargo a financiación externa. Expuso lo que en el curso del procedimiento se denominó como el dilema práctico que implicó la orden (*'practical dilemma'*). Este argumento sostenía que, desde un punto de vista empresarial, la orden suponía el siguiente dilema para Standard Maritime: No podían solicitar presupuestos a los astilleros porque para formalizar un eventual contrato debían pedir autorización al tribunal y a su vez, para que el tribunal pudiese autorizarlo debían entregar una propuesta concreta. El alcance de la orden, la oposición SCF Tankers a cualquier cambio en su contenido y la eventual reticencia o dudas por parte del astillero en cuanto a la disponibilidad de los fondos del posible comprador, hacían suponer la extrema dificultad por parte de Standard Maritime para llevar a término cualquier compraventa en un plazo razonable. Para sustentar el razonamiento anterior, trajo a colación la sentencia *Abbey Forwarding Ltd (en liquidación) v Hone*<sup>50</sup> en donde establecía las consideraciones a las que debía enfrentarse una parte sujeta a este tipo de medidas (y que por tanto también debían tenerse en cuenta por parte de los tribunales):

[T]he court must be realistic as to the dilemma facing a defendant when served, out of the blue, with a freezing order. Some claimants are far from reasonable in practice – the present case provides a very clear example ... Applications for variation are not that simple. They take time to prepare and are not without cost. ... Approaches to claimants who agree variations, or even to provide suitable written indications to banks and other third parties that particular payments are not caught by the order, are often far from straightforward. If, in such circumstances, a defendant is shown to have suffered an unusual loss, then in my judgment the claimant should not be surprised if the court orders him to pay for it.

**32.** Este caso es un claro ejemplo de la importancia que tiene medir bien las consecuencias a la hora de solicitar este tipo de medidas y, sobre todo, de valorar el fundamento y bases de las pretensiones en el procedimiento principal.

### III. Procedimiento

**33.** La competencia para dictar este tipo de órdenes deriva de la Sección 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*<sup>51</sup> y salvo excepciones, corresponde a la *High Court* dictarlas. Sin perjuicio de otras leyes aplicables a procesos con algún elemento extranjero,<sup>52</sup> el procedimiento viene recogido en las Reglas del Proceso Civil o *Civil Procedure Rules* (en adelante, "CPR") junto con la guía de directrices o *Practice Direction* (en adelante, "PD"). La Regla 25 recoge una serie de medidas bajo el título "*Orders for interim remedies*" y en concreto aquellas que pretenden alcanzar activos fuera de la jurisdicción del tribunal (WFO) se regulan en la Regla 25.1(1)(f)(ii)<sup>53</sup> en donde se establece que el tribunal puede dictar

<sup>49</sup> *Abbey Forwarding Ltd (in liquidation) v Hone* [2014] EWCA Civ 711, [2015] Ch 309.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> 'The High Court may by order (whether interlocutory or final) grant an injunction or appoint a receiver in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so.'

<sup>52</sup> Ver infra párr. 64 *et seq.*

<sup>53</sup> Traducción propia. Texto original: 25.1 Orders for interim remedies. (1) The court may grant the following interim rem-

una orden de embargo preventivo prohibiendo a una parte realizar transacciones con respecto a los activos dentro o fuera de su jurisdicción.

34. El procedimiento comienza al presentar la (i) solicitud o *application notice* en donde se debe especificar qué tipo de orden se solicita, el día, hora y lugar propuesto para la celebración de la vista, (ii) los hechos, pruebas y documentos en los que se funda la solicitud probando los extremos mencionados en el punto III (*full and frank disclosure of material facts*) para que el tribunal concluya que existe una causa de pedir como presupuesto de una futura acción (*good arguable case*). En concreto para las órdenes de embargo preventivo o *freezing injunctions* deben presentarse en forma de *affidavit*, así como (iii) un borrador de la orden (el modelo es un anexo del *Practice Direction to CPR Part 25*).<sup>54</sup> Salvo que el tribunal establezca lo contrario, también debe incluir (iv) la caución.

35. Este tipo de órdenes pueden solicitarse antes o durante el procedimiento principal (*before or after the issue of Claim Form*) e incluso después de haberse dictado sentencia<sup>55</sup> si bien por la propia naturaleza de las *freezing injunctions*, es habitual que su solicitud tenga lugar antes de haberse presentado la demanda.

### Aplicación ex parte

36. Como se ha apuntado anteriormente, las medidas pueden solicitarse *ex parte*, esto es, sin necesidad de dar audiencia previa al futuro demandando (*without notice*). La naturaleza de la medida hace que ésta sea la práctica habitual porque si la finalidad de la orden es que el futuro demandado no distraiga activos, el demandante preferirá que la orden sea sorpresiva para impedir que, en el plazo entre la solicitud y el trabado efectivo del embargo, la parte contra quien se dirige la orden pueda distraer sus activos. En este caso, únicamente se dará audiencia al solicitante en el *without notice hearing* sin perjuicio de que más adelante se emplace a la persona contra quien se dirige la orden para que presente su defensa en un proceso contradictorio.<sup>56</sup>

37. Para que una medida cautelar -incluida la que nos ocupa- pueda ser dictada sin audiencia del demandado, el CPR exige que el tribunal aprecie buenas razones (*‘good reasons for not giving notice’*).<sup>57</sup> En particular, se debe indicar en la propia solicitud las razones por las que el solicitante considera que no se debe dar audiencia al demandado como por ejemplo, que la notificación daría tiempo al demandante para frustrar su finalidad mediante la distracción de activos y que los daños producidos por la falta de notificación quedarían cubiertos por la caución del solicitante.

38. En caso de que la aplicación se haya realizado *ex parte*, la parte contra quien se dirige la orden podrá solicitar en cualquier momento al tribunal la modificación sus términos o su alzamiento (*vary or discharge the order*). En este caso, deberá informar a la representación letrada del solicitante y comunicar los hechos en los que se funda la petición de modificación o alzamiento. Supongamos que se ha dictado una orden prohibiendo a una parte disponer de activos por un determinado valor. Una vez notificada la orden si la parte presenta un depósito por valor similar o presenta una relación detallada de sus activos y éstos, aparte de encontrarse en una jurisdicción que ofrezca las suficientes garantías tienen suficiente liquidez, lo habitual será que el tribunal levante la orden.

---

edies – (f) an order (referred to as a ‘freezing injunction’) – (i) restraining a party from removing from the jurisdiction assets located there; or (ii) restraining a party from dealing with any assets whether located within the jurisdiction or not;

<sup>54</sup> Puede haber determinadas particularidades y documentos adicionales que se deban aportar en función del momento procesal en el que se presente la solicitud. Si es antes de la interposición de la demanda, por lo general deberá ir acompañado del *claim form* o borrador del *claim form* así como de un esquema general (*skeleton argument*) en donde se presente el caso.

<sup>55</sup> CPR 25.2 (1)

<sup>56</sup> Si la solicitud se ha presentado *ex parte*, se deberá indicar en la propia orden el día que se propone para la celebración de una futura vista con el emplazamiento de la parte contra quien se dirige la orden.

<sup>57</sup> CPR. 25.3(1): The court may grant an interim remedy on an application made without notice if it appears to the court that there are good reasons for not giving notice.

39. Al igual el resto de medidas cautelares, las *freezing injunctions* se dictan para proteger la efectividad de una resolución en un proceso principal. Por tanto, el solicitante debe presentar la demanda a la mayor brevedad posible. Este requisito fue enunciado de forma ilustrativa en el caso *Walsh v Deloitte and Touche Inc*<sup>58</sup> haciendo referencia a la jurisprudencia anterior:

(...) made by Glidewell and Dillon L.JJ in *Lloyds Bowmaker Ltd v Britannia Arrow Holdings Plc* [1988] 1 WLR 1337 at pp. 1347 ("a plaintiff who succeeds in obtaining a Mareva injunction is in my view under an obligation to press on with his action as rapidly as he can") and 1349-1350 ("where a party has obtained a Mareva injunction, that party is bound to get on with the trial of the action – not rest content with the injunction.") Their Lordships have no doubt that failure to progress the action, wherever it is taking place, is a ground upon which a court may discharge an injunction previously granted. [Énfasis añadido]

40. Por ejemplo, la Cámara de los Comunes en el caso *Fourie v Le Roux*<sup>59</sup> revocó una orden de embargo dictada por la *High Court* al no haber quedado acreditado que el solicitante de la orden -quien afirmó que estaba analizando si iniciar el procedimiento principal en Sudáfrica o Inglaterra- fuese a iniciar el procedimiento de forma inminente. Entendió que no había quedado acreditado la causa de acción principal.<sup>60</sup>

## La Orden

41. La orden debe determinar el valor (estimado) y, en su caso, los activos concretos sobre los que se podría proyectar la medida. No hay una lista *numerus clausus* sobre el tipo de activos que pueden ser trabados, pero estos incluyen: efectivo, cuentas bancarias, bienes inmobiliarios, bienes industriales, barcos, aviones, pólizas de seguros, etc. La propia orden modelo establece que el trabado no podrá alcanzar los gastos del coste de la vida o gastos de subsistencia (*living expenses*) así como los gastos de representación letrada cuya determinación variará en función de las circunstancias de cada caso concreto.

42. Por lo general, la orden también establece que el trabado no prohíbe a la parte la disposición de activos dentro del curso ordinario de sus negocios. No es difícil advertir la importancia de que este punto sea lo más concreto posible. Por un lado, la redacción debe impedir que se erija como un subterfugio para que la parte pueda frustrar la finalidad de la orden y por otro, debe servir para no paralizar las operaciones de la parte contra quien se dirija la orden ya que, en caso contrario, podría llegar a comprometer la propia supervivencia de la compañía. Un ejemplo de lo anterior ha sido analizado en el caso *SCF Tankers* en donde la orden contra una compañía naviera no consideraba dentro del curso ordinario del negocio la compraventa de buques, la compraventa de acciones en cualquier compañía y la constitución de garantías sobre buques o acciones. La orden también puede incluir que determinadas transacciones estén sujetas a la aprobación previa por parte del tribunal.

43. En cualquier caso, las partes también pueden acordar por escrito modificaciones a los términos de la orden y es precisamente aquí cuando la parte solicitante debe tener especial cuidado y actuar de buena fe. Supongamos que la parte sobre la que pesa la prohibición de disposición tiene una oportunidad de negocio o inversión (un proyecto que en principio parece viable con un buen retorno estimado) pero la parte solicitante se niega injustificadamente a modificar los términos o aceptar compromisos alternativos que permitan llevar a término la inversión. Esto puede suponer que, en un momento posterior, la parte solicitante deba responder frente al demandado por el lucro cesante.

44. Afirmaba HOBBS que ‘Sin la espada, los pactos [en nuestro caso la orden] no son sino palabras, sin fuerza para proteger al hombre [en nuestro caso al demandante].’<sup>61</sup> Por ello, la desobediencia de la or-

<sup>58</sup> *Walsh & Ors v. Deloitte & Touche Inc* [2001] UKPC 58.

<sup>59</sup> *Fourie v. Le Roux & Ors Rev 1* [2007] UKHL 1.

<sup>60</sup> ANDREWS. N., *Op. Cit.*, párr. 4.11, p. 58.

<sup>61</sup> HOBBS. T., *Del Leviatán*, Publicaciones Cruzó O. S.A., 1999, p.17. Cita original: ‘Covenants, without the sword, are but words and of no strength to secure a man at all.’

den, bien por la parte contra la que quien se dirige o un tercero puede conllevar una pena de multa, la congelación de los activos e incluso puede incurrir en un delito de desobediencia (*contempt of court*).<sup>62</sup> En el caso de que la orden se dirija contra una persona jurídica, esta responsabilidad puede alcanzar a sus directores.

45. A continuación, tras haber expuesto el origen y evolución, los principios generales para su adopción, el procedimiento y el contenido de la orden, se analizan los elementos concretos de la orden de embargo preventivo extraterritorial, la interacción con los ordenamientos de terceros Estados y la afectación de terceros que no son parte de la disputa subyacente.

#### IV. Extraterritorialidad

46. Como señalan los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, en el pasado los Estados mantenían un sistema de *territorialidad absoluta*. En tanto que ‘la potestad jurisdiccional es una manifestación de la soberanía del Estado’,<sup>63</sup> éstos ‘negaban todo efecto jurídico a las decisiones de autoridades extranjeras relativas a cuestiones de Derecho Privado’.<sup>64</sup> Sin embargo, la realidad comercial, política o una mezcla de ambas, han llevado a que determinados países que se reconocen una serie garantías, acepten el despliegue de los efectos de decisiones extrajeras en sus Estados. En función del grado de confianza entre el Estado de la autoridad que adopta la decisión y el Estado extranjero en donde se pretende hacer valer sus efectos, habrá que seguir un procedimiento más o menos exhaustivo.

47. La tutela cautelar internacional, en tanto que provisional, presenta una serie de particularidades que hacen que el despliegue de sus efectos en terceros Estados sea comparativamente más complejo. A continuación, se analiza la concepción extraterritorial de la orden de embargo mundial bajo Derecho inglés, su evolución, las cuestiones que pueden surgir a la hora de ejecutarlas en terceros Estados (con una referencia especial al marco europeo) y la solicitud de este tipo de orden en apoyo de un procedimiento extranjero.

##### 1. La extraterritorialidad de las *freezing injunctions*

48. El carácter extraterritorial de una orden consiste en la pretensión de que ésta despliegue sus efectos -en este caso alcanzar activos- fuera de la jurisdicción del tribunal que las dicta. Los requisitos para dictar una *freezing injunction* extraterritorial son en esencia los mismos que para una doméstica (ver Título III). No obstante, en caso de que el solicitante pretenda que tenga efectos transnacionales, también deberá probar que (i) la parte contra quien se dirige la orden carece de activos suficientes dentro de Inglaterra para satisfacer la eventual resolución (como justificación de la pretensión de extraterritorialidad) y que, en principio, (ii) la orden resultará en el trabado efectivo de activos (*equity will not act in vain*). Por lo general, las órdenes de embargo preventivo extraterritoriales son dictadas en casos en donde hay indicios de actuación deshonesto o fraude<sup>65</sup> en los que el demandado está en disposición de movilizar activos rápidamente a nivel mundial en jurisdicciones que ofrecen pocas garantías para la efectividad de una eventual resolución.

49. Como se ha mencionado anteriormente, al ser un instrumento de creación jurisprudencial, el alcance y límites de las *freezing injunctions* han ido evolucionando.<sup>66</sup> La jurisprudencia inglesa en un primer

<sup>62</sup> La propia orden incluye en su encabezamiento una advertencia (*penal notice*) en donde se hace constar: ‘*If you disobey this order you may be held to be in contempt of court and may be imprisoned, fine or have your assets seized. Any other person who knows of this order and does anything which helps or permits the respondent to breach the terms of this order may also be held to be in contempt of court and may be imprisoned, fine or have your assets seized.*’

<sup>63</sup> A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, Volumen I, 18ª Edición (Editorial Comares), pg. 378.

<sup>64</sup> *Ibid.* pg. 376.

<sup>65</sup> Este tipo de orden también puede dictarse en el marco de un procedimiento penal. Ver Parte V de la *Proceeds of Crime Act 2002*.

<sup>66</sup> Puede encontrarse el resumen en la sentencia *Crédit Suisse Fides Trust SA v Cuoghi* [1997] 3 All ER

momento y posteriormente a través de su positivización, decidió ir extendiendo progresivamente el alcance territorial de las *freezing injunctions* como respuesta a la realidad comercial. Los tribunales entendieron que debían contar con un instrumento que diera respuesta a la progresiva internacionalización de los negocios.

**50.** En un primer momento, esta medida estaba prevista para que personas físicas o jurídicas no pudiesen disponer de los activos que tenían en Inglaterra dentro de Inglaterra. A continuación, se estableció que la orden podía prohibir no solo la disposición de activos dentro de Inglaterra, sino también la movilización de activos desde Inglaterra hacia el extranjero. Por último, y tras una serie de casos en la década de los años ochenta y noventa<sup>67</sup> establecieron que, en *determinadas circunstancias*, este tipo de medidas podían tener (en puridad, pretender tener) efectos extraterritoriales alcanzando activos tanto dentro como fuera de Inglaterra con independencia de dónde estuviesen domiciliada la parte contra quien se dirige la orden. Es decir, los términos de la orden pueden extenderse a una persona física o jurídica, nacional o extranjero impidiendo movilizar sus activos en cualquier parte del mundo.

**51.** La evolución del alcance de la orden -desde su inicial circunscripción doméstica hasta su actual alcance transnacional-, sólo puede entenderse atendiendo a la caracterización de su naturaleza. Como expuso su creador Lord DENNING, este tipo de órdenes si bien operan o pueden tener efectos *in rem*, son una medida personal.<sup>68</sup> Es decir, ‘la *freezing injunction* no constituye una orden dirigida propiamente sobre los bienes del deudor (*in rem*), sino que es una orden dirigida directamente sobre el demandado (*in personam*) para que se abstenga de transferir u ocultar sus bienes’<sup>69</sup> [donde quiera que se encuentren situados]. Fruto de esa caracterización, la prohibición que establece el modelo de orden extraterritorial es que se prohíbe *a la parte* ‘disponer en modo alguno, transaccionar o disminuir el valor de cualquiera de sus activos con independencia de que estén dentro o fuera de Inglaterra y Gales’.<sup>70</sup> Parte de la doctrina sostiene que fue esta caracterización la que hizo que la orden extraterritorial prosperara.<sup>71</sup> Siguiendo la línea argumental anterior, la orden no contiene una imposición o mandato hacia a los tribunales de terceros Estados donde la parte pudiera tener activos, sino que la prohibición de disposición es a ‘título personal’. Es decir, desde la perspectiva inglesa, en tanto que vínculo tribunal-orden-parte es *ratione personae* -o si se quiere ‘aterritorial’- en teoría no habría lugar a cuestiones de injerencia jurisdiccional.

**52.** Este mismo argumento se ha usado para justificar la conformidad transnacional de otro tipo de órdenes como las *anti-suit injunctions* (órdenes conminatorias dictadas por un tribunal inglés<sup>72</sup> cuyo objeto consiste en prohibir a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado). En este caso se argumentó que la orden no se dirige contra el órgano jurisdiccional de un tercer Estado miembro sino contra la parte del proceso (*in personam*). A diferencia de las *freezing injunctions*, este argumento fue rechazado en el ámbito intracomunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los casos *Turner*<sup>73</sup> y *West Tankers*<sup>74</sup> en donde declaró que, con base en el principio de confianza recíproca entre los distintos órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, estas órdenes son incompatibles con el derecho comunitario. Con independencia de la caracterización inglesa sobre la naturaleza *in personam* de las *anti-suit injunctions*, el tribunal entendía que de *facto* supone una injerencia en el ejercicio jurisdiccional del tribunal de otro Estado miembro en tanto que predetermina el pronunciamiento con respecto a su propia competencia.

<sup>67</sup> *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1989] 1 All ER 433, *Republic of Haiti v Duvalier* [1990] 1 QB 202 y *Derby & Co Ltd v Weldon (No 2)* [1989] 1 All ER.

<sup>68</sup> *Z Ltd v A-Z and AA-LL* [1982] 1 QB 558.

<sup>69</sup> MARÍN, J.C., ‘Notas sobre la tutela provisional en el derecho inglés: especial referencia a la *freezing* o *Mareva injunction*’, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIII, diciembre 2002, pp. 207-223.

<sup>70</sup> Traducción propia de la sección 5(2) del Anexo en la *Practice Direction 25A*.

<sup>71</sup> L. COLLINS, *Op. cit.*, p.88.

<sup>72</sup> Otros países de tradición anglosajona también contemplan este tipo de orden.

<sup>73</sup> STJUE (Pleno) de 27 de abril de 2004, *Gregory Paul Turner v Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changeoint SA*. Asunto C-159/02.

<sup>74</sup> STJUE (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009, *Allianz SpA (anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA), y Generali Assicurazioni Generali SpA v West Tankers Inc*. Asunto C-185/07 (ECLI:EU:C:2009:69).

Este criterio fue seguido posteriormente por los propios tribunales ingleses como por ejemplo en la reciente sentencia en el caso *Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company 'Bank Otkritie Financial Corporation'*.<sup>75</sup>

53. No obstante, como ha sostenido parte de la jurisprudencia,<sup>76</sup> ‘el mero hecho de que la orden es *in personam* y se dirija contra una persona sujeta a la jurisdicción personal de los tribunales ingleses, no excluye la posibilidad de que el hecho de dictar la orden sea contrario al derecho o cortesía (*comity*) internacional, y su objeto se encuentre fuera de la jurisdicción del tribunal inglés.’ Como afirma COLLINS, ‘*an injunction in one country in relation to acts in another country can give rise to serious questions of sovereignty (...)*’<sup>77</sup> y por ello, la pretensión de alcance extraterritorial es una cuestión ciertamente compleja.

## 2. Ejecución en terceros estados

54. La orden de embargo con efecto extraterritorial se dicta bajo la presunción de que una de las partes ha incumplido los términos del contrato, que existe un riesgo real de distracción de activos (de lo contrario no se dictaría) y que no tiene activos suficientes en Inglaterra para asegurar una eventual resolución (de lo contrario se dictaría una doméstica). Supongamos que una vez notificada la orden, la parte no presta las debidas garantías o tan siquiera participa en el proceso. Lo anterior, sumado al hecho de que carece de activos en Inglaterra, hace que las consecuencias previstas en el ordenamiento inglés en caso de incumplimiento previsiblemente sean inocuas para la parte renuente. Es en estos casos donde la teoría de la extraterritorialidad ‘autónoma’ decae porque con independencia de la asunción de jurisdicción con base en el criterio *ratione personae*, lo cierto es que, si los activos están situados fuera del alcance territorial del tribunal, la efectividad del embargo preventivo requerirá de la intervención de los tribunales -u otro tipo de autoridades públicas- de un tercer Estado. En el caso de una *freezing injunction*, para alcanzar el resultado material pretendido por el tribunal inglés debe desplegar su eficacia ejecutiva y por ello, la cooperación judicial internacional determina en gran medida la eficacia de la resolución. En definitiva, en la medida en que la efectividad del trabado del embargo preventivo requiere el reconocimiento y ejecución de la orden,<sup>78</sup> dependerá del régimen de reconocimiento y ejecución del Estado concreto en donde se localicen los activos.

55. Por otro lado, también es necesario proteger a la parte contra quien se dirige la orden de posibles abusos por parte del solicitante mediante el inicio de múltiples procedimientos de reconocimiento y ejecución paralelos. En el caso *Derby & Co Ltd v Weldon* el tribunal había manifestado sus dudas sobre la posibilidad de que el reconocimiento y ejecución de la orden en terceros Estados se pudiera usar para someter al demandado a una multiplicidad de procesos de exequátur de forma opresiva. Para salvar esta preocupación, la parte demandante se comprometió a no solicitar el reconocimiento y ejecución de la orden en terceros Estados sin la autorización previa del tribunal inglés. Posteriormente se incluyó el requisito de que la parte que busca el reconocimiento y ejecución de la orden en un tercer Estado o solicite medidas de naturaleza similar en otros Estados, debe obtener previamente el permiso de los tribunales ingleses.<sup>79</sup> Es importante destacar que el tribunal, puede a su discreción no exigir autorización. Si bien la autorización queda a la discreción del tribunal, la jurisprudencia enunció una serie de ocho criterios a la hora de considerar las solicitudes de reconocimiento y ejecución de las *freezing injunctions* en terceros

<sup>75</sup> *Nori Holdings Ltd & Ors v Public Joint-Stock Company 'Bank Otkritie Financial Corporation'* [2018] EWHC 1343 (Comm).

<sup>76</sup> *Masri v Consolidated Contractors International (UK) Ltd (No.2)* [2008] EWCA Civ 303. Traducción propia.

<sup>77</sup> L. COLLINS, ‘Essays in international litigation and the conflicts of law’, Clarendon Press – Oxford (1996), p.101.

<sup>78</sup> Es importante destacar la importancia de no confundir la ejecución en el binomio ‘reconocimiento y ejecución’ -entendido como la *declaración* de que la resolución tiene fuerza ejecutiva- con la ejecución del embargo. En el caso que nos ocupa, el reconocimiento y ejecución de la orden culmina con el embargo preventivo (por ejemplo, con la anotación registral de embargo preventivo), es decir, no conlleva la ejecución del embargo (apremio).

<sup>79</sup> Cláusula 10 del Título 25 de las *Practice Direction*: ‘The Applicant will not without the permission of the court seek to enforce this order in any country outside England and Wales [or seek an order of a similar nature including orders conferring a charge or other security against the Respondent or the Respondent's assets]’



Estados en el caso *Dadourian Group Int. Inc. v Simms & Others*<sup>80</sup> (conocidas como las *Dadourian guidelines*). Si se analizan, se puede observar que el umbral probatorio con respecto a una orden doméstica es sustancialmente mayor. Por ejemplo, el criterio cinco establece que la parte que solicite la ejecución de la orden en el tercer Estado debe aportar pruebas sobre el derecho extranjero aplicable o explicar la naturaleza del proceso que pretende iniciarse lo cual hace que el proceso sea mucho menos expedito.

**56.** Es importante destacar que hay ordenamientos que no contemplan la posibilidad de reconocer medidas cautelares por no tener la consideración de resoluciones firmes. En otros casos pueden no ser susceptibles de reconocimiento y ejecución porque las medidas *in personam* sean desconocidas en el Estado donde sus efectos se pretendan hacer valer. Además, no es infrecuente que muchos Estados no reconozcan medidas cautelares dictadas *inaudita parte debitoris*,<sup>81</sup> siendo esta una de la tipología más frecuente dentro de las solicitudes de *freezing injunctions*. En este último caso, es cierto que los tribunales ingleses suelen emplazar a la parte contra quien se dirige la orden en un plazo breve de tiempo y, por tanto, lo habitual será que cuando se inicie el trámite de reconocimiento y ejecución en un tercer Estado, ya se haya cumplido con este requisito. Sin embargo, hay ejemplos en los que precisamente esa brevedad en el emplazamiento ha resultado ser un óbice para su posterior reconocimiento como dictaminó el Tribunal Supremo Federal de Suiza al sostener que un plazo de cinco días laborables para oponerse o modificar los términos de la orden no era suficiente de acuerdo con su Derecho interno.<sup>82</sup>

**57.** Si la medida cautelar se dicta durante o una vez ha recaído sentencia en el proceso principal, el tribunal o el demandante presumiblemente habrán solicitado al demandado una relación de sus activos y dónde se encuentran localizados. Sin embargo, puede plantear mayores problemas si la medida se solicita con anterioridad al inicio del proceso. Puede darse la circunstancia de que en un estado inicial del proceso no se tenga con certeza la relación de activos del demandado. En estos casos no es infrecuente que la orden establezca de forma genérica que se trabe embargo preventivo sobre los bienes del demandado por valor de X. En este supuesto, puede resultar difícil que el tribunal del Estado requerido o un tercero a quien se ha hecho extensivo los términos de la orden conozcan el importe que ha sido efectivamente trabado en otras jurisdicciones y, por tanto, no puedan valorar adecuadamente si al ejecutar la orden o impedir la disposición de activos respectivamente, estarían excediendo los efectos previstos en la resolución del Estado de origen.

**58.** En cualquier caso, salvo la particularidad de la naturaleza *in personam*, los requisitos son esencialmente los mismos que en cualquier otro ordenamiento que respete las garantías procesales elementales. Por ejemplo, si se comparan los requisitos para la adopción de una *freezing injunction* con los establecidos en el artículo 728 de la LEC para las medidas cautelares, puede observarse que son esencialmente los mismos. Ambos ordenamientos exigen acreditar que, sin la adopción de la medida, la efectividad de la eventual tutela solicitada puede verse impedida o dificultada (*periculum in mora* y *risk of asset dissipation*).<sup>83</sup> También exigen que el caso esté bien fundado, en la jurisprudencia inglesa a través del concepto del *good and arguable* que es equiparable a la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, en España la apariencia de buen derecho no se presume, sino que deberá probarse exponiendo los hechos y documentos en la solicitud (artículo 728.2 de la LEC) al igual que se exige en el ordenamiento inglés el requisito del *full and frank disclosure*. Por último, en ambos casos el solicitante deberá prestar caución salvo disposición en contrario del juez o tribunal y en caso de dictarse *inaudita parte debitoris*, el demandado deberá ser emplazado a la mayor brevedad posible.

<sup>80</sup> *Dadourian Group Int. Inc. v Simms & Others* [2006] EWCA Civ 399.

<sup>81</sup> En este sentido ver STJUE de 21 de mayo de 1980, Bernard Denilauler v. SNC Couchet Frères. Asunto C-125/79. Asimismo, Considerando (33) *in fine* del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición)

<sup>82</sup> Sentencia Tribunal Supremo Federal de Suiza de 1 de marzo de 2006. Visto en GIROUD, S., 'How Worldwide Freezing Orders Are Enforced in Switzerland', *Yearbook of Private International Law*, Vol. 14 (2012/2013), pp. 445.

<sup>83</sup> En este caso, el riesgo de distracción de activos es una manifestación concreta del *periculum in mora*.

## Ámbito Europeo

59. No entra dentro del objeto de este estudio hacer un análisis comparado de los regímenes de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares, pero sí merece una especial mención al ámbito europeo dada la especial interrelación económica y -por ahora- política entre Reino Unido y el resto de Estados miembros. En caso de que resultase de aplicación la normativa europea, debe acudir al régimen establecido en el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Refundición) (en adelante, 'Reglamento Bruselas I bis').

60. Este instrumento establece que, a los efectos del régimen de reconocimiento y ejecución, entra dentro del concepto de resolución 'las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente, en virtud del presente Reglamento, para conocer sobre el fondo del asunto.' Es decir, la ejecución en otro Estado miembro seguirá el mismo procedimiento que para cualquier otra resolución judicial conforme al artículo 42.2 del Reglamento Bruselas I bis: Deberá aportarse una copia de la resolución y el certificado que describa específicamente la medida en donde se acredite (i) que el órgano judicial que dictó la medida es competente en cuanto al fondo del asunto y (ii) que la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. En los casos en que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución.

61. Sin embargo, es importante destacar que las medidas cautelares que operan *in personam* son desconocidas en la mayoría de ordenamientos continentales. En este sentido, una importante novedad del Reglamento Bruselas I bis, fue la introducción de una regla de adaptación de medidas u ordenes desconocidas en el ordenamiento jurídico del Estado requerido.<sup>84</sup> Como afirma el profesor GASCÓN, este tipo de disposiciones tiene una doble finalidad; evitar que la resolución extranjera no sea efectiva bajo el solo pretexto de que no existe una medida equivalente y, como consecuencia de lo anterior, la obligación por parte de los tribunales españoles de 'alcanzar el resultado material' de la resolución (efectos, finalidad e intereses) para así cumplir 'con el mandato constitucional de asegurar la eficacia plena de las resoluciones judiciales que la merezcan'.<sup>85</sup> Puesto que la freezing injunction es una orden *in personam* pero opera *in rem*, en principio la medida equivalente en la mayoría de los ordenamientos continentales sería el embargo preventivo 'sobre los bienes que se proyecte la medida'<sup>86</sup> pudiendo por ejemplo solicitar las correspondientes inscripciones asegurativas en los registros públicos españoles.<sup>87</sup>

62. Otro instrumento relevante en el ámbito europeo es el Convenio Lugano II (2007) entre los Estados de la Unión Europea y los miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio siendo especialmente relevante la vinculación de Suiza por su importancia como centro financiero. En caso de que la medida cautelar sea dictada por un Estado miembro (en nuestro caso un tribunal inglés), el procedimiento se regirá por lo dispuesto en el Convenio. Sin embargo, en la práctica el procedimiento tampoco está exento de dificultades como muestra la disparidad de criterios entre Cantones.<sup>88</sup> Por ejemplo, los tribunales del Cantón de Ginebra parecen seguir una línea más favorable a la hora de otorgar

<sup>84</sup> Establece el artículo 54.1 del Reglamento 1215/2012 que 'Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares.'

<sup>85</sup> GASCÓN, F., 'Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil', Cuadernos de Derecho Transnacional (2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 158-187, párr. 22 y 23. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2782/1560>

<sup>86</sup> *Ibid.* párr. 24

<sup>87</sup> Esta tarea, que en teoría no revierte mayor dificultad, en la práctica puede resultar compleja como muestra el procedimiento de exequátur de una *freezing injunction* inglesa (con respecto a bienes situados en España) seguido ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. AAP Islas Baleares (Sección 4ª) de 9 de junio de 2009, núm. 118/2009 (ECLI: ES: APIB:2009:193A). Visto en *Ibid.* párr. 24.

<sup>88</sup> Para un análisis más en detalle de la cuestión, se remite al lector a GIROUD, S., *op. cit.*

el exequátur de una orden de embargo preventivo mundial, mientras que los tribunales del Cantón de Zúrich has seguido una línea jurisprudencial más reticente. En un caso concreto<sup>89</sup>, tanto el tribunal de primera instancia de Zúrich como su Corte de Apelación han denegado la concesión del exequátur con base en que en el Estado de origen es una medida *in personam*, y que por tanto al otorgar efectos *in rem* en Suiza el tribunal estaría excediendo la protección querida por el Estado de origen.

63. En definitiva, la parte solicitante deberá analizar el régimen de reconocimiento y ejecución en cada jurisdicción concreta. Tras la invocación por parte del Reino Unido del artículo 50 del Tratado de Lisboa para dejar de formar parte de la Unión Europea, deberemos esperar a ver cómo configurado el régimen de reconocimiento y ejecución con respecto al resto -o a cada uno-de los Estados Miembros.

### 3. Las *freezing injunctions* con alcance extraterritorial en apoyo de procedimientos extranjeros

64. La legislación inglesa también contempla la posibilidad de dictar este tipo de medidas en apoyo de un procedimiento extranjero. Esta competencia deriva de la Sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982* (en adelante, 'CJJA') (y su extensión jurisdiccional a través del *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997*)<sup>90</sup> en virtud de la cual la *High Court* puede dictar medidas cautelares (incluidas *freezing injunctions*) como medida de apoyo a un procedimiento iniciado -o que se va a iniciar- en el extranjero.<sup>91</sup>

65. A parte de los elementos básicos que deben cumplirse para cualquier *freezing injunction*, se exige que haya un elemento de conexión<sup>92</sup> (*real link or connection to the English jurisdiction*). En casos en los que la orden se dicte como medida de apoyo a un procedimiento en un tercer Estado, puede darse la situación de que el demandado o la disputa subyacente tengan una conexión remota con la jurisdicción inglesa. La jurisprudencia en algunos casos se ha mostrado especialmente flexible a la hora de interpretar este criterio -especialmente en casos de fraude-<sup>93</sup> aunque si el demandado no está sometido a la jurisdicción *in personam* del tribunal y no tiene activos, es probable que el tribunal considere que sea fútil y por tanto la deniegue.<sup>94</sup>

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> Nota de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982 (Interim Relief) Order 1997*: 'This Order enlarges the power of the High Court in England and Wales or Northern Ireland to grant interim relief in aid of legal proceedings in other countries. At present such relief can only be granted where the principal proceedings are taking place in a country which is a party to the 1968 Brussels Convention or the 1988 Lugano Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and where the proceedings are within the scope of those Conventions. This Order removes those two limitations from the Courts' powers.'

<sup>91</sup> En algún caso, la asunción de competencia con respecto a un procedimiento extranjero se ha hecho con base en la competencia, ciertamente más amplia, contenida en la Sección 37(1) de la *Senior Courts Act 1981*. En este sentido ver *Eastern European Engineering Ltd v Vijay Construction (Proprietary) Ltd* [2018] EWHC 1539 (Comm) en apoyo de un procedimiento de ejecución de un laudo dictado por un tribunal arbitral con sede en Francia.

<sup>92</sup> *Motorola Credit Corporation v Uzan and others* [2003] EWCA Civ 752: 'The point of principle which lies at the heart of the appeals is whether a world-wide freezing order should be made under section 25 of the 1982 Act in support of an action in another jurisdiction in circumstances where the defendant in question is neither domiciled nor resident within the jurisdiction and there is no substantial connection between the relief sought and the territorial jurisdiction of the English Court.' [Énfasis añadido]

<sup>93</sup> Ver por ejemplo la sentencia en el caso *Republic of Haiti v Duvalier* [1990] 1 QB 202. Este caso tiene su origen en la demanda interpuesta en Francia por parte de la República de Haití contra su expresidente con el objetivo de recuperar más de 100 millones de dólares malversados durante el ejercicio de su cargo. En paralelo, se solicitó en Inglaterra una orden de embargo *ex parte* que fue concedida y confirmada en apelación. Lo anterior significaba emitir una orden contra un extranjero en apoyo de un procedimiento iniciado en otro Estado contra un demandado que no era residente en Inglaterra ni tenía activos dentro de la jurisdicción del tribunal. Este caso se considera excepcional debido a la enorme dificultad a la hora de justificar el elemento de conexión.

<sup>94</sup> Consideración (v) del párrafo 115 en la sentencia *Motorola Credit Corporation v Uzan and others* [2003] EWCA Civ 752. En este mismo sentido *ICICI Bank UK Plc v Diminico NV* [2014] EWHC 3124 (COMM). párr. 27: 'that the case is one where it is appropriate within the limits of comity for the English court to act as an international policeman in relation to assets abroad; and that will not be appropriate unless it is practical for an order to be made and unless the order can be enforced in practice if it is disobeyed; the court will not make an order even within the limits of comity if there is no effective sanction which it could apply if the order were disobeyed, as will often be the case if the defendant has no presence within the jurisdiction and is not subject to the in personam of the English court;

66. Además, si el único elemento que confiere competencia al tribunal inglés para dictar la orden con respecto a un procedimiento extranjero es la Sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, la propia disposición establece lo que se conoce como el test de (in)conveniencia (*inexpedient test*).<sup>95</sup> Este criterio es especialmente importante a la hora de valorar la adopción o no de la medida.<sup>96</sup> En este sentido, una de las sentencias de referencia es *Motorola Credit Corporation v Uzan* en donde se establecieron las siguientes cinco consideraciones: (i) si dictar la orden podría interferir en el desarrollo del procedimiento extranjero, (ii) si en la jurisdicción del tribunal extranjero que está conociendo el asunto rehúsan a dictar este tipo de órdenes, (iii) si las órdenes podrían suponer un conflicto o crear confusión en otras jurisdicciones tales como el lugar de residencia o el lugar donde se encuentran los activos, (iv) si la orden podría suponer un problema en términos de competencia, y (v) en caso de dictarse la orden, si esta sería efectiva.

67. Son medidas excepcionales -que no infrecuentes- en tanto que normalmente las medidas cautelares deberían ser dictadas por los tribunales en donde se encuentren localizados los activos o por los tribunales del domicilio del demandado u otras circunstancias que le otorguen competencia a un determinado tribunal sobre del demandado. Es decir, si el tribunal que está conociendo o va a conocer la reclamación principal puede dictar una medida equivalente, sería difícil justificar la intervención de los tribunales ingleses. En este sentido, será interesante ver qué posición adoptan los tribunales ingleses ante la entrada en vigor de la orden europea de retención de cuentas (OERC).

68. Normalmente el tribunal inglés no considerará conveniente dictar una orden extraterritorial cuando el demandado no tenga activos en Inglaterra y el tribunal no tenga jurisdicción *in personam* salvo que acredite, como se apuntaba anteriormente, algún elemento de conexión. Por otro lado, si el demandado tuviese activos en Inglaterra, con independencia de donde tenga su domicilio, lo apropiado será que el tribunal inglés dicte una orden doméstica que alcance los activos dentro de su jurisdicción.

## V. Afectación de terceros

69. Lo habitual es que partes que operan a nivel internacional se sirvan de terceros para la gestión de sus activos (ej. bancos, *trusts*, etc.). Por tanto, no es infrecuente que para que se garantice una eventual resolución, los términos de la orden tengan efectos sobre los éstos, dando lugar a situaciones jurídicamente complejas. El ejemplo paradigmático son los bancos, aunque pueden darse muchos otros casos como por ejemplo las acciones de otra compañía que esté participada por la parte contra quien se dirige la orden.<sup>97</sup>

70. Tomando como ejemplo un banco, la parte contra quien se dirige la orden puede estar vinculada con su cliente a través de un contrato de depósito irregular o contrato de corriente en virtud del cual el cliente puede disponer en cualquier momento del depósito a su favor. Supongamos que la cuenta corriente se encuentra en una sucursal de un banco inglés situada en Singapur. El banco en Singapur recibe una *freezing injunction* estableciendo la congelación temporal del dinero de su cliente -un residente chino-, por un aparente incumplimiento contractual de un servicio ejecutado en Holanda sujeto a Derecho inglés.

<sup>95</sup> Sección 25(2) CJA: 'On an application for any interim relief under subsection (1) the court may refuse to grant that relief if, in the opinion of the court, the fact that the court has no jurisdiction apart from this section in relation to the subject matter of the proceedings makes it *inexpedient* for the court to grant it.' [Énfasis añadido].

<sup>96</sup> *Credit Suisse Fides Trust v Cuoghi* [1997] 3 All ER 724. En Pearce, R., *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford University Press, 5ª Edición, p.153: [en el caso citado] the Court of Appeal questioned whether it was necessary to demonstrate such exceptional circumstances, and suggested that the sole question was whether 'it would be inexpedient to make the order'.

<sup>97</sup> Ver por ejemplo el caso *Lakatamia Shipping Company Ltd v Nobu Su* [2014] EWCA Civ 636. El propio modelo de orden establecida en el Anexo de las *Practice Directions 25A*, establece que: 'Paragraph 5 [*prohibición de disposición*] applies to all the Respondent's assets whether or not they are in his own name and whether they are solely or jointly owned. For the purpose of this order the Respondent's assets include any asset which he has the power, directly or indirectly, to dispose of or deal with as if it were his own. The Respondent is to be regarded as having such power if a third party holds or controls the asset in accordance with his direct or indirect instructions.'

71. Al día siguiente de recibir la notificación de la *freezing injunction*, el banco recibe la orden de su cliente de retirar el dinero para hacer frente a los honorarios de un contrato de fletamento que había suscrito un mes antes. ¿Debe el banco bloquear los activos del cliente y exponerse a la posible responsabilidad por incumplimiento conforme a la legislación de Singapur? (previsiblemente la indemnización por el incumplimiento del contrato de depósito y una posible acción de repetición por parte de su cliente derivado del incumplimiento del contrato de fletamento) ¿Debe solicitar el banco en Singapur el exequátur de la orden inglesa para que el embargo se acomode tanto a Derecho inglés como a su Derecho nacional? En su caso, qué debe hacer mientras se resuelve. ¿Debe ajustarse a lo que establece la legislación singapurense y arriesgarse a la responsabilidad derivada de un posible delito de desobediencia por parte del tribunal inglés? ¿Puede el tribunal inglés tomar alguna medida coercitiva sobre la matriz inglesa con respecto a su sucursal en Singapur? Por cuestiones como las que dimanan del ejemplo anterior CAPPER sostiene que, la dificultad de ejecutar una *freezing injunction* con efectos sobre a terceros fue uno de los motivos por los que se consideraba que no debían dictarse este tipo órdenes con efecto extraterritorial.<sup>98</sup> Como se expondrá a continuación, los términos de la orden con respecto a sus posibles efectos extraterritoriales sobre terceros han sufrido una evolución jurisprudencial con el objetivo de intentar salvar estas cuestiones.

72. Anteriormente se ha hecho referencia a que en un principio los efectos de las *freezing* o *Mareva injunctions* se circunscribían únicamente a activos dentro de Inglaterra. Uno de los primeros casos relevantes en donde se planteó la cuestión de la extraterritorialidad fue en *Babanaft International Co SA v Bassatne*. En este caso, los demandados -que residían fuera de Inglaterra- no habían satisfecho una sentencia condenatoria. Los demandantes solicitaron -y se les concedió- una orden que impedía a los demandantes disponer de sus activos en cualquier lugar del mundo. El tribunal determinó que efectivamente tenían competencia sobre los activos de los demandados fuera de Inglaterra si bien incluyó una serie de salvedades. La Corte de Apelación era consciente de las implicaciones que una orden de este tipo podía tener tanto en un tercer Estado como a terceras partes. Por ello, además de enfatizar que opera *in personam*,<sup>99</sup> reconoció la importancia de que la orden extraterritorial no debía ser entendida como una asunción indebida de la competencia de los tribunales extranjeros. En palabras del juez NICHOLLS:

It would be wrong for an English court by making an order in respect of overseas assets against a defendant amenable to its jurisdiction, to impose or attempt to impose obligations on persons not before the court in respect of acts to be done by them abroad regarding property outside the jurisdiction. That self-evidently, would be for the English court to claim an altogether exorbitant, extra-territorial jurisdiction.

73. Este posicionamiento dio lugar a la conocida como *Babanaft proviso*, en virtud de la cual las órdenes no podrán afectar a terceras partes fuera de la jurisdicción del tribunal inglés hasta que no fuesen reconocidas (y en su caso ejecutadas) por los tribunales del tercer país<sup>100</sup> (pero sí obliga de forma directa a la persona contra quien se dirige la orden). Esta directriz pasó a integrarse en el modelo de orden de embargo extraterritorial.<sup>101</sup> El matiz evidentemente mermaba la efectividad de la orden en tanto que la ejecución contra un tercero dependería del tribunal extranjero y no del inglés.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> D.CAPPER., 'Worldwide Mareva Injunctions', *The Modern Law Review*, Vol. 54, N°3, p.334 *in fine* (1991).

<sup>99</sup> El Juez NICHOLLS en *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1990] Ch 13: 'The enforcement of the judgment in other countries, by attachment or like process, in respect of assets which are situated there is not affected by the order. The order does not attach those assets. It does not create, or purport to create, a charge on those assets, nor does it give the plaintiff any proprietary interest in them. The English court is not attempting in any way to interfere with or control the enforcement process in respect of those assets.' Visto en *Société Eram Shipping Company Limited and others v. Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited*. [2003] UKHL 30.

<sup>100</sup> El Juez KEER en *Babanaft International Co SA v Bassatne* [1990] Ch 13: "there can be no question of such orders operating directly upon the foreign assets by way of attachment, or upon third parties, such as banks, holding the assets. The effectiveness of such orders for these purposes can only derive from their recognition and enforcement by the local courts, as should be made clear in the terms of the orders to avoid any misunderstanding suggesting an unwarranted assumption of extra-territorial jurisdiction". [Énfasis añadido]

<sup>101</sup> Sección 19 del Anexo de las *Practice Direction* 25A.

<sup>102</sup> *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933. para 9. *infra*.

74. Esta crítica fue recogida en un caso posterior (*Derby & Co Ltd v Weldon*),<sup>103</sup> al sostener que a un tercero (ej. un banco) que quisiera cumplir con la orden inglesa, *de facto* se le imponía la obligación de iniciar un proceso de reconocimiento y ejecución. Por ello se incluyó en los términos de la orden la conocida como *Derby and Weldon proviso* en virtud de la cual se estableció el requerimiento de que la parte que, estando sometida a la jurisdicción del tribunal inglés tuviese conocimiento de la orden, debía impedir ‘en la medida de lo posible’ que se infringieran las disposiciones de la orden en el extranjero (ej. sucursales). Esta disposición también recibió críticas posteriores por lo ambiguo de ‘en la medida de lo posible’ (*were able to do so*).<sup>104</sup> Además en esta serie de casos se confirmaba explícitamente la competencia para dictar órdenes extraterritoriales al afirmar ‘*the time has come to state unequivocally that in appropriate case the court has power to grant an interlocutory injunction even on a world-wide basis against any person who is properly before the court (...)*’<sup>105</sup>

75. Otro de los casos que perfiló el alcance extraterritorial y la afectación de terceros de las órdenes fue *Baltic Shipping v Translink*<sup>106</sup> en donde se enunció la conocida como *Baltic proviso* en virtud de la cual se establece que nada en la orden deberá ser un obstáculo para que un tercero cumpla con lo que razonablemente crea ser sus obligaciones, contractuales o de otro tipo, bajo la legislación y obligaciones del país o Estado en el cual dichos bienes estén ubicados o bajo la ley aplicable a cualquier contrato entre este y el demandado. En algunas ocasiones se ha criticado esta disposición al considerar que otorgaba un margen de discrecionalidad muy amplio al establecer que es el tercero quien puede determinar qué supone ‘cumplir razonablemente con sus obligaciones’. En cualquier caso, tras la sentencia del caso *Bank of China v NBM LLC and others*<sup>107</sup>, también pasó a integrarse en el modelo de orden. El modelo de orden también incluye una previsión en virtud de la cual la orden inglesa no debe impedir a un tercero el cumplimiento de cualesquiera órdenes de los Tribunales de dicho país o Estado, siempre que se dé aviso razonable a la representación letrada de la parte solicitante.<sup>108</sup>

76. En cuanto a la posible afectación de terceros, esta evolución jurisprudencial y las sucesivas modificaciones legales, configuró el modelo de orden en los siguientes términos: Las disposiciones del presente auto producirán sus efectos en los países o Estados situados fuera del ámbito territorial de este tribunal con respecto a las siguientes personas: (a) los demandados o agentes con poderes; (b) toda persona respecto de la cual resulte competente el tribunal, y a quien se haya notificado por escrito el presente auto en su residencia o en su lugar de trabajo situado en el ámbito territorial de competencia del tribunal, que pueda impedir acciones u omisiones fuera del ámbito territorial de competencia del tribunal que provoquen o faciliten una infracción de las disposiciones del presente auto (por ejemplo cuando se notifica a la matriz o sucursal en Inglaterra con respecto a las posibles acciones u omisiones de la sucursal o matriz en un tercer Estado); y (c) cualquier otra persona exclusivamente en la medida en que un órgano jurisdiccional de dicho país o Estado haya otorgado la ejecución del presente auto o la haya ejecutado.<sup>109</sup>

<sup>103</sup> *Derby & Co v Weldon* [1990] Ch 48: En este caso, uno de los demandados alegó que un requisito previo para poder dictar una orden de embargo era que los demandados tuvieran activos dentro de la jurisdicción del tribunal en tanto que, de lo contrario, el tribunal carecía de competencia para dictar la orden.

<sup>104</sup> *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933. para 19.

<sup>105</sup> *Derby & Co v Weldon* [1990] Ch 65.

<sup>106</sup> *Baltic Shipping v Translink* [1995] 1 Lloyd’s Rep 673.

<sup>107</sup> *Bank of China v NBM LLC and others* [2001] EWCA 1933.

<sup>108</sup> Cláusula 20 del Anexo de las *Practice Direction 25A*: ‘Nothing in this order shall, in respect of assets located outside England and Wales, prevent any third party from complying with – (1) what it reasonably believes to be its obligations, contractual or otherwise, under the laws and obligations of the country or state in which those assets are situated or under the proper law of any contract between itself and the Respondent; and (2) any orders of the courts of that country or state, provided that reasonable notice of any application for such an order is given to the Applicant’s solicitors.’

<sup>109</sup> Traducción propia de la sección 19(2) del Anexo de las *Practice Direction 25A*

## 1. Posición del Tribunal Europeo con respecto a la afectación de terceros

77. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo ocasión de pronunciarse sobre los efectos de las *freezing injunction extraterritoriales* con respecto a la afectación de los derechos patrimoniales de un tercero y la posible contravención del orden público del Estado requerido. En la sentencia *Rūdolfs Meroni v Reoleto Limited*,<sup>110</sup> el tribunal debía decidir sobre el reconocimiento y ejecución en Letonia de una *freezing injunction* dictada por la Corte de Apelación inglesa. Los hechos se resumen en que el tribunal británico dictó una orden contra una persona física en donde se le prohibía ‘disponer de las acciones que les pertenecieran, directa o indirectamente, en AS Ventbunkers, sociedad domiciliada en Letonia, operar con ellas o reducir su valor, así como disponer de cualquier producto o ingreso procedente de la venta de tales acciones o de cualquier otra sociedad o entidad mediante las que las partes demandadas tengan acceso a las acciones de Ventbunkers.’ El 29% de dicha sociedad pertenecía Yelverton Investments BV cuyo beneficiario real era una de las personas físicas afectadas por la orden.

78. En el proceso de reconocimiento y ejecución en Letonia, el director de Yelverton (también abogado y gestor de la persona física contra quien se dirigía la orden) se opuso alegando que la medida no debía ser reconocida en tanto que suponía la afectación del derecho patrimonial de un tercero que no había sido parte en el procedimiento en el que se dictó dicha orden. El Tribunal Supremo Letón elevó la cuestión al TJUE para ‘dilucidar si el Derecho de la Unión permite que en un procedimiento relativo a la adopción de medidas cautelares se limiten los derechos patrimoniales de una persona que no ha sido parte en el procedimiento, aun cuando se prevea que cualquier persona afectada por una resolución sobre medidas cautelares tendrá derecho en todo momento a solicitar al órgano jurisdiccional de que se trate la modificación o anulación de la resolución judicial, y que se encomiende a los demandantes la notificación de la resolución a las personas interesadas, toda vez que al tribunal del Estado miembro requerido le resulta prácticamente imposible verificar los hechos relativos a dicha notificación.’<sup>111</sup>

79. El TJUE finalmente resolvió que ‘no cabe considerar manifiestamente contrarios al orden público del Estado miembro requerido ni al derecho a un proceso equitativo, en el sentido de tales disposiciones el reconocimiento y la ejecución de un auto dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro sin oír a un tercero cuyos derechos son susceptibles de verse afectados por el referido auto, siempre que dicho tercero pueda invocar sus derechos ante ese órgano jurisdiccional.’ Como efectivamente está previsto en el ordenamiento inglés.<sup>112</sup>

## VI. Conclusiones

80. La interacción de múltiples jurisdicciones con respecto a un determinado negocio jurídico sumado al hecho de que los activos sometidos a la jurisdicción de un determinado tribunal pueden dejar de estarlo en cuestión de minutos, dificulta en muchos aspectos el aseguramiento de la eficacia plena de las resoluciones. El ordenamiento inglés, consciente de la complejidad del tráfico jurídico internacional y de la cada vez mayor ‘globalización de activos’, establece una propuesta de máximos como son las medidas de embargo preventivo con efectos extraterritoriales. Este tipo de medidas se erigen como una herramienta que en determinadas ocasiones puede resultar útil para obstaculizar -y en su caso frustrar-, la renuencia del demandado a través de las distintas modalidades de distracción de activos.

81. La eficacia de la orden viene determinada en gran medida por los vínculos que la parte contra quien se dirige la orden y/o el tercero responsable de sus activos tenga con Reino Unido, sin olvidar que Londres es uno de los centros financieros mundiales. En este sentido, es probable que una

<sup>110</sup> STJUE (Sala Primera), asunto C559/14 (ECLI:EU:C:2016:349)

<sup>111</sup> *Ibid.* para 32. *in fine.*

<sup>112</sup> Ver párr. 38

parte que opere a nivel internacional -o un tercero que gestione sus activos- tenga algún tipo de interés en Inglaterra (ej. una cuenta corriente en un banco inglés o en un banco con una sucursal o cuya matriz de encuentre en Inglaterra). Una multa, sanción, embargo o la posibilidad de ser declarado culpable de desobediencia por un tribunal inglés no es una cuestión baladí y puede tener importantes consecuencias en la esfera comercial o empresarial de la parte renuente.

**82.** Es evidente que la efectividad del embargo preventivo por parte de un órgano jurisdiccional diferente a donde se encuentran los activos es sustancialmente menor al de un embargo preventivo doméstico. Si para la efectividad de las *freezing injunctions* se exige exequátur, en poco se distingue de cualquier otra medida cautelar doméstica cuyos efectos se quieran hacer valer en el extranjero. Sin embargo, con respecto a la efectividad de las *freezing injunctions*, debemos tener en cuenta no sólo la posibilidad de ejecución en un tercer Estado en tanto que el elemento diferencial –más allá de la virtualidad ejecutiva en el extranjero-, es su capacidad de persuasión. La práctica demuestra que, aunque la orden no vincule jurídicamente a terceros fuera de la competencia territorial del tribunal, es habitual que observen sus términos *motu proprio* una vez notificada. Por ello, con independencia de la necesidad o no de reconocimiento en un tercer Estado, es innegable su efecto disuasorio. Dado la relevancia del foro, tan importante es su *potestas* como su *auctoritas* lo cual supone un incentivo para que la parte o sus terceros hagan todo lo posible para cumplir con los términos de la orden.

**83.** Además de las posibles consecuencias en el procedimiento inglés, las *freezing injunctions* extraterritoriales pueden imponer el deber de relevar la localización de los activos a nivel mundial, lo cual ofrece información muy valiosa a la parte que solicita la medida. Con la información podrá diseñar la estrategia procesal más oportuna, valorar en qué jurisdicciones están los activos de mayor valor, los más líquidos, comparar los procedimientos de ejecución en las distintas jurisdicciones donde se localicen dichos activos y en última instancia, decidir si inicia procedimientos de ejecución ‘locales’.<sup>113</sup>

**84.** Similar al ‘estigma del concursado’, tal y como se ha expuesto en la introducción, el mero hecho de que una compañía reciba este tipo de orden presupone un incumplimiento contractual y que tribunal considere que existe el riesgo de que la compañía vaya a distraer activos. Todo ello con el consiguiente impacto que puede tener en operaciones que la compañía tenga en curso, clientes, proveedores, financiadores, accionistas, efectos en su cotización, etc. sin mencionar las implicaciones que la propia prohibición de disposición puede tener en su desarrollo empresarial. Conscientes de ello, exigen una serie de salvaguardas exhaustivas como se ha expuesto a lo largo de este estudio.

**85.** Imperialismo’ jurídico o no, y con independencia de que se comparta la caracterización como orden *in personam* dirigida sólo contra la parte y no como una asunción indebida de las competencias de órganos jurisdiccionales de terceros Estados, lo cierto es que como afirman los tribunales ingleses, ‘*it is the policy of English law that English judgments should be paid*’. Lo anterior puede resultar una obviedad y como es lógico, es a lo que aspira la acción judicial de cualquier ordenamiento jurídico que merezca la consideración de serio. Sin embargo, la posibilidad de solicitar medidas de embargo preventivo con efectos -o con pretensión de efectos- extraterritoriales, dota al ordenamiento inglés de mejores herramientas al litigante internacional a la vez que manda un mensaje claro a aquellas partes que subrepticamente quieren frustrar los términos de sus resoluciones. En definitiva, si la contraparte que ha incumplido un contrato está situada en una jurisdicción lejana y sus activos se encuentran localizados en distintas partes del mundo, esta es una medida que todos quisieran tener en su arsenal procesal.

<sup>113</sup> McLACHLAN, C., ‘International Law Forum du droit international’, Vol. 7, N°1 (2005), pp. 5 – 15.